

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegranza, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Florio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

**SUL PRESUNTO OBBLIGO DI IMPEDIMENTO
IN CAPO ALL'ORGANISMO DI VIGILANZA:
ALCUNE NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA BMPS**

Nota a [Trib. Milano, Sez. II, sent. 8 novembre 2019 \(dep. 12 maggio 2020\),
n. 13490, Pres. Trovato](#)

di Eugenio Fusco e Beatrice Fragasso

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto in breve. – 3. L'iter argomentativo adottato dal Tribunale di Milano. – 4. La natura della responsabilità dell'ente: concorso *ex art.* 110 c.p. o colpa in organizzazione? – 5. L'Organismo di Vigilanza come organo di controllo sull'adeguatezza e sull'attuazione dei modelli organizzativi, non sui singoli atti gestori. – 6. Ancora sull'OdV e sul supposto obbligo di impedimento di reati: cenni alla vicenda Impregilo. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

La sentenza del Tribunale di Milano sul caso Banca Monte dei Paschi di Siena (BMPS) – nel riconoscere la responsabilità *ex d.lgs.* n. 231/2001 di NOMURA e DEUTSCHE BANK – London Branch, in relazione ai reati di agiotaggio e false comunicazioni sociali commessi da soggetti apicali, in concorso con esponenti di BMPS – offre l'occasione per tornare a svolgere alcune riflessioni sulle modalità di ascrizione della responsabilità in capo all'ente e, soprattutto, sul ruolo e la funzione dell'Organismo di Vigilanza (OdV) nel sistema 231.

La parte in commento della sentenza è quella conclusiva, riguardante il giudizio di inidoneità dei modelli organizzativi predisposti dalla filiale londinese di DEUTSCHE BANK¹.

Alcuni passaggi motivazionali riecheggiano, senza richiamarla, la sentenza Impregilo², pronunciata dalla Corte di Cassazione nel 2013, anch'essa in materia di agiotaggio. In quel caso, i Giudici di legittimità, nell'escludere l'applicabilità dell'esimente dell'*elusione fraudolenta* del modello, riscontravano – quale ulteriore criticità nel sistema di *compliance* – la mancata previsione della facoltà, in capo all'OdV,

¹ Le argomentazioni sviluppate dai Giudici del Tribunale di Milano per giungere alla condanna di Nomura sono sostanzialmente sovrapponibili a quelle richiamate in questa nota.

² Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, dep. 30 gennaio 2014, n. 4677, Impregilo, in *Le Società*, 2014, n. 4, IPSOA, p. 469, con note di C.E. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, e di V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di Cassazione*

di esprimere una *dissenting opinion* sul contenuto del comunicato stampa, atto pacificamente di competenza dell'organo di gestione.

Nonostante la Cassazione – nella stessa sentenza Impregilo – affermi con chiarezza che «*la responsabilità dell'ente, ai sensi del decreto n. 231 del 2001, non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato (ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2)*», le conclusioni raggiunte dai giudici – come meglio si vedrà *infra* – rischiano di essere intese nel senso di legittimare l'Organismo di Vigilanza al controllo nel merito dell'operato degli amministratori della società, con la conseguente insorgenza, quantomeno potenziale, di un obbligo di impedimento

La sentenza del Tribunale di Milano pare muoversi nella medesima prospettiva, riconoscendo all'OdV una sorta di sindacato nel merito dell'attività gestoria, all'evidenza eccentrico rispetto allo “Statuto dell'Organismo di vigilanza”, così come delineato nel decreto 231.

Vale, allora, la pena di tornare sul tema del presunto obbligo di impedimento in capo all'OdV per cercare di fugare dubbi evidentemente ancora attuali.

2. Il fatto in breve.

I dirigenti di BMPS avevano concordato con DEUTSCHE BANK - London Branch un'operazione strutturata il cui obiettivo era quello di dotare la società Santorini – veicolo scozzese posseduto al 100% da BMPS – di un provento immediato tale da neutralizzare, contabilmente, la minusvalenza che stava maturando sul *collared equity swap* (CES), stipulato con DEUTSCHE BANK.

Solo per avere un ordine di grandezze: all'esito della operazione strutturata, SANTORINI realizzava una plusvalenza pari a 364 milioni di euro, grazie alla quale esponeva un utile di 61 milioni di euro anziché una perdita di circa 300 milioni di euro.

In questo modo, si evitava di evidenziare nel conto economico di BMPS un elemento che avrebbe avuto un impatto fortemente negativo sul risultato di esercizio e sul patrimonio di vigilanza.

3. L'iter argomentativo adottato dal Tribunale di Milano.

Ricostruiti i fatti e accertata la responsabilità dei funzionari di DEUTSCHE BANK – in concorso con gli esponenti di BMPS – per i reati di manipolazione del mercato e di false comunicazioni sociali, il Tribunale procede a verificare se sia configurabile una responsabilità della banca estera ai sensi del d.lgs. 231/2001, in forza del richiamo ai citati reati-presupposto operato dall'art. 25-*sexies* e dall'art. 25-*ter* del decreto.

Innanzitutto, va ricordata l'ininfluenza, rispetto alla normativa interna, del fatto che l'ente abbia sede all'estero.

Il Tribunale di Milano dà per assodato il principio di diritto – ripetutamente affermato da diversi giudici di merito³ – in base al quale i tribunali italiani hanno giurisdizione sulla responsabilità amministrativa dell'ente, qualora il reato-presupposto sia commesso in Italia, indipendentemente dal luogo in cui si trovi la sede della società. A sostegno di questa tesi, molteplici e convergenti sono le argomentazioni sviluppate: i) la formulazione dell'art. 1 d.lgs. 231, che individua l'ambito di applicazione della disciplina, non autorizza distinzioni tra enti aventi sede in Italia ed enti aventi sede all'estero; ii) da un punto di vista sistematico, occorre tener presente che l'art. 6, co. 1, c.p. dispone che la legge penale italiana si applichi a tutti i reati commessi in Italia, a prescindere dalla nazionalità dell'autore, e il principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 della Costituzione, non consente disparità di trattamento tra persona fisica e persona giuridica. Recentemente anche la Corte di Cassazione⁴, nel pronunciarsi per la prima volta sulla questione, ha confermato tale orientamento; ma è andata anche oltre, affermando che i tribunali italiani sono competenti anche per i reati commessi all'estero da enti stranieri in tutti i casi in cui sussiste la giurisdizione italiana per i reati-presupposto (perché, ad esempio, il reato è ascrivibile ad un cittadino italiano)⁵.

I Giudici del Tribunale di Milano, nel loro *iter* argomentativo, hanno accertato agevolmente che il reato fu commesso dagli apicali di DEUTSCHE BANK - London Branch, nell'interesse e a vantaggio dell'ente, ritenendo perciò sussistente il criterio ascrivibile previsto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 231/2001. Infatti, benché l'operazione avesse – come affermato dalla difesa – un fine cosmetico esclusivamente con riferimento ai bilanci di BMPS, l'origine e lo scopo della manovra erano già di per sé dimostrativi del fatto che gli imputati avessero agito al fine di procurare un vantaggio a DEUTSCHE BANK, che, in effetti, aveva conseguito un cospicuo margine di profitto.

Più complesso è il ragionamento seguito dal Tribunale per escludere la sussistenza dell'esimente di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001.

La difesa, in particolare, ha sostenuto che l'ente, ancorché non avesse adottato il Modello Organizzativo così come previsto dal decreto legislativo n. 231 del 2001, era comunque dotato di un sistema di *compliance* parimenti idoneo ad evitare il rischio di commissione degli illeciti penali e, segnatamente, dei reati del settore del *market abuse*.

I giudici hanno perciò verificato se la struttura organizzativa di DEUTSCHE BANK - London Branch, indipendentemente dalla qualificazione e dalla denominazione

³ Vd. Trib. Lucca, sent. 31 luglio 2017, n. 222, sulla nota vicenda dell'incidente ferroviario di Viareggio, in *Resp. amm. soc. enti*, fasc. 2, 2020, p. 145 ss., con nota di L. BASSI – M.M. MORELLI, *Società straniera e ... responsabilità italiana: la valutazione «in concreto» del sistema di compliance*; vd. anche Trib. Milano, sez. IV penale, sent. 4 febbraio 2013.

⁴ Cass., Sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626, in questa *Rivista*, 6 maggio 2020, con nota di G. PRINCIPATO – G. CASSINARI, [La \(imperfetta\) sovrapposibilità della giurisdizione per le persone fisiche e per gli enti stranieri: riflessioni a margine di una sentenza della Cassazione sull'art. 4 d.lgs. 231/2001](#); M.M. SCOLETTA, *Enti stranieri e "territorialità universale" della legge penale italiana: vincoli e limiti applicativi del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le Società*, 2020, p. 621 ss.

⁵ In senso critico, G. PRINCIPATO – G. CASSINARI, [La \(imperfetta\) sovrapposibilità della giurisdizione per le persone fisiche e per gli enti stranieri](#), cit.

formale, fosse comunque adeguata a prevenire il rischio-reato nei termini imposti dalla normativa interna.

Il consulente tecnico della difesa dell'ente ha cercato, in particolare, di avvalorare la tesi secondo cui le regole vigenti nel Regno Unito – sebbene non prevedano espressamente la necessità di attuare un “modello” – prescrivono l'adozione di un sistema organizzativo, gestionale e di controllo che è assimilabile a quello italiano.

In altre parole, secondo il consulente, DEUTSCHE BANK - London Branch disponeva, all'epoca dei fatti, di un sistema di *compliance* comunque efficace ad evitare la commissione degli illeciti contestati. L'assunto sarebbe confortato da una serie di documenti interni, contenenti linee guida, regolamenti, procedure di vigilanza, etc., ma, soprattutto, dalla operatività di diversi organismi con compiti di vigilanza, le cui funzioni, riguardate nel loro complesso, avrebbero dovuto essere equiparate a quelle dell'OdV. Segnatamente, il consulente di parte ha fatto riferimento al Dipartimento di *Compliance*, al Dipartimento *Legal*, nonché a quelli *Finance* e *Risk management*, dotati di «*autonomi poteri di iniziativa e controllo al fine di assicurare l'adozione, la supervisione, l'attuazione e l'aggiornamento delle procedure secondo la necessità*»; e, passando in rassegna le singole esigenze indicate all'art. 6, comma 2, d.lgs. 231/2001, cui i modelli organizzativi devono rispondere, individuava, per ciascuna di esse, l'organo di riferimento tra quelli dianzi elencati.

Con specifico riferimento all'operazione Santorini, il consulente ha sostenuto che «*fu richiesto un lungo e dettagliato processo di valutazione e approvazione interna*», che aveva coinvolto alti dirigenti nei gruppi *business* e un processo attivo di analisi da parte dei dipartimenti *Compliance* e *Legal*. In particolare, in relazione al “rischio globale di mercato”, la decisione di procedere con l'operazione era stata demandata al Comitato per la valutazione del rischio per l'Europa, il Medio Oriente e l'Africa (GMRAC), il quale, individuando un rischio-reato, aveva subordinato il via libera alla condizione che l'Amministratore Delegato e il Direttore Finanziario di BMPS attestassero che l'operazione fosse stata approvata dai contabili interni e dalla Revisione esterna.

Il Tribunale, dopo aver ripercorso le argomentazioni addotte dal consulente, rileva correttamente che la difesa si era limitata a tratteggiare, in termini generali e astratti, il sistema di presidi adottato dalla Banca estera, decantandone la completezza e la precisione «*senza mai procedere a verificarne l'attuazione e l'efficacia sul piano fattuale*». Alla luce di tali considerazioni, il giudicante giunge alla conclusione che la difesa non abbia provato che, all'epoca dei fatti, l'Ente era dotato di un Modello Organizzativo efficace, tale da integrare le condizioni di esonero da responsabilità previste dall'art. 6 d.lgs. 231/2001.

In particolare, i giudici assumono che il modello sia inadeguato sulla base delle seguenti argomentazioni:

(i) la natura, l'unitarietà e la finalità esclusivamente contabile, di “cosmesi di bilancio”, dell'operazione complessiva dimostrano che i protocolli in uso presso la Banca di investimento si erano in concreto rivelati inefficaci ed inadeguati «*a rilevare la vera natura del deal e a bloccarne l'approvazione*»;

(ii) nonostante il *deal team* proponente non avesse esplicitato le motivazioni “cosmetiche” alla base dell'operazione, i membri del GMRAC, al cui giudizio favorevole

era subordinato il via libera alle operazioni complesse, *«avevano perfettamente capito che quella era l'intenzione e l'obiettivo della transazione»* e ne avevano agevolato la riuscita: in particolare, il comitato aveva omissis di approfondire gli aspetti contabili dell'operazione, nonché il rischio reputazionale e la debolezza dei dati finanziari del gruppo BMPS. Allo stesso modo, il Tribunale afferma che *«le funzioni di controllo si sono dimostrate concilianti rispetto al buon esito dell'“affare”, a dispetto del suo scopo illecito»*, rilevando che i Dipartimenti *Finance*, *Compliance* e *Business* avrebbero dovuto sollevare obiezioni circa la legittimità dell'operazione;

(iii) era inoltre mancata un'effettiva indipendenza di ruoli fra le funzioni proponenti, decisorie e di controllo, dal momento che alcuni membri del GMRAC erano allo stesso tempo componenti del *team* che aveva curato il *deal*;

(iv) DEUTSCHE BANK, successivamente alla commissione del reato, aveva proceduto a modificare le *policies*: una coincidenza temporale sintomatica dell'inadeguatezza della struttura organizzativa precedentemente adottata.

4. La natura della responsabilità dell'ente: concorso *ex art. 110 c.p.* o colpa in organizzazione?

Le conclusioni cui perviene il Tribunale devono ritenersi condivisibili, essendo ampiamente dimostrate l'inadeguatezza e l'inefficacia del modello di DEUTSCHE BANK - London Branch, rispetto agli standard previsti dal d.lgs. 231/2001.

I Giudici, tuttavia, nel rigettare l'approccio formalistico della difesa e concentrando l'attenzione sul caso concreto e sulle modalità attraverso le quali fu possibile approvare un'operazione *ictu oculi* illegittima, evidenziano una sorta di *complicità organica* dell'ente rispetto ai fatti illeciti contestati ai soggetti apicali. I presidi preventivi adottati dalla sede londinese di DEUTSCHE BANK sono ritenuti inadeguati non in base ad una valutazione *ex ante*, volta a verificarne la conformità ai requisiti indicati dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, ma perché *«non sono valsi a rilevare la vera natura del deal e a bloccarne l'approvazione»*, e, anzi, ne avevano accettato la commissione come parte di una *policy* aziendale *«tesa a privilegiare il conseguimento di un risultato profittevole anche a discapito dell'osservanza delle regole»*. È a questa logica “organicista” che sembra ispirarsi il Tribunale, quando afferma che *«le funzioni di controllo si sono dimostrate concilianti rispetto al buon esito dell'“affare”, a dispetto del suo scopo illecito»*, sottolineando tutte le omissioni dei dipartimenti, che avrebbero dovuto rilevare il rischio-reato sotteso all'operazione finanziaria strutturata.

Sebbene non sia questa la sede per addentrarci nel dibattito dottrinale, seguito all'approvazione del d.lgs. 231/2001, circa la natura della responsabilità da reato dell'ente, è da rilevare che anche gli autori che hanno sostenuto la teoria unitaria dell'illecito societario⁶ – in base alla quale vi sarebbe una sostanziale coincidenza tra

⁶ Si vedano, per tutti, e con diverse sfumature dogmatiche, C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 17 ss.; A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova*

illecito attribuibile all'ente e reato – non si sono mai spinti ad affermare che la struttura della responsabilità dell'ente sia assimilabile alla disciplina del concorso di persone ex art. 110 c.p., in cui la condotta atipica del correo rileva in forza della sua *efficacia causale* nella realizzazione dell'evento. In primo luogo, infatti, nel testo del d.lgs. 231/2001, il legislatore ha predisposto una disciplina *ad hoc* tendenzialmente autosufficiente, senza operare alcun richiamo agli artt. 110 ss. c.p.⁷, né alla *causalità* quale modalità di ascrizione della responsabilità dell'ente; quest'ultima deve piuttosto ritenersi fondata sulla *colpa in organizzazione*. In secondo luogo, anche volendo aderire alla tesi minoritaria che ammette l'astratta configurabilità del concorso colposo nel reato doloso⁸, in questo caso ne difetterebbero i requisiti, poiché il concetto di "colpa in organizzazione" esprime la violazione non di regole precauzionali direttamente finalizzate a prevenire l'altrui comportamento doloso, quanto, piuttosto, l'infrazione di misure a contenuto organizzativo volte a minimizzare il rischio di commissione di reati⁹.

L'accertamento di idoneità del modello organizzativo, dunque, prescinde dalla verifica circa un presunto contributo causale dell'ente nella commissione del reato-presupposto, ma è un giudizio strettamente normativo, volto a verificare se l'autonormazione adottata dall'ente sia conforme alle esigenze di prevenzione enunciate dall'art. 6, co. 2 del decreto 231¹⁰: «a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».

disciplina, in A. Alessandri (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 40 ss. Tra i fautori delle teorie pluraliste ricordiamo F. MUCCIARELLI, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d. lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 431 ss.; F. GIUNTA, *Brevi appunti sul fondamento "dogmatico" della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in G. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004, 36 ss.

⁷ In questo senso vd. D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 1/2016, 8.

⁸ Cass., sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 39680, Cupeccchi; Cass., sez. IV, 27 aprile 2015, n. 22042; la dottrina praticamente unanime esclude invece la configurabilità del concorso colposo in delitto doloso, argomentando che la responsabilità per colpa per i delitti, ai sensi dell'art. 42, co. 4, c.p., esige una previsione espressa e la norma che dà rilievo al concorso colposo nei delitti colposi (art. 113 c.p.) non può ritenersi applicabile ai casi di concorso colposo in delitto doloso, configurandosi altrimenti un'interpretazione analogica *in malam partem*; si veda per tutti G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 9a ed., 2020, p. 570; la giurisprudenza più recente ha comunque avallato le conclusioni della dottrina, vd. Cass., sez. IV, 19 luglio 2018, 7032.

⁹ D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 1/2016, 8. Vd. C.E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa in organizzazione*, in *La resp. amm. soc. enti*, 3/2006, che affermano come il rischio che l'ente deve prevenire affonda le sue radici «nella violazione di una regola che non ha nulla di cautelare rispetto all'evento avveratosi».

¹⁰ In questo senso v. F. D'ARCANGELO, *La introduzione di uno standard legale per la valutazione di idoneità dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, fasc. 4, 2018, p. 73 ss.

5. L'Organismo di Vigilanza come organo di controllo sull'adeguatezza e sull'attuazione dei modelli organizzativi, non sui singoli atti gestori.

Appurato che, al fine del giudizio di idoneità, non rileva la denominazione formale dei presidi adottati dall'ente e non è decisiva la mera predisposizione di veri e propri "modelli organizzativi", l'accertamento che i giudici devono svolgere è quello inerente alla funzionalità del sistema di *compliance* rispetto allo scopo preventivo, così come delineato dall'art. 6, co. 2, d.lgs. 231/2001.

Nel caso in esame, la riscontrata mancanza di un organo assimilabile all'OdV – ossia dell'organismo avente il compito di «*vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento*» e dotato di «*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*» (art. 6, comma 1, lett. b) – sarebbe stata sufficiente ad escludere la rispondenza dei presidi adottati da DEUTSCHE BANK rispetto al sistema 231. Nonostante, infatti, il consulente di parte abbia elencato una serie di organi aventi, formalmente, le medesime funzioni dell'OdV, in realtà il GMRAC e i Dipartimenti *Legal*, *Compliance* e *Business* avevano (almeno all'epoca dei fatti) un ruolo *interno e diretto nella gestione* nonché di *controllo sull'amministrazione* e non, invece, di *vigilanza sull'adeguatezza e sull'attuazione dei modelli organizzativi*.

Il GMRAC, in particolare, ricopriva un ruolo incisivo nell'approvazione delle operazioni complesse – avendo il compito di valutare il "rischio globale di mercato" – ed era dotato di poteri *lato sensu* impeditivi. Una funzione di *controllo sulla gestione*, dunque, non di *controllo sulla prevenzione*, compito, quest'ultimo, precipuo dell'OdV. Anche dal punto di vista soggettivo, i componenti del GMRAC non avevano le caratteristiche di autonomia e indipendenza che la normativa interna prevede per i membri dell'OdV. I due presidenti del comitato – che avrebbero dovuto valutare la legalità e l'opportunità dell'operazione finanziaria – versavano in un evidente conflitto d'interessi, facendo parte della medesima divisione che aveva progettato e discusso il *deal*. Essi, d'altra parte, erano così implicati nelle scelte gestionali dell'ente da essere stati ritenuti responsabili, in concorso con altri dirigenti di DEUTSCHE BANK, per gli stessi reati presupposto.

La totale estraneità alle scelte gestionali è, invece, la quintessenza dell'OdV: l'Organismo di vigilanza può adempiere correttamente ai propri compiti solo nella misura in cui è *separato* rispetto alla gestione della società e verifica, in maniera indipendente, l'adozione e l'attuazione dei modelli organizzativi¹¹.

In assenza di espliciti obblighi – e dei correlativi poteri – di impedimento di reati, deve inoltre rimarcarsi che in capo ai membri dell'OdV non possa configurarsi una posizione di garanzia, idonea a fondare la responsabilità per omesso impedimento

¹¹ A. BERNASCONI, «*Razionalità e irrazionalità della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi*», in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, n. 12, IPSOA, p. 1436. La stessa giurisprudenza di merito si è talvolta espressa in questo senso, vd. Corte d'assise d'appello di Torino (27/05/2013), Thyssenkrupp, disponibile su [Dir. Pen. cont.](#): «*il modello organizzativo può ritenersi efficacemente attuato solo se l'Organismo di Vigilanza abbia autonomia nei poteri di controllo e di iniziativa e se non abbia compiti operativi*».

dell'evento lesivo, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.¹². Il principio di equivalenza sancito dal co. 2 dell'art. 40 c.p. stabilisce, infatti, che il reato omissivo improprio possa configurarsi esclusivamente in presenza di una norma giuridica *espressa* che imponga a determinati soggetti l'obbligo di impedire uno specifico evento, attribuendo i rispettivi poteri¹³. Una norma di questo tenore manca con riferimento all'Organismo di Vigilanza: il d.lgs. 231/2001 assegna all'OdV il «compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento» (art. 6, co. 1, lett. b), d.lgs. 231/2001), nonché l'obbligo di prevedere meccanismi di verifica dell'implementazione degli stessi e un sistema disciplinare. L'art. 7, co. 4 prevede, infatti, che «l'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello», senza fare alcun cenno a obblighi di impedimento dei reati-presupposto. I compiti dell'OdV sono di generica prevenzione, prospettici e organizzativi, non volti ad impedire singoli eventi lesivi¹⁴.

Va inoltre rilevato che la il compito di vigilanza è assegnato all'organismo nel suo complesso, nella sua veste istituzionale (e, il più delle volte, collegiale), non ai singoli membri: un'ulteriore indicazione nel senso di escludere la sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'OdV, atteso che gli obblighi imposti ad un soggetto collettivo non possono tradursi, automaticamente, in imposizioni a carico delle singole persone fisiche che ne fanno parte.

In sostanza, come affermato da autorevole dottrina, l'OdV ha una «finalità preventiva indiretta», poiché ha il compito di «assicurare l'effettività dei modelli di organizzazione e di gestione adottati», non quello di «prevenire concreti episodi delittuosi»¹⁵. La vigilanza sul modello non si estrinseca, allora, nel controllo sui singoli atti di gestione, ma deve piuttosto assolvere ai seguenti compiti:

¹² In questo senso si vedano *ex multis* A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2018, p. 163; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009, 407; A. ALESSANDRI, *I soggetti*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 42; F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 19; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 108; P. ALDROVANDI, *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'"ingerenza penalistica" nel "governo" delle società*, in *Riv. trim. dir. pen. proc.*, 2007, p. 460; F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2015, p. 445-448. Anche l'ABI, nelle sue *Linee Guida per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, esclude che l'OdV abbia obblighi impeditivi; *contra* A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 511; A. GARGANI, *Imputazione del reato degli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1066.

¹³ Si vedano, per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 9a ed., 2020, p. 271; F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2004, p. 984.

¹⁴ Così F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, cit., p. 446.

¹⁵ C. PEDRAZZI, *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, 2002, II, 1375.

« - vigilanza sull'effettività del modello, cioè sulla coerenza tra i comportamenti concreti e il modello istituito;

- esame dell'adeguatezza del modello, ossia della sua reale – non già meramente formale – capacità di prevenire i comportamenti vietati;

- analisi circa il mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;

- cura del necessario aggiornamento in senso dinamico del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni ed adeguamenti»¹⁶.

Qualora riscontri criticità e difetti del modello organizzativo, l'OdV non interviene direttamente ma riferisce all'organo di gestione, che provvede eventualmente a deliberare e ad adottare le misure correttive necessarie¹⁷.

Problematica, in questo contesto, è la disposizione contenuta nel comma 4-bis dell'art. 6 d.lgs. 231 – introdotta con legge 12 novembre 2011 n. 183 – che prevede che «nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza». In forza di tale norma, le medesime persone fisiche possono assumere le vesti di “controllori” e, allo stesso tempo, di “controllati” – con conseguente rischio di vanificazione del requisito di indipendenza dell'OdV – considerato che i sindaci sono, per alcuni aspetti, in rapporto “osmotico” con gli amministratori¹⁸, avendo progressivamente acquisito una serie di poteri di affiancamento e condivisione delle scelte gestorie. Si pensi, innanzitutto, alla vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2403, co. 1, c.c.), ma anche, per esempio, alla formulazione di osservazioni e proposte all'assemblea in ordine all'approvazione del bilancio (art. 2429, co. 2, c.c.) e al potere di convocare l'assemblea in casi di gravi irregolarità nella gestione (art. 2406 c.c.). Nella prassi, d'altra parte, la vigilanza sui profili di legittimità delle scelte gestionali e la verifica circa la correttezza dei procedimenti decisionali finiscono, non infrequentemente, per trasformarsi in valutazioni *di merito* sull'operato degli amministratori¹⁹.

I membri del collegio sindacale sono altresì potenziali autori di alcuni dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente (si pensi ai reati societari, cui fa riferimento l'art. 25-ter d.lgs. 231/2001): essi sono infatti titolari di una posizione di garanzia, il cui fondamento è rintracciabile nel generale dovere di vigilare sulla legalità dell'azione sociale *ex art.* 2403 c.c. e nel principio solidaristico che governa la responsabilità civile *ex art.* 2407, co. 2, c.c.²⁰. Il mancato controllo su alcuni atti gestori può, dunque, fondare una

¹⁶ [Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo](#) (Confindustria, approvate il 7 marzo 2002 e aggiornate al marzo 2014).

¹⁷ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 407.

¹⁸ L'espressione è di A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2018, p. 161.

¹⁹ A. PRESUTTI – A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2° ed., Giuffrè, 2018, p. 162.

²⁰ La responsabilità omissiva dei sindaci si configura specialmente in relazione alle ipotesi di bancarotta, vd. Cass., 4 ottobre 2018, n. 44107; Cass., sez. V, 5 febbraio 2010, n. 15360; Cass., sez. II, 12 febbraio 2009, Frattini, in *Guida dir.*, 2009. Anche agli amministratori “indipendenti” è stata spesso riconosciuta una posizione di garanzia, vd. Cass., sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932: «l'amministratore “indipendente” è soggetto pur sempre

responsabilità penale dei sindaci per omissione, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.²¹: è sommamente inopportuno che a soggetti che esercitano un controllo diretto sulla gestione della società possa essere attribuita la funzione di vigilare sulla prevenzione (*rectius*, sull'attuazione di strutture organizzative idonee a prevenire la commissione di reati)²².

6. Ancora sull'OdV e sul supposto obbligo di impedimento di reati: cenni alla vicenda Impregilo.

Incertezze circa il ruolo e le funzioni dell'OdV sono ravvisabili in molte pronunce, non solamente in quella in commento.

La sentenza sul caso Impregilo²³, cui già si è fatto cenno e con la quale la Suprema Corte di Cassazione ha annullato l'assoluzione dell'ente, rinviando gli atti alla Corte d'Appello di Milano²⁴, merita un chiarimento ed un approfondimento.

Alla pronuncia della Suprema Corte – concernente fatti di agiotaggio informativo commessi dai vertici della società – va certamente riconosciuto il merito di aver delineato con precisione il concetto di elusione fraudolenta, cui fa riferimento l'art. 6, co. 1, lett. c), d.lgs. 231/2001, e di aver conseguentemente escluso la sussistenza dell'esimente nel caso concreto, per il fatto che il Presidente e l'Amministratore Delegato della società avevano violato il modello organizzativo senza necessità di agire con condotte ingannevoli e falsificatrici, qualificabili, appunto, in termini di *elusione fraudolenta*²⁵.

La motivazione su questo aspetto è convincente e condivisa, ma non è il tema che si intende qui approfondire.

collocato dall'ordinamento in una posizione di garanzia, cioè, di protezione di interessi diffusi propri di categorie (azionisti, creditori, dipendenti, ecc.) che non dispongono di adeguate capacità cognitive della realtà societaria. Soggetto [...] la cui funzione, regolata dalla disciplina del codice civile, conosce espressi poteri e correlativi doveri (anzi, per quelli indipendenti, marcati obblighi di vigile attenzione, come esattamente osservano le parti civili ricorrenti). Paradigma obbligatorio che si rifrange sulla fattispecie regolante il nesso di causalità per fatto omissivo, prevista dall'art. 40 c.p., comma 2».

²¹ Sul punto si veda, più estesamente, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 257 ss.

²² La previsione è stata criticata dall'ABI, nella [circolare 1/2012](#), nonché dall'AODV, nel [Position Paper del 31.10.2012](#). Il 28 giugno 2018 è stata inoltre depositata la proposta di legge n. 818/2018 che, per quanto interessa in questa sede, prevede l'abrogazione del citato comma 4-bis dell'art. 6 d.lgs. 231/2001, con l'obiettivo di «consolidare l'indipendenza dell'OdV».

²³ Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, dep. 30 gennaio 2014, n. 4677, Impregilo, cit.

²⁴ La vicenda, peraltro, non ha ancora trovato il suo definitivo epilogo, atteso che non si conoscono le motivazioni adottate della corte di rinvio.

²⁵ La Cassazione ribaltava così le due pronunce di merito (G.I.P. Milano, 17 novembre 2009; C. appello Milano, 21 marzo 2012, dep. 18 giugno 2012) che avevano invece assolto la società dalle imputazioni, allegando che il modello – idoneo a prevenire il delitto di agiotaggio – era stato 'eluso fraudolentemente' dai vertici societari.

È necessario, invece, concentrare ancora l'attenzione sul ruolo e le funzioni dell'OdV, partendo proprio dal caso Impregilo.

Secondo la Corte di Cassazione, la funzione di controllo dell'organismo di vigilanza di Impregilo, così come delineata nel modello organizzativo, non era sufficientemente incisiva, dal momento che le bozze dei comunicati stampa predisposte dalle strutture amministrative potevano essere modificate dagli apicali, senza che «*all'organo di controllo [fosse] concesso di esprimere una dissenting opinion sul "prodotto finito" [il comunicato]*». Nonostante le considerazioni in senso contrario svolte nella parte introduttiva della sentenza («*La responsabilità dell'ente, ai sensi della L. n. 231 del 2001, non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato (ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2)*»), i Giudici di legittimità sembrano attribuire all'OdV una vera e propria funzione impeditiva dell'evento-reato, affermando che la vigilanza si riduce ad un "mero simulacro" se non si estrinseca in un controllo sui più importanti atti di gestione. In questo modo, però, si assegna all'OdV un ruolo di *sindacato diretto e totale sugli organi di amministrazione*²⁶, ruolo che, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, è estraneo all'impianto del d.lgs. 231/2001 e poco funzionale alle esigenze del sistema. Non rientra infatti tra le competenze dell'Organismo di vigilanza la supervisione sui contenuti dei comunicati stampa, la cui predisposizione rappresenta tipica espressione dei poteri *lato sensu* gestori. Non si può, d'altra parte, confondere l'obbligo – previsto dalla lett. d), comma 2, art. 6 d.lgs. 231/2001 – di informare l'OdV circa l'adeguatezza e l'attuazione del sistema di prevenzione del rischio-reato (*controllo indiretto*) con la devoluzione di un potere decisorio sui singoli atti amministrativi dell'ente (*controllo diretto*)²⁷.

Se la responsabilità dell'ente per il reato commesso da apicali o dipendenti si fonda sul rimprovero, mosso alla società, di non aver predisposto sufficienti presidi preventivi del rischio-reato, è proprio sulla funzionalità, da verificarsi *ex ante*, di questi presidi – i "modelli organizzativi", nel lessico del decreto 231 – che avrebbe dovuto concentrarsi l'indagine dei giudici di legittimità. D'altra parte, l'inadeguatezza dei modelli di Impregilo a prevenire il reato di agiotaggio era ben evidente, proprio per la carente proceduralizzazione del momento genetico dei comunicati stampa e, soprattutto, per la mancata previsione della collegialità nell'emanazione del testo definitivo. Un'esenzione di responsabilità per l'ente restava d'altra parte prospettabile soltanto qualora fosse risultato (e non era questo il caso) che l'OdV avesse in precedenza individuato una problematica nel procedimento di emissione dei comunicati – consistente nella mancanza di controlli sulle determinazioni del presidente e dell'amministratore delegato – e che, in seguito, l'avesse riferito al Consiglio di

²⁶ In questo senso vd. i commenti di C.E. PALIERO, cit., p. 476; V. SALAFIA, cit., p. 478, e A. BERNASCONI, «*Razionalità e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi*», cit., p. 1436; A. SALVINA VALENZANO, *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Jovene, 2019, p. 228.

²⁷ Così V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di Cassazione*, cit., p. 479.

amministrazione²⁸. L'unico strumento di reazione di cui dispone l'OdV, qualora ravvisi un'incompletezza nei protocolli di prevenzione o un mancato rispetto delle procedure da parte dei destinatari dell'autonormazione, è infatti quello della segnalazione ai vertici dell'ente²⁹. La circostanza che l'OdV non avesse riconosciuto una falla nei presidi a tutela del rischio-aggiotaggio esclude, in ogni caso, l'adeguatezza della vigilanza sul funzionamento e l'attuazione dei modelli.

Infine, le stesse caratteristiche dell'OdV di Impregilo rivelavano di per sé un *deficit* organizzativo, che avrebbe potuto costituire l'occasione, per la Suprema Corte, per meglio precisare il requisito di indipendenza desumibile dall'impianto del d.lgs. 231/2001: non solo l'organismo aveva natura monocratica – una scelta poco funzionale per un'impresa delle dimensioni di Impregilo – ma la medesima persona fisica che costituiva l'OdV era altresì responsabile dell'*internal audit* e, perciò, era alle dirette dipendenze dell'amministrazione³⁰. È evidente che tale sovrapposizione di ruoli, unita all'attribuzione ad una sola persona delle funzioni di vigilanza, rischia concretamente di minare l'indipendenza e l'autonomia dell'OdV, poiché il compito di verificare l'idoneità dei modelli organizzativi può porsi in conflitto con le esigenze tipiche del controllo interno, che si esplica in una prospettiva di massimizzazione del valore e di riduzione delle perdite economiche³¹.

In definitiva, i modelli organizzativi erano sì inadeguati, ma per ragioni in parte diverse da quelle addotte dalla Corte di Cassazione: non già perché l'OdV non era stato messo nelle condizioni di controllare l'operato degli organi di gestione e di *impedire* la commissione del reato di aggio, ma, piuttosto, perché Presidente e Amministratore Delegato avevano il potere di incidere unilateralmente e definitivamente sul contenuto dei comunicati stampa. L'OdV, da parte sua, aveva mostrato le sue carenze funzionali in quanto non in grado di individuare alcuna anomalia nel procedimento di approvazione ed emanazione dei comunicati stampa e, successivamente, di segnalare all'organo di gestione.

²⁸ A. BERNASCONI, [«Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi](#), cit., p. 1437; V. SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di Cassazione*, cit., p. 479.

²⁹ E. NAPOLETANI, *Omesso impedimento del reato e illecito amministrativo dell'ente: quale responsabilità per l'Organismo di Vigilanza in caso di omesso o insufficiente controllo?*, *Giur. pen. web*, 3/2020, p. 8.

³⁰ Come d'altra parte evidenzia C.E. PALIERO, in *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, cit., l'attribuzione della funzione di vigilanza e di quella di *internal audit* alla medesima persona non era, all'epoca dei fatti, percepita come problematica, ma era anzi incoraggiata, tanto che le già citate [Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo](#) (Confindustria, approvate il 7 marzo 2002 e aggiornate al marzo 2014) presentano un paragrafo dedicato proprio a "La compatibilità tra il ruolo di Internal Audit e le funzioni di Organismo di vigilanza".

³¹ A. BERNASCONI, [«Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi](#), cit., p. 1437.

7. Conclusioni.

Il Tribunale di Milano, nella sentenza in commento, pur non affermando espressamente l'esistenza di un obbligo di impedimento dei reati-presupposto in capo all'OdV, aderisce, senza richiamarla, alla prospettiva avanzata dai Giudici di legittimità nel caso Impregilo, laddove ammette un controllo *diretto* degli atti del potere gestionale da parte dell'Organismo di vigilanza.

Occorre prestare molta attenzione, perché, partendo da questo assunto, il ragionamento, se portato alle sue estreme conseguenze, condurrebbe ad una vera e propria trasfigurazione dell'OdV, che, da controllore della *compliance*, diverrebbe organo di prevenzione e repressione dei "reati commessi dalla società": una sorta di Procura interna all'ente, magari con facoltà di interrogare i presunti colpevoli.

D'altro canto, se fosse attribuito ai modelli organizzativi 231 un ruolo *impeditivo* degli eventi-reato e non prevenzionistico, sarebbe difficile dare torto a chi vede, nella responsabilità derivante da reato, un'inaccettabile applicazione della logica del *versari in re illicita*.

Un'interpretazione del ruolo dell'OdV aderente alla normativa deve esaltarne il carattere di estraneità rispetto alla gestione: la *non ingerenza* nelle scelte degli amministratori è *condicio sine qua non* di *autonomia* e *indipendenza*, requisiti che devono sempre connotare i componenti dell'Organismo di Vigilanza e, conseguentemente, l'organismo stesso.

In conclusione, la vigilanza sull'adeguatezza e attuazione dei modelli organizzativi è coerentemente esercitabile da parte dell'OdV solo se limitata alle regole precauzionali che l'ente si è autoimposto (o avrebbe dovuto autoimporsi) per mitigare il rischio-reato; estendere il controllo al merito dell'attività gestoria aprirebbe il varco a potenziali forme di responsabilità omissiva, non previste dall'ordinamento e capaci di mettere in crisi tutto il sistema 231.