

IL RUOLO DELL'ODV ED IL PRESUNTO OBBLIGO DI IMPEDIMENTO DELLA COMMISSIONE DEI REATI DA PARTE DELL'ENTE

Per il Convegno “20 anni e non sentirli – D.Lgs. 231/2001 nella prospettiva dei giovani professionisti” organizzato dall’Ordine degli Avvocati di Roma e dall’AIGA – Sezione Roma

18 maggio 2021

Avv. Alessia Dominique Mastrovito – Foro di Roma

Prima di affrontare la questione sulla configurabilità o meno di un profilo di responsabilità penale in capo all’OdV di una società che ha deciso di dotarsi di un modello *ex* D.lgs. 231/2001, appare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sul ruolo e sui compiti che la normativa assegna all’Organismo di Vigilanza.

La disciplina del D.Lgs. 231/2001 fornisce poche indicazioni in relazione ai summenzionati profili, dedicandovi essenzialmente l’art. 6, comma 1, lett. b), che prevede l’esenzione di responsabilità da reato per l’ente che dia prova che l’organo dirigente della Società abbia affidato **“il compito di vigilare sul funzionamento e sull’osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un Organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo”** (negli enti di piccole dimensioni tale compito può essere rivestito anche direttamente dall’organo dirigente). L’attività svolta dall’OdV è insindacabile da parte degli organi sociali, perché autonoma.

L’art. 6, comma 2, lett. d), poi, prescrive che occorre **“prevedere obblighi di informazione nei confronti dell’Organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli”**.

Per definire nel dettaglio quali siano i compiti dell’OdV, occorre rifarsi alle Linee Guida e alle indicazioni contenute nel dettaglio all’interno del Modello dell’Ente, ove si indicano generalmente (a titolo meramente esemplificativo):

- la composizione dell’OdV (monocratica o collegiale, in quest’ultimo caso generalmente nel numero di 3 membri);
- i requisiti soggettivi ed etici dei membri;
- la durata della carica e la (eventuale) rieleggibilità dei componenti;
- la frequenza delle riunioni (almeno una per anno solare);
- il budget di spesa annuo assegnato per i compiti svolti dall’OdV;
- cause di rinuncia e revoca dei membri dell’OdV.

COMPITI DELL'ODV

I compiti assegnati all'OdV sono essenzialmente due:

1. **di vigilanza**
2. **di controllo**

sul funzionamento e sull'osservanza dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo, avendo il compito di curarne anche il relativo aggiornamento.

Più in generale, all'OdV è affidato il compito di vigilare:

- sull'effettività e sull'osservanza del Modello da parte dei dipendenti, degli organi sociali, dei consulenti e dei business partner nella misura in cui è richiesta a ciascuno di loro;
- sull'efficacia e adeguatezza del Modello in relazione alla struttura aziendale ed alla effettiva capacità di prevenire la commissione dei reati di cui al D.Lgs 231/2001;
- sull'opportunità di aggiornamento del Modello, laddove si riscontrino esigenze di adeguamento dello stesso in relazione a mutate condizioni aziendali e/o normative.

A tal fine, all'OdV sono, altresì, affidati i compiti di:

- predisporre per l'adozione e supervisionare le procedure di controllo previste dal Modello;
- condurre ricognizioni sull'attività aziendale ai fini dell'aggiornamento della mappatura dei Processi Sensibili;
- effettuare periodicamente verifiche mirate su determinate operazioni o specifici atti posti in essere, soprattutto nell'ambito dei processi e delle attività a rischio reato (Processi e Attività Sensibili), i cui risultati devono essere riassunti in un apposito rapporto agli Organi Sociali deputati;
- coordinarsi con il *management* aziendale per valutare l'adozione di eventuali sanzioni disciplinari, fermo restando la competenza di quest'ultimo per l'irrogazione della sanzione e il relativo procedimento disciplinare;
- coordinarsi con il responsabile incaricato per la definizione dei programmi di formazione per il personale affinché siano pertinenti ai ruoli ed alle responsabilità del personale da formare e per la definizione del contenuto delle comunicazioni periodiche da farsi ai Dipendenti e agli Organi Sociali, finalizzate a fornire agli stessi la necessaria sensibilizzazione e le conoscenze di base della normativa di cui al D.Lgs, 231/2001;
- qualora previsto, predisporre ed aggiornare con continuità, in collaborazione con la funzione a ciò preposta, lo spazio nel sito web (Intranet) contenente tutte le informazioni relative al

D.Lgs. 231/2001 e al Modello;

- monitorare le iniziative per la diffusione della conoscenza e della comprensione del Modello e predisporre la documentazione interna necessaria al fine del funzionamento del Modello, contenente istruzioni d'uso, chiarimenti o aggiornamenti dello stesso;
- raccogliere, elaborare e conservare le informazioni rilevanti in ordine al rispetto del Modello, nonché aggiornare la lista di informazioni che devono essere a lui trasmesse o tenute a sua disposizione;
- coordinarsi con le funzioni aziendali, anche attraverso apposite riunioni, per il miglior monitoraggio delle attività in relazione alle procedure stabilite nel Modello. A tal fine, l'OdV ha libero accesso a tutta la documentazione aziendale che ritiene rilevante e deve essere costantemente informato dal management: a) sugli aspetti dell'attività aziendale che possono esporre la Società al rischio di commissione di uno dei Reati; b) sui rapporti con i consulenti e con i business Partner che operano per conto della Società nell'ambito di operazioni sensibili; c) sulle operazioni straordinarie della Società;
- interpretare la normativa rilevante e verificare l'adeguatezza del Modello a tali prescrizioni normative;
- coordinarsi con le funzioni aziendali, anche attraverso apposite riunioni, per valutare le esigenze di aggiornamento del Modello;
- attivare e svolgere le inchieste interne, raccordandosi di volta in volta con le funzioni aziendali interessate, per acquisire ulteriori elementi di indagine (es. per l'esame dei contratti che deviano nella forma e nel contenuto rispetto alle clausole standard dirette a garantire la Società dal rischio di coinvolgimento nella commissione dei Reati, per l'applicazione di sanzioni disciplinari, ecc.).

L'OdV riferisce, in merito all'attuazione del modello e al suo sviluppo (c.d. flussi informativi):

- in via continuativa, al CdA e al Collegio Sindacale a seguito di eventuali segnalazioni ricevute da parte dei destinatari del Modello Organizzativo o eventuali lacune particolarmente gravi riscontrate nelle operazioni di verifica;
- su base annuale al Consiglio di Amministrazione e al Collegio Sindacale mediante trasmissione del report circa l'attività di verifica svolta;
- annualmente, in occasione della data di approvazione del progetto di Bilancio sullo stato di attuazione del Modello, evidenziando le attività di verifica e di controllo compiute, l'esito di dette attività, le eventuali lacune del Modello emerse, i suggerimenti per le eventuali azioni da intraprendere; In tale occasione presenterà altresì il piano annuale delle verifiche

predisposto per l'anno successivo.

L'OdV può chiedere di essere sentito dal Consiglio di Amministrazione ogni qualvolta ritenga opportuno un esame o un intervento di siffatto organo in materie inerenti il funzionamento e l'efficace attuazione del Modello.

L'OdV può, a sua volta, essere convocato in ogni momento dal CdA e dagli altri Organi Sociali per riferire su particolari eventi o situazioni relative al funzionamento e al rispetto del Modello.

I POTERI DELL'OdV

I compiti di vigilanza e di controllo previsti dal D.Lgs. 231/2001 in capo all'OdV, pur essendo previsti allo scopo di poter compiere una puntuale ed efficiente vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello Organizzativo adottato dalla Società, si sostanziano in:

- poteri propositivi di revisione ed aggiornamento del Modello;
- consultivi;
- istruttori;
- di impulso.

Dalla mera lettura del decreto 231/2001, **non** si evince la sussistenza in capo all'OdV di:

- poteri impeditivi;
- disciplinari;
- direttamente modificativi del Modello.

I POSSIBILI PROFILI DI RESPONSABILITÀ DELL'OdV

Al momento dell'entrata in vigore nel nostro ordinamento del D.Lgs. n. 231/2001 nessuno si era posto il dubbio sulla configurabilità di una responsabilità penale in capo ai membri dell'OdV, atteso che le fattispecie di cui ai reati presupposto dell'ente erano esclusivamente reati dolosi e, dunque, risultava assai arduo se non impossibile conciliare i criteri di interesse o vantaggio di cui all'art. 5 del Decreto e la natura dei reati con i ruoli riconosciuti e conferiti all'OdV.

Tra l'altro, il ruolo e l'importanza dell'OdV si è riuscito davvero a comprendere soltanto nel corso degli anni, a seguito dei primi processi in cui effettivamente è stato coinvolto l'ente, attraverso i quali si è compresa la resistibilità di tali modelli alle contestazioni delle Pubbliche Accuse.

Solo in un secondo momento, più precisamente al momento dell'introduzione delle fattispecie colpose (omicidio colposo e lesioni personali colpose) nel catalogo dei reati presupposto, ci si è cominciati a domandare se e in quale misura fosse compatibile una responsabilità dell'OdV per i reati dell'ente, perché è mutato il concetto di "interesse" o "vantaggio" come criterio imputativo della responsabilità alla società.

La giurisprudenza, infatti, ha cominciato ad adottare soluzioni interpretative secondo le quali, nei reati colposi, **il concetto di interesse dovesse essere inteso in senso oggettivo**, ovvero **non riferito all'evento bensì alla condotta**, consistente nel caso specifico nell'inosservanza delle cautele antifortunistiche (tesi condivisa e definitivamente cristallizzata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul caso *ThyssenKrupp* con la sentenza n. 38343/2014).

In sostanza, si è osservato che, in tema di responsabilità amministrativa degli enti derivante da reati colposi di evento, i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001 all'interesse o al vantaggio, sono alternativi e concorrenti tra di loro e devono essere riferiti alla condotta anziché all'evento, pertanto, ricorre il requisito dell'interesse qualora l'autore del reato ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di conseguire un'utilità per l'ente, mentre sussiste il requisito del vantaggio qualora la persona fisica ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche, consentendo una riduzione dei costi ed un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto.

Sono dunque state elaborate talune tesi in ordine al ruolo ed alla responsabilità dell'OdV:

- **Tesi favorevole**: secondo i sostenitori della responsabilità penale dei membri dell'OdV, la responsabilità di questi ultimi scaturirebbe dal fatto che, avendo compiti di vigilanza e controllo, rivestono a tutti gli effetti una posizione di garanzia, ovvero un obbligo giuridico di impedire un evento dannoso, nel caso di specie le lesioni del lavoratore, per cui secondo il combinato disposto dell'art. 40 cpv. e dell'art. 113 c.p. omettere di impedire un evento equivale a cagionarlo attraverso una cooperazione tra soggetto che commette il reato e colui che avrebbe il dovere di impedirlo. I doveri di verifica, se omessi, rappresentano una posizione impeditiva di garanzia non adempiuta e capace di prevenire l'evento illecito, ma questa posizione è in contrasto con gli articoli 40 e 43 c.p. che prevedono la responsabilità penale colposa di chi possiede poteri impeditivi dell'illecito penale (reato presupposto), e la funzione

di vigilanza dell'OdV rappresenta una funzione impeditiva, in quanto le segnalazioni che esso è obbligato a inviare all'organismo dirigente aziendale in caso di inosservanza del modello organizzativo sono idonee e finalizzate proprio a prevenire i reati.

- **Tesi contraria**: di contro, si è sostenuto che l'OdV ha sì poteri di vigilanza e controllo, ma ha quello di impedire il verificarsi di eventi dannosi o lesivi, non essendogli riconosciuto un specifico “*potere impeditivo*”. I membri dell'OdV non hanno “*una posizione di garanzia*”, un dovere di impedire eventi lesivi, perché gli è riconosciuta solo una “*funzione di controllo*”. L'ordinamento ha, infatti, previsto tale obbligo in capo a determinate figure (datore di lavoro, dirigenti e preposti), pertanto se il legislatore non ha espressamente configurato il medesimo obbligo in capo ai membri dell'OdV non si è trattato di mera dimenticanza, bensì di espressa volontà di esclusione degli stessi dal catalogo dei soggetti a cui sono imputabili profili di responsabilità.
- **Tesi della cooperazione dolosa**: esiste in dottrina anche una terza tesi, secondo la quale, nei casi in cui l'OdV sia venuto a conoscenza di specifiche e ripetute condotte negligenti da parte dei lavoratori e non le abbia segnalate ovvero non abbia segnalato le necessarie correzioni del modello agli organi direttivi “**potrebbe cooperare con i garanti in questo caso non attraverso una condotta omissiva, bensì attiva**”, consistente in un vero e proprio contributo causale nella realizzazione dell'evento. La fonte della responsabilità, in tale ipotesi, risiederebbe proprio nel non corretto adempimento di cautele relazionali rispetto ad altri organi dell'ente preposti *ex* D.Lgs. 81/2008 ad impedire l'evento infortunistico.

L'UNICO CASO DI RESPONSABILITÀ PENALE DELL'OdV

Tale *unicum* è previsto espressamente dalla normativa antiriciclaggio introdotta dal decreto legislativo 231/2007.

L'art. 52 del testo normativo demanda ad alcuni organi, tra cui appunto l'OdV, il compito di vigilare sull'esecuzione e sul rispetto delle imposizioni ivi diffusamente stabilite.

Il secondo comma dell'art. 52, in particolare, impone a tali organi alcuni specifici obblighi di comunicazione riguardanti atti e fatti indicati dal testo normativo. Il combinato disposto degli artt. 52, 2° comma, e 55, 5° comma, punisce espressamente chi, essendovi obbligato, omette di fornire tali comunicazioni.

È questo l'unico caso certo di responsabilità penale a cui l'OdV può andare incontro fino ad oggi.

L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO E DI LEGITTIMITÀ IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DELL'OdV

1. La sentenza della Prima Sezione penale n. 18168/2016

La sentenza n. 18168/2016, allo stato la prima ed unica sul tema, ha chiarito, anche se solo in parte, le responsabilità penali in capo all'OdV, evidenziando che **i membri dell'Organismo di Vigilanza non possono essere ritenuti responsabili di avere omissso la segnalazione al C.d.A. e la mancata pretesa da parte di quest'ultimo e dei direttori generali della società di porre in essere ogni utile rimedio al fine di scongiurare le carenze in tema di prevenzione dagli infortuni sul lavoro che venivano puntualmente segnalate all'interno del cantiere.**

Dunque, **non commettono il delitto di omissione dolosa di cautele antinfortunistiche i membri dell'Organismo di Vigilanza, qualora non siano provate le carenze e le manchevolezze dei presidi di sicurezza da essi dolosamente ignorate.**

Il caso

Il caso trattato riguarda un **infortunio sul lavoro** verificatosi presso un cantiere navale di una nota azienda pubblica italiana. L'infortunato era un operaio con mansioni di ammagliatore, il cui compito era quello di agganciare i materiali da issare a bordo di una nave in costruzione (in particolare, un fascio di tubi inox che dalla banchina doveva giungere al ponte 5 a mezzo gru); a questo scopo l'addetto legava due fasci di tubi con del filo di ferro ed ordinava di sollevare il carico; poi si accorgeva che il carico si muoveva ed ordinava di fermare l'operazione per poi provvedere ad assicurarlo di nuovo; ordinava di issare a bordo, ma il carico, al momento di essere girato dalla gru, iniziava ad oscillare al punto che da uno dei fasci si sfilavano due grandi tubi uno dei quali, cadendo, colpiva proprio l'operaio alla nuca ed alla schiena, procurandogli paraplegia completa degli arti inferiori con conseguenti lesioni gravissime, invalidità permanente e pericolo di vita.

La Procura della Repubblica di Gorizia, a conclusione delle indagini, chiedeva il **rinvio a giudizio**, per violazione dell'art. 437 c.p., dei componenti del **Consiglio di Amministrazione** della società per avere omissso di collocare apparecchi idonei al sollevamento dei materiali a mezzo gru o di averne messo in numero insufficiente, e segnatamente appositi accessori quali baie o ceste idonee al carico dei materiali sulla nave; inoltre si imputava ex art. 437 c.p. ai componenti dell'**Organismo di Vigilanza** di avere omissso di segnalare al Consiglio di Amministrazione e ai direttori generali e di non aver preteso che si ponesse rimedio ad una serie di carenze in tema di prevenzione dagli infortuni

che venivano segnalati nei report in tema di sicurezza all'interno del cantiere, i quali ripetevano da tempo la mancanza di impianti, apparecchi e segnali, ma che l'Organismo di Vigilanza avrebbe recepito passivamente, senza segnalare alcunché al datore di lavoro, e, al contempo, non approfondendo gli aspetti di gestione delle attrezzature di lavoro e l'utilizzo di appositi accessori quali baie o ceste.

Con sentenza in data 18.12.2014 il GUP del Tribunale di Gorizia dichiarava non luogo a procedere in relazione al capo A) della rubrica, relativo all'imputazione ex art. 437 c.p., nei confronti di tutti gli imputati perché **il fatto non sussiste**.

La tesi sostenuta dalla difesa riposava essenzialmente sul fatto che *“l'art. 437 cod. pen. punisce soltanto coloro che avevano l'obbligo giuridico di adottare cautele, obbligo che non incombe sul detto organismo in quanto non datore di lavoro, ma soltanto organo - di istituzione facoltativa - preposto alla valutazione dell'architettura astratta di presidi e controlli e non anche alla vigilanza puntuale e quotidiana delle modalità di svolgimento delle attività ... sul perimetro delle responsabilità di un Consiglio di Amministrazione, il quale è chiamato ad assumere scelte aziendali di fondo, in un ambito di alta gestione che non può, per natura stessa dell'organismo, inoltrarsi nelle concrete e specifiche lavorazioni; parimenti ha sottolineato che siffatti obblighi **non possono attribuirsi all' Organismo di Vigilanza, il quale non è dotato di poteri impeditivi**”*.

Avverso questo detta sentenza, proponeva ricorso per Cassazione il Procuratore della Repubblica di Gorizia, asserendo invece che *“il Consiglio di Amministrazione era informato delle manchevolezze di cautele che caratterizzavano i cantieri navali e che l'Organismo di Vigilanza era ben conscio dei problemi economici con i quali si giustificavano le asserite manchevolezze”*.

Allo stato la sentenza in oggetto è la **unica e sola** che ha trattato, anche se in via del tutto incidentale, la responsabilità penale dell'OdV senza però fornire una soluzione chiara e risolutiva sull'argomento.

I giudici di legittimità, stante la lacunosità del ricorso del Procuratore della Repubblica di Gorizia, non hanno potuto appurare quali fossero le reali carenze e le manchevolezze che sarebbero state dolosamente ignorate dai membri dell'OdV e non comunicate da questi ultimi al C.d.A., **lasciando così intendere che è perfettamente ipotizzabile una situazione nella quale l'OdV ignori non solo dolosamente ma, anche colpevolmente carenze e manchevolezze**.

2. L'orientamento maggioritario della Suprema Corte di Cassazione

Eccetto i casi di concorso, attivo o passivo, *ex art.* 110 c.p. nei delitti commessi dai soggetti di cui agli artt. 6 e 7 del decreto nell'interesse e vantaggio dell'ente o di favoreggiamento personale ai sensi dell'art. 378 c.p., non pare potersi ascrivere una responsabilità penale in capo all'OdV *ex art.* 40, secondo comma c.p.

La citata disposizione, invero, prevede che “*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*”: in altri termini ascrive una responsabilità penale nei confronti di chi, ricoprendo una posizione di garanzia, non adempie ai propri doveri di impedire l'evento dannoso o pericoloso.

Ebbene, la Corte di Cassazione a più riprese ha chiarito come una simile responsabilità può ravvisarsi solo in capo a chi ricopre una tale posizione di garanzia ed è dotato, dalla legge o da altra fonte legittima, di poteri impeditivi.

L'Organismo di Vigilanza ha funzioni di controllo e vigilanza ma non possiede alcun potere di impeditivo né disciplinare nei confronti dei potenziali autori dei reati – presupposto.

Tanto è sufficiente per ritenere inapplicabile la disposizione di cui all'art. 40, secondo comma c.p. all'OdV poiché questi risponderebbe di reati che non ha commesso né avrebbe potuto/dovuto evitare. In definitiva, in accordo con lo spirito della Legge, non può ascriversi una responsabilità penale in capo all'OdV che, a causa dell'inerzia nello svolgimento dei suoi doveri di vigilanza, abbia favorito la commissione di taluni dei reati-presupposto previsti dal D.Lgs. n. 231/2001.

3. La recentissima sentenza del Tribunale di Milano, Sezione II penale, 7 aprile 2021 (ud. 15 ottobre 2020), n. 10748, Presidente Tanga, Estensore Saba

In definitiva, l'organismo di vigilanza – pur munito di penetranti poteri di iniziativa e controllo, ivi inclusa la facoltà di chiedere e acquisire informazioni da ogni livello e settore operativo della Banca, avvalendosi delle competenti funzioni dell'istituto (così il regolamento del luglio 2012) – ha sostanzialmente omesso i dovuti accertamenti (funzionali alla prevenzione dei reati, indisturbatamente reiterati), nonostante la rilevanza del tema contabile, già colto nelle ispezioni di *Banca d'Italia* (di cui l'OdV era a conoscenza) e persino assunto a contestazione giudiziaria, con l'incolpazione dei confronti di *BMPS* (circostanza che disvelava, per l'atteggiamento conservativo della Banca, il patente rischio di ulteriori addebiti, come poi avvenuto). Nel periodo d'interesse l'organismo di vigilanza ha assistito

inerte agli accadimenti, limitandosi a insignificanti prese d'atto, nella vorticoso spirale degli eventi (dalle allarmanti notizie di stampa sino alla *débâcle* giudiziaria) che un più accorto esercizio delle funzioni di controllo avrebbe certamente scongiurato.

Così, purtroppo, non è stato e non resta che rilevare l'omessa (o almeno insufficiente) vigilanza da parte dell'organismo, che fonda la colpa di organizzazione di cui all'art. 6, d.lgs. n. 231/01.

Infine, pare persino superfluo evidenziare come non si sia in alcun modo dimostrata la fraudolenta elusione del modello 231, violato nella generalizzata e diffusa indifferenza.

Considerazioni tutte che impongono l'affermazione della responsabilità dell'Ente.

CONCLUSIONI

Per tutto quanto sopra evidenziato, è facile comprendere perché l'OdV svolga un vero e proprio ruolo di chiusura del sistema immaginato dal D.lgs. 231/2001.

Tuttavia, ci sarà consentito, spaventano questi sviluppi sul ruolo dell'OdV, perché ci appare rischioso trasformare, tra l'altro per via esclusivamente interpretativa, il ruolo dell'Organo all'interno del sistema 231, con conseguente rischio che smarrisca la natura di mero organo di controllo.

La questione, a sommo avviso di chi scrive, non può che essere affrontata a livello legislativo: se davvero nell'immediato futuro si intendesse giungere a profili di colpa in capo all'OdV, è di tutta evidenza che debba essere pensata, predisposta e realizzata una radicale riforma di tale Organismo in seno alla compagine societaria, pena conseguenze francamente inaccettabili per l'attuale sistema penale e della responsabilità giuridica dell'ente.