

INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha ad oggetto il controverso tema della responsabilità penale individuale dei membri dell'organismo di vigilanza di un ente per il fatto di reato commesso da altro esponente del soggetto collettivo, riservando particolare attenzione all'eventualità in cui si configuri un'omessa o insufficiente sorveglianza, da parte del suddetto organismo, sulla corretta attuazione del modello organizzativo predisposto dall'ente medesimo al fine di ottemperare alle prescrizioni del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Come ormai noto, il provvedimento normativo appena citato ha introdotto un'inedita forma di responsabilità (nominalmente "amministrativa", ma sostanzialmente "penale" o "para-penale") delle persone giuridiche e degli "enti" in genere; responsabilità il cui primo tratto caratterizzante emerge dal suo connettersi alla commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da parte di suoi specifici esponenti (c.d. soggetti "apicali" o "para-apicali"). Sin dai primi commenti alla novella, la dottrina ha messo in evidenza il marcato orientamento "special-preventivo" del sistema "punitivo" introdotto dal d.lgs. n. 231 del 2001, che assegna un ruolo di prim'ordine (sia in senso "esimente" che "attenuante") alla predisposizione e conseguente attuazione, da parte dei suoi destinatari, di un sistema di presidi interni diretto a prevenire la commissione di reati da parte di esponenti del soggetto collettivo.

Nell'ambito della generale attività di c.d. "compliance" dell'ente alle prescrizioni del d.lgs. n. 231 del 2001, assume decisiva importanza l'attività del c.d. "organismo di vigilanza", incaricato dallo stesso decreto di sovrintendere al funzionamento, all'osservanza e all'aggiornamento del modello organizzativo interno. L'organismo di vigilanza è un organo di controllo che spesso affianca altre articolazioni interne dell'ente, incaricate di analoghe, ancorché non corrispondenti funzioni di sorveglianza (si pensi agli organi di controllo previsti dal diritto societario nell'ambito delle società con struttura c.d. "corporativa"), essendo compito

specifico del “vigilante” disciplinato dal d.lgs. n. 231 del 2001 quello di orientare i propri poteri di iniziativa e controllo alla prevenzione di reati. Tale organismo, come vedremo, è creato *ad hoc* per la vigilanza sul funzionamento dei suddetti modelli e sulla loro concreta attuazione; in questo senso, può dirsi che nell’ambito degli ordinari sistemi di *governance* di una società esso rappresenti senza’altro una novità. La sua struttura può essere collegiale o monosoggettiva a seconda delle dimensioni dell’ente; i suoi componenti vengono scelti sulla base di requisiti di professionalità ed indipendenza per far sì che le funzioni svolte dall’organismo siano attuate nel miglior modo possibile. È, tuttavia, non in ragione della sua struttura, bensì della peculiare direzione normativamente impressa alla sorveglianza del suddetto “vigilante”, che si pone la questione se dall’omesso o inadeguato esercizio di tali specifici poteri/doveri di iniziativa e controllo, oltre a poter conseguire la responsabilità “da reato” dell’ente, possano altresì emergere profili di responsabilità penale individuale in capo ai componenti del relativo organismo di vigilanza, in ragione dell’ipotetica incidenza di tale omesso o inadeguato esercizio sull’attività criminale di diversi esponenti del medesimo soggetto collettivo.

Per risolvere la segnalata questione interpretativa, il presente lavoro si propone, nello specifico, di verificare l’esistenza di una posizione di garanzia in capo all’organismo di vigilanza tale da giustificare l’obbligo, gravante su di esso, di impedire l’evento criminoso che potrebbe porre in essere un esponente dell’ente. La domanda che conseguentemente ci si porrà è se i componenti dell’organismo vigilante possano rispondere in concorso con l’autore materiale dell’illecito in forza del combinato disposto della norma incriminatrice violata con l’articolo 40 comma 2 c.p. e l’articolo 110 c.p.

All’interno del primo capitolo, verrà inquadrato il contesto normativo in cui si inserisce l’organismo di vigilanza. Di quest’ultimo verranno descritte le modalità di istituzione, la struttura interna e requisiti dei relativi componenti; verrà analizzata la rilevanza dell’omessa o insufficiente vigilanza in relazione all’ascrivibilità del reato all’ente e, ai fini che qui maggiormente interessano, verranno analizzati i poteri/doveri che ad oggi vengono riconosciuti a tale organismo nella compagine del soggetto collettivo di riferimento, con lo scopo di constatare la presenza o l’assenza

di poteri che potrebbero giustificare l'esistenza di un obbligo di impedimento dell'evento in capo al titolare di funzioni tipiche dell'organismo. Come appare evidente, la questione poc'anzi sollevata chiama in causa più tematiche relative alla c.d. "parte generale" del diritto penale, la cui ricostruzione necessariamente deve accompagnare ogni riflessione sul particolare oggetto del presente elaborato. Di qui la ragione della preliminare attenzione che si darà, nel secondo capitolo, alla categoria dei reati omissivi impropri, con specifico riguardo alla loro struttura e alla particolare modalità di ricostruzione del nesso causale nell'ambito di tali reati. Passaggio conseguente sarà, poi, quello di approfondire il punto cruciale attorno al quale ruota la soluzione del problema preso in esame, ossia la definizione della struttura e dei contenuti della c.d. "posizione di garanzia", per valutare – come precedentemente detto – se effettivamente l'organismo vigilante ricopre o meno tale posizione; approfondimento che verrà condotto attraverso lo studio delle diverse teorie sviluppate dalla dottrina sul punto.

Infine si toccherà, nel terzo capitolo, l'ampio tema del concorso di persone nel reato, dando particolare risalto all'ipotesi del concorso mediante omissione, di centrale rilevanza ai fini del presente elaborato. L'importanza di analizzare tale ipotesi risiede nel fatto che, qualora si rinvenisse una posizione di garanzia in capo all'organismo di vigilanza, i componenti di quest'ultimo, non adempiendo all'obbligo giuridico di impedimento su essi gravante, potrebbero rispondere penalmente in concorso con l'autore materiale dell'illecito per non aver posto in essere quell'azione doverosa che avrebbe evitato il manifestarsi dell'evento criminoso.

Il complesso sforzo ricostruttivo sarà teso a rinvenire una soluzione, che appaia rispettosa delle conclusioni parziali raggiunte nei capitoli di parte generale, nonché conforme ai principi costituzionali che governano la materia penalistica, tra cui innanzitutto il principio di personalità della responsabilità. Approdati così ad una alla soluzione della *vexata quaestio* circa la responsabilità personale dei componenti dell'organismo vigilante che più sarà sembrata corretta e coerente, si darà rilevanza ad una prospettiva di riforma di respiro generale, riportando le autorevoli proposte avanzate nell'ambito dei diversi progetti di riforma del codice penale varati nell'arco

degli ultimi trent'anni. Da ultimo, ci si interrogherà sull'opportunità di eventuali interventi legislativi sul D.Lgs. n. 231/01 che, sulla soglia dell'imminente ventesimo anniversario, ancora presenta delle lacune su rilevanti questioni, quale il tema della responsabilità penale dei componenti di un organismo di vigilanza, che il presente elaborato intende prendere specificamente in esame.

CAPITOLO I

STRUTTURA E FUNZIONI DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE DA REATO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. Il panorama normativo precedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231/2001 – 2. La natura giuridica della responsabilità da reato degli enti – 2.1. (*segue*) La tesi del *tertium genus* – 3. L'approccio organizzativo-preventivo come scelta di politica criminale. Premessa. – 4. Gli articoli 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001 – 5. L'organismo di vigilanza: premessa. 5.1 – Il perimetro degli obblighi di vigilanza dell'organismo di controllo. 5.2 – Rapporto tra gli articoli 6 e 7 e conclusioni sul perimetro degli obblighi incombenti sull'organismo di vigilanza. 6. – L'estensione dei poteri e degli obblighi giuridici dell'organismo di vigilanza. Premessa. 6.1 – La cura dell'aggiornamento del modello. 6.2. – La formazione del personale. 6.3 – Il controllo dell'organismo di vigilanza è un controllo di merito o di legalità? Sul comportamento o sul modello? 6.4 – Il contenuto dei poteri di iniziativa e controllo dell'organismo di vigilanza. – 6.5 (*segue*) I poteri disciplinari. – 7. Le conclusioni sui poteri dell'organismo di vigilanza. – 8. La c.d. “lacuna organizzativa”. – 8.1 (*segue*) Il collegamento tra la lacuna dell'organizzazione e i c.d. “flussi informativi”. – 9. Il collegamento tra difettoso impianto o funzionamento dell'organismo di vigilanza e la lacuna dell'organizzazione. – 9.1. Relazione tra la lacuna organizzativa e la lacuna nella vigilanza. – 9.2. Cenni al “corretto controllo” da parte dell'organismo di vigilanza.

1. Premessa.

Il presente capitolo, in considerazione del più ampio scopo che si prefissa l'elaborato, si pone l'obiettivo di descrivere al meglio, tenendo conto del panorama proposto dal D.Lgs. n. 231/2001, il ruolo, la struttura e soprattutto i poteri e gli obblighi dell'organismo di vigilanza. Il fine ultimo dell'indagine è quello di stabilire se sia possibile ipotizzare una responsabilità in capo ai componenti dell'organismo stesso, chiarendo quindi se sia configurabile un concorso omissivo nell'altrui reato non impedito, alla luce del combinato disposto della norma incriminatrice violata dall'autore materiale del reato, con l'articolo 40 comma 2 c.p. e con l'articolo 110 c.p.

In limine è doveroso ricordare che non esiste, allo stato attuale, alcuna disposizione legislativa in merito alla questione oggetto d'indagine e dunque sarà necessario risolverla alla luce delle parziali conclusioni cui si perverrà nei prossimi

capitoli riguardanti argomenti di diritto penale di parte generale.

1.1. Il panorama normativo precedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231/2001.

Negli anni si è discusso a lungo circa la possibilità per gli enti di essere considerati “penalmente” responsabili per i reati commessi dai propri esponenti nell'esercizio delle attività “sociali”. Tale tematica, pur essendo stata oggetto di diversi dibattiti in merito, è rimasta per lunghissimo tempo priva di una disciplina legale.

Negli anni '90, il percepito incremento, nel nostro paese, della criminalità d'impresa ha portato ad una diffusa sollecitazione verso il ritorno alla legalità nell'ambito delle iniziative imprenditoriali. Le spinte sociali in questo senso, in uno con gli “stimoli” provenienti dal contesto normativo sovranazionale e internazionale, hanno portato all'approvazione del D.Lgs. n. 231/2001, che disciplina per la prima volta una specifica forma di responsabilità *da reato* degli enti, così apportando all'interno del nostro ordinamento un significativo elemento di novità.

Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231/2001, vigevo infatti il risalente principio per cui *societas delinquere non potest*, ritenendosi che all'ente collettivo non potesse essere attribuita la responsabilità per il reato commesso da suoi esponenti, né potesse conseguentemente essere assoggettato in via autonoma a sanzioni, nonostante molto spesso l'ente stesso perseguisse un interesse favorendo la commissione dell'illecito o conseguisse comunque un vantaggio dall'illecito realizzato.¹ Il brocardo suddetto era inteso come una sorta di diramazione del principio di colpevolezza di cui all'articolo 27 della Costituzione, il quale, come vedremo all'interno di questo elaborato, sancisce che la responsabilità penale è “personale”. Questa considerazione portava sia autorevole dottrina che la giurisprudenza a sostenere che solamente la “persona fisica”, eventualmente in concorso con altri soggetti, potesse rispondere penalmente.

¹ L. FERRAJOLI, *Guida al diritto dossier, Società e imprese*, 2018, 14.

Il descritto ragionamento è frutto della necessità logico-giuridica tipica del nostro ordinamento penale, che consente (e impone) di imputare la condotta criminosa ad un soggetto sulla base di ben definiti presupposti, al contempo oggettivi e soggettivi. Tra tali presupposti vi è, *in primis*, il positivo riscontro di un nesso di causalità tra la condotta e l'evento illecito, cui si aggiunge infine la definizione del tipo di atteggiamento psicologico (principalmente dolo o colpa) che in concreto ha determinato il soggetto a porre in essere la condotta illecita.

La lotta alla corruzione, fortemente inaspritasi intorno agli anni '90, è una lotta combattuta a livello non solo nazionale ma anche europeo ed internazionale. Lo stesso Decreto 231 nasce in risposta all'esigenza di concretizzare le indicazioni contenute all'interno della "Convenzione OCSE contro la corruzione del pubblico ufficiale straniero nelle transazioni commerciali internazionali" (Parigi 1997) e dalla "Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti i funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione europea" (Bruxelles 1997). I chiari obiettivi di ambedue le Convenzioni erano, *in primis*, quello di arginare il fenomeno dilagante della corruzione degli esponenti di imprese per fini "aziendali" e, in secondo luogo, quello di riportare trasparenza, chiarezza e regolarità all'interno dello svolgimento delle normali attività imprenditoriali.² In particolare, oggetto di attenzione da parte delle due convenzioni è stato il fenomeno delittuoso, chiaramente messo in luce dalla Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 231, che porta all'utilizzo della impresa come mero schermo fittizio dietro cui ottenere l'esonero da ogni responsabilità per il reato commesso. Tale fine "elusivo" veniva realizzato grazie alla combinazione tra la crescente complessità delle strutture imprenditoriali e la frammentazione tra i ruoli amministrativi.³

Il quadro complessivo appena descritto dava luce a quelle lacune disciplinari che si riteneva dovessero essere colmate tramite specifici strumenti punitivi, per evitare l'ulteriore diffusione della corruzione "d'impresa"; diffusione favorita proprio dalla ritenuta assenza di un'adeguata risposta sanzionatoria a danno delle società colpevoli di aver incentivato e approfittato di pratiche corruttive. La gravità

² L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 14 ss.

³ *Ibidem*.

della situazione appariva, poi, ancor più evidente, alla luce della convinzione che le lacune disciplinari di cui sopra portassero a risvolti negativi sia sul piano nazionale che europeo, alterando le corrette dinamiche di libera concorrenza sul mercato.

Con l'entrata in vigore del Decreto 231, l'ente, da autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, diventa altresì punto di riferimento di norme di prevenzione dalla controversa natura, assistite da incisive sanzioni che si dirigono al soggetto collettivo in conseguenza delle decisioni e delle attività di quei soggetti che operano in nome, per conto o nell'interesse dell'ente stesso.⁴ Il nuovo panorama normativo descritto, inaugurato dal Decreto 231, è stato ulteriormente "rivoluzionato" grazie all'adattamento, favorito da parte di alcune pronunce della giurisprudenza, dei principi penalistici previsti per le fattispecie criminose poste in essere da persone fisiche, all'illecito riferibile al soggetto collettivo.⁵

2. La natura giuridica della responsabilità da reato degli enti.

La visione "antropomorfa" del diritto penale, tipica delle dottrine post-illuministe, viene sconvolta, rivoluzionata dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 231/2001, aprendo a quella che è stata definita come una vera "rivoluzione copernicana".⁶ La portata innovativa della novella legislativa può essere meglio compresa se si parte dal presupposto che buona parte della dottrina, nella ricerca di una nozione sostanziale di materia penale, l'ha rinvenuta nel fatto che il diritto penale esplica i suoi effetti sulla persona fisica, per il tramite della privazione della libertà personale. Tale concezione è tipica dei paesi dell'Europa continentale. Possiamo di fatti osservare come i paesi di *common law* abbiano una disciplina che da tempo contempla una responsabilità "penale" dell'impresa; disciplina che solo in tempi relativamente recenti sta prendendo piede anche nei paesi continentali, portando ad

⁴ Così riportato dalla Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/01.

⁵ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 15.

⁶ A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cassazione penale*, 2003, fascicolo 3, 1101 ss.

un ampliamento dell'orizzonte penalistico.⁷

Un breve accenno va fatto al campo di operatività della forma di responsabilità di cui parleremo a breve. L'ambito "soggettivo" di applicazione del Decreto 231 è definito dal suo art. 1.

Secondo le previsioni della disposizione, dal novero degli enti che possono rispondere per i reati commessi dai propri esponenti o dipendenti, andrebbero anzitutto esclusi partiti politici e i sindacati, ritenendosi che le sanzioni interdittive previste dal Decreto 231, se applicate a tale categoria di soggetti giuridici, andrebbero a violare talune libertà civili previste dalla nostra Costituzione, nello specifico agli articoli 18, 21, 39 e 49.

Una questione in un certo senso analoga, ma in parte differente, si pone con riferimento agli enti pubblici che svolgono pubblici servizi. L'esclusione di questi soggetti giuridici è dovuta a ragioni di opportunità politico-criminale; infatti, in quest'ultima ipotesi – si dice – se, in applicazione di una delle sanzioni interdittive previste dal Decreto 231, fosse disposta la chiusura di rami d'attività o il commissariamento dell'ente, vi sarebbe un'ingente danno alla collettività che risulterebbe essere maggiore rispetto alle finalità perseguite.⁸ Tra i soggetti che svolgono un pubblico servizio, è doveroso ricordare ad esempio gli ospedali, le scuole o le università.

Fatte queste doverose anticipazioni, possiamo osservare come il settore elettivo della nuova forma di responsabilità dell'ente sia quello economico. Tale settore è certamente caratterizzato da interessi costituzionalmente protetti, come nel caso degli ospedali o delle scuole o delle università, ma in questo caso, i suddetti interessi sono subordinati ad altri beni costituzionalmente rilevanti.⁹ È dunque l'impresa, pubblica o privata il soggetto giuridico cui principalmente ci si riferisce quando si parla della responsabilità di cui ci stiamo occupando.

Argomento di grande interesse, e oggetto di vivace dibattito dopo l'entrata in

⁷ *Ibidem.*

⁸ A. MANNA, *op. cit.*, 1102.

⁹ P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, 1993, 15 ss.

vigore del decreto, è quello attinente alla natura giuridica della responsabilità in oggetto. In problema si è posto in considerazione del fatto che la legge delega e il decreto stesso parlano di responsabilità “amministrativa” degli enti; qualifica che, secondo alcuni, rappresenterebbe una “frode delle etichette”, essendovi il legislatore ricorso quale mero espediente per evitare censure di illegittimità costituzionale (per violazione dell’articolo 27 della Costituzione), che avrebbero rallentato, se non bloccato, l’approvazione del testo in Parlamento.¹⁰

Circa la vera natura della responsabilità degli enti si sono fronteggiati due distinti orientamenti dottrinali. Il primo orientamento qualifica tale natura come amministrativa; un secondo orientamento, al contrario, ravvisa in essa tutti i caratteri per poterla considerare una responsabilità autenticamente “penale”.

Il primo di questi due orientamenti da sempre sostiene che la responsabilità cui sono esposti gli enti per tutti quei reati posti in essere durante lo svolgimento delle loro attività, debba essere considerata amministrativa poiché è lo stesso legislatore a definirla in tal modo.¹¹ Altro argomento in favore di questa tesi viene rinvenuto nel carattere delle sanzioni applicabili all’ente, poiché si tratta, nella maggior parte dei casi, di sanzioni di carattere solo pecuniario la cui misura edittale per singola “quota” va da un minimo di 258 euro ad un massimo di 1549 euro.

L’orientamento che vi si contrappone, è sostenuto da chi da sempre attribuisce all’inedita forma di responsabilità in commento natura giuridica “penale”.¹² A sostegno di tale orientamento vi è, *in primis*, il fatto che la responsabilità disciplinata dal Decreto 231 presuppone la commissione di un reato, il cui accertamento è rimesso al giudice penale e avviene in sede di processo penale, garantendosi anche il c.d. *simultaneus processus*¹³ (il procedimento nei confronti dell’ente è per legge connesso al procedimento celebrato a carico dell’esponente cui

¹⁰ Per un’analisi approfondita circa le difficoltà trovate nella stesura del decreto legate soprattutto alle pressioni di alcuni ambienti legati al mondo degli affari, che hanno portato anche ad una riduzione dei reati da cui scaturisce una responsabilità della persona giuridica, si faccia riferimento ad A. MANNA, *op. cit.*, 14 ss.

¹¹ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007.

¹² D. PULITANÒ, *La responsabilità amministrativa da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 417; E. MUSCO, *Diritto e giustizia*, 2001, 8.

¹³ S. LORUSSO, *La responsabilità da reato delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs 8 giugno 2001 n.231*, in *Cassazione penale*, 2002, 2522.

è imputato il reato presupposto).¹⁴ Ribaltando l'argomento utilizzato in favore della tesi precedente, che fa leva sul carattere delle sanzioni applicabili, il filone di dottrina ora in commento collega le proprie ragioni all'esistenza di sanzioni a carattere interdittivo, previste a fianco di quelle pecuniarie, le quali possono incidere sul regolare svolgimento delle attività aziendali andando anche a compromettere, talvolta, i rapporti che l'impresa aveva instaurato, o che quest'ultima aveva intenzione di instaurare, con gli organi della pubblica amministrazione. In questo senso, possono portarsi come esempio la possibilità di disporre l'interdizione dell'esercizio dell'attività o il divieto di pubblicizzare beni o servizi, ovvero di contrattare con la pubblica amministrazione per un determinato periodo di tempo. Le sanzioni previste dal Decreto 231 hanno, dunque, uno stampo prettamente penalistico, andando a ricalcare i connotati delle pene applicabili alla persona fisica. Inoltre, i criteri di imputazione della responsabilità sono anch'essi di impronta penalistica, in quanto si tratta di un'imputazione di tipo "colposo", incentrata sull'accertamento della c.d. "colpa di organizzazione", di cui discorreremo più avanti. Anche i principi generali espressi nel D.Lgs. n. 231/2001 sono improntati sull'ordinamento penale. Nell'articolo 2 del decreto in oggetto, viene enunciato espressamente il principio di legalità e il principio di irretroattività, sancendosi infatti che «L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto». Qui osserviamo anche un chiaro rinvio alle norme sulla successione delle leggi nel tempo, laddove il decreto stabilisce che «L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto che secondo la legge posteriore non costituisce più reato o in relazione al quale non è più prevista la responsabilità amministrativa dell'ente». Viene richiamato anche il principio del *favor rei* per cui «Se la legge del tempo in cui è stato commesso l'illecito e le successive sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli salvo che sia intervenuta una pronuncia irrevocabile».¹⁵

La tesi per cui la responsabilità in oggetto sarebbe di natura penale, è

¹⁴ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 15.

¹⁵ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 16.