



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO COMUNE
CICLO XXVII

**CONTROLLI SOCIETARI E POSIZIONI DI GARANZIA
UN'INDAGINE ALLA LUCE DEL D.LGS. 231/2001**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Dottorando : Claudia Molinaro

ABSTRACT

La ricerca si propone di comprendere quale impatto abbia avuto l'adozione del d.lgs. 231/2001, introduttivo di una disciplina di *criminal compliance* e della responsabilità ex crimine degli enti, sulla sfera di responsabilità penale per omesso impedimento dell'altrui reato, in capo ai membri degli organi societari incaricati dell'adozione ed attuazione dei *compliance programs* e della sorveglianza sul relativo funzionamento.

Si cercherà di rispondere al quesito dapprima attraverso una premessa dogmatica, volta a definire i presupposti del reato omissivo improprio, con particolare attenzione all'istituto della posizione di garanzia, quale criterio di equivalenza tra la commissione dell'evento tipico di una fattispecie criminosa e il suo mancato impedimento.

Alla luce dei risultati raggiunti, si tenterà di ricostruire la posizione dei membri dei principali organi di controllo rispetto all'impedimento di reati commessi nell'ambito della gestione societaria, sondando gli orientamenti giurisprudenziali in materia.

Infine si verificherà in che modo il d.lgs. 231/2001 è intervenuto nella sistematica dei controlli societari, introducendo un sistema di *criminal compliance*, ovvero di doveri di organizzazione degli enti, volti alla prevenzione di reati commessi nel loro interesse o vantaggio da intranei.

L'indagine sarà arricchita da profili di comparazione con l'ordinamento statunitense, per quanto riguarda al sistema di responsabilità da reato degli enti ivi adottato e a cui il legislatore italiano si è espressamente ispirato, e con quello tedesco, il cui "panorama" legislativo, dottrinale e giurisprudenziale ha svolto un ruolo dominante nella ricostruzione della responsabilità commissiva per omissione.

ABSTRACT

The research aims to examine the impact of Legislative Decree 231/2001, which has established a regulation of criminal compliance and liability of corporations, on the responsibility for the omission to prevent crimes of the members of corporate bodies entrusted to adopt and put into effects compliance programs, and to monitor the operation of such programs.

The first part of the thesis contains a doctrinal analysis, which intends to define the requirements of omission to act, with particular attention to the “duty to act” as a criterion of equivalence between the commission of a crime and the failure to prevent the commission of a crime.

In the light of the results achieved, the second part of the thesis attempt to reconstruct the case law about the powers of the corporate controllers to prevent the commission of crimes within the management of corporations.

Eventually the thesis monitors how Legislative Decree 231/2001 has modified the dynamics of corporate controls with the introduction of a system of *criminal compliance*, that is a set of duties of corporations aimed at the prevention of crimes committed in their interest or benefit by their members.

The research also features profiles of comparison with the US system of corporate criminal liability, which has inspired the italian system, and with the German system, since the German legislation, doctrine and jurisprudence have a leading role in the conceptualization of the responsibility for omission to act.

SOMMARIO

CAPITOLO I

CONTROLLI SOCIETARI E RESPONSABILITÀ PENALE NEL CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ D'IMPRESA

1.1. L'impresa, attrice protagonista della criminalità economica?	1
1.2. L'evoluzione dei controlli nella <i>corporate governance</i> italiana: dal controllo "formale" di legalità alla procedimentalizzazione delle attività organizzative, amministrative e contabili attraverso la predisposizione di assetti "adeguati" (art. 2381 c.c.)	6
1.2.1. (Segue): l'impatto del d. lgs. 8 giugno 2001, 231 sul governo societario. I modelli di organizzazione, gestione e controllo e l'organismo di vigilanza	15
1.3. Problemi di personalizzazione della responsabilità penale individuale nelle organizzazioni complesse: l'approdo alla responsabilità amministrativa degli enti ex d.lgs. 231/2001, quale strumento di contrasto alla criminalità di impresa	25
1.3.1. (Segue): Il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità ex crimine all'ente: la rilevanza del dato normativo e del sistema di controllo	30
1.4. Non c'è responsabilità dell'ente senza responsabilità individuale dei "controllori" per l'omesso impedimento di reati? Linee di ricerca	37

CAPITOLO II

IL CRITERIO DI EQUIVALENZA TRA AZIONE ED OMISSIONE: UNA PREMESSA DOGMATICA

- 2.1. L'omissione penalmente rilevante. Il reato omissivo improprio ex art. 40, comma 2 c.p. 41
- 2.2. Alla ricerca del fondamento giuridico-sostanziale dell'equivalenza tra azione ed omissione: dalla formelle *Rechtspflichttheorie* alla *Garantenlehre* 47
- 2.3. La *Garantenstellung* nelle elaborazioni dottrinali, legislative e giurisprudenziali tedesche dal secondo dopoguerra 57
- 2.4. Il recepimento della posizione di garanzia nell'ordinamento italiano: la rilevanza del potere-dovere giuridico impeditivo in una ricostruzione costituzionalmente orientata 68
 - 2.4.1. (Segue): fonti del potere-dovere impeditivo. In particolare: il negozio giuridico 77
 - 2.4.2. (Segue): il contenuto del potere impeditivo. Discrimen tra obblighi di garanzia, di sorveglianza e di attivazione 85
- 2.5. Cenni in materia di nesso causale ed elemento soggettivo nel reato omissivo improprio 92

CAPITOLO III

IL CONTROLLO SULLA GESTIONE SOCIETARIA: OBBLIGHI DI GARANZIA NELLO STATUTO DELLE SOCIETÀ PER AZIONI

3.1. <i>Corporate governance</i> e responsabilità penale per l'omesso impedimento del reato. Finalità dell'indagine	103
3.2. Ammissibilità e presupposti del concorso omissivo nel reato commissivo ai sensi degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p. e dei §§ 13 e 25-27 <i>StGB</i>	105
3.2.1. (Segue): Morfologia del potere impeditivo di reati nell'ambito dei rapporti tra organi societari. Natura comminatoria o mediata?	118
3.3. I poteri-doveri di controllo sulla gestione e di impedimento di reati in ambito societario: la posizione dei consiglieri di amministrazione	128
3.3.1. I doveri e poteri dei membri collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato di controllo sulla gestione	135
3.4. L'imputazione oggettiva e soggettiva del mancato impedimento del reato ai soggetti con funzioni di controllo all'interno delle società	147
3.5. Il modello tedesco. Obblighi di garanzia dei membri del <i>Vorstand</i> e dell' <i>Aufsichtsrat</i> nelle <i>Aktiengesellschaften</i> tedesche	153
3.5.1. (Segue): la tutela "graduata" della <i>Garantenpflichtverletzung</i> (§ 13 <i>StGB</i>) e della <i>Verletzung der Aufsichtspflicht</i> (§ 130 <i>OWiG</i>): rilevanza dei controlli societari tra responsabilità penale e amministrativa	162

CAPITOLO IV
OBBLIGHI ORGANIZZATIVI E PREVENZIONE DI REATI
NEL SISTEMA DEL D.LGS. 231/2001.
PROFILI DI RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE

4.1. Punti fermi ed obiettivi	169
4.2. Obblighi organizzativi, <i>compliance programs</i> e responsabilità da reato delle persone giuridiche nella prevenzione del crimine economico: una “moda” nell’era della globalizzazione	173
4.3. L’evoluzione della <i>criminal compliance</i> negli Stati Uniti. Profili di responsabilità penale collettiva e individuale	186
4.4. Il principio dell’ <i>Organisationsverschulden</i> in Germania: dalla teoria alla prassi, verso l’adozione di un <i>Verbandsstrafgesetzbuch</i> . Profili di responsabilità individuale	197
4.5. Il sistema italiano di <i>compliance</i> punitiva: responsabilità individuali dei “controllori” sotto la lente di ingrandimento del d.lgs. 231/2001	213
4.5.1. (Segue): La funzione amministrativa tra obblighi di organizzazione ed obblighi di garanzia	215
4.5.2. (Segue): I doveri-poteri di vigilanza dell’organo di controllo nel sistema di responsabilità amministrativa ex crimine degli enti	225
4.5.3. (Segue): Gli autonomi poteri di iniziativa e controllo dell’Organismo di Vigilanza	229
<i>Conclusioni</i>	237
<i>Bibliografia</i>	243

CAPITOLO I

CONTROLLI SOCIETARI E RESPONSABILITÀ PENALE NEL CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ D'IMPRESA

SOMMARIO: 1.1. L'impresa, attrice protagonista della criminalità economica?- 1.2 L'evoluzione dei controlli nella *corporate governance* italiana: dal controllo "formale" di legalità alla procedimentalizzazione delle attività organizzative, amministrative e contabili attraverso la predisposizione di assetti "adeguati" (art. 2381 c.c.)- 1.2.1 (Segue): l'impatto del d. lgs. 8 giugno 2001, 231 sul governo societario. I modelli di organizzazione, gestione e controllo e l'organismo di vigilanza.- 1.3. Problemi di personalizzazione della responsabilità penale individuale nelle organizzazioni complesse: l'approdo alla responsabilità amministrativa degli enti *ex d.lgs. 231/2001*, quale strumento di contrasto alla criminalità di impresa.- 1.3.1 (Segue) Il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità *ex crimine* all'ente: la rilevanza del dato normativo e del sistema di controllo.- 1.4 Non c'è responsabilità dell'ente senza responsabilità individuale dei "controllori" per l'omesso impedimento di reati? Linee di ricerca.

1.1. L'impresa, attrice protagonista della criminalità economica?

L'impresa, motore della produzione e della circolazione di ricchezza di ogni Paese, è oggetto di intensa regolamentazione nazionale e sovranazionale, per la quantità e varietà di interessi giuridici, economici e sociali che essa coinvolge¹.

Nel nostro ordinamento la Carta Costituzionale si fa carico dei valori più rilevanti, imponendo all'art. 41 un contemperamento tra la libertà di iniziativa economica privata e beni di livello primario, quali la sicurezza, la libertà, la dignità umana e l'utilità sociale, nel cui rispetto l'attività imprenditoriale deve svolgersi².

Da tale disposizione, cui consolidata giurisprudenza costituzionale attribuisce natura programmatica³, deriva in capo al legislatore l'onere di offrire adeguata tutela a tali beni contro le aggressioni cui li espone un *incontrollato* esercizio delle attività economiche, specialmente nella forma più devastante della criminalità d'impresa⁴.

¹ Sul ruolo pervasivo dell'impresa nella realtà contemporanea BASTIA P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in PALAZZO F. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 39.

² Nel senso della funzione di limiti esterni dei suddetti beni, NIRO R., *sub art. 41 Cost.*, in (a cura di) BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, 349.

³ Corte Cos., 14 febbraio 1962, n. 4 in www.consultaonline.it.

⁴ ALESSANDRI A., *voce Impresa (Responsabilità penali)*, vol. V, in *Dig. Discipl. Pen.*, Torino, 1992, 196. Per criminalità di impresa si intende fare riferimento al comportamento deviante posto in essere nell'esercizio delle funzioni assunte all'interno di un'impresa (*abweichende Verhalten im Dienste eines Unternehmens*), secondo la definizione elaborata da SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, 14.

Si pensi ai numerosi scandali societari e finanziari che negli ultimi decenni hanno scosso l'economia mondiale, scaricando sulle spalle dei piccoli risparmiatori, delle banche controparte e dei creditori sociali il peso dell'instabilità e dei fallimenti o dei dissesti di grandi gruppi societari: dal caso Enron e WorldCom negli Stati Uniti, a quelli Parmalat, Cirio, Banca Antonveneta in Italia.

O ancora, all'impressionante numero di infortuni sul lavoro e di malattie professionali o disastri ecologici e ambientali, di cui quasi quotidianamente l'opinione pubblica viene informata: Thyssenkrupp ed Eternit per citare due esempi nazionali, il disastro della piattaforma petrolifera Deep Water Horizon, il recente scandalo della manipolazione dei sensori di rilevazione del livello di emissioni nocive contenute nei gas di scarico di oltre undici milioni di autoveicoli Volkswagen.

All'evidenza non vengono in gioco soltanto beni di natura patrimoniale, interni od esterni all'azienda, ma anche beni, individuali e collettivi, quali la vita e l'integrità fisica delle persone che vi lavorano, l'incolumità pubblica, la salute, l'ambiente, il corretto funzionamento dei mercati e, con esso, il risparmio, interessi tutti la cui lesione o messa in pericolo possono assumere una diffusione tale da porre in ginocchio intere collettività⁵.

La diffusività e ripetitività dei danni che un'impresa può produrre nell'esercizio illegale della propria attività derivano quindi da due distinte tendenze, le quali spesso finiscono per intrecciarsi in una complessa mescolanza di consapevole opportunismo ed incapacità di fronteggiare con perizia i rischi connessi all'avanzamento tecnologico e scientifico⁶.

Da un lato, un ruolo rilevante nella messa in pericolo dei beni giuridici coinvolti dall'attività aziendale, specialmente in forma organizzata, è svolto dalla diffusione delle forme di illiceità tipiche della società del rischio⁷, frutto dell'azione di organizzazioni

⁵ MEREU A., *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006, 32.

⁶ PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 576.

⁷ Per un'ampia e recente trattazione in punto di elemento soggettivo nelle situazioni di c.d. rischio consentito si veda CIVELLO G., *La colpa eventuale nella società del rischio*, Torino 2013. Inoltre sul tema MASULLO M.N., *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012, 15 ss; PERINI C., *La legislazione tra diritto penale dell'evento e diritto penale del rischio*, in *Legisl. Pen.*, 2012, 117; BRUNO G., *Società del rischio e disastri tecnologici*, in *Dir. e form.*, 2005, 1480 ss; MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988 Nella letteratura tedesca BECK U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 2010.

complesse, più o meno consapevolmente impreparate a fronteggiare i rischi che ne derivano.

Dall'altro, lo sviluppo della "criminalità del profitto" è fattore che sollecita da anni l'indagine sulle relative cause.

Studi criminologici sul *modus operandi* all'interno delle aziende hanno dimostrato come la corsa all'incremento dei profitti o la necessità di minimizzare le perdite stimolino il ricorso a strumenti illegali, ove quelli legali non bastino o costituiscano la via più lenta o complessa per ottenere il risultato voluto dal singolo o preteso dai vertici⁸. Amministratori delegati e *managers* operativi, rappresentanti della categoria criminologica dei c.d. "white collars"⁹, pongono in essere il crimine come comportamento consapevolmente scelto, in quanto prodotto di conoscenze e calcoli, attraverso cui perseguono utilità, vagliano opzioni e soppesano rischi¹⁰.

In tale ottica, la decisione di commettere il reato è sempre il risultato del bilanciamento tra le "opportunità criminali", ovvero le possibilità di ottenere il risultato perseguito senza il rischio di essere scoperti e denunciati, e i motivi che spingono alla realizzazione di una condotta illecita¹¹.

Questi ultimi possono coincidere con obiettivi strettamente personali (una promozione, la prevenzione di un licenziamento, il conseguimento di un premio di produzione) e talora persino contrari all'interesse della società (occultamento di errori e salvaguardia

⁸ In tal senso riferisce già STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo, lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 462 ss.

⁹ Espressione ormai entrata nel linguaggio comune e coniata dal criminologo statunitense SUTHERLAND E. H., *White collar crime*, New York, 1949, 3 ss., in particolare 9 il quale, nel tentativo di superare i classici studi in materia di comportamenti criminali, che consideravano come principali fattori criminogenetici le situazioni patologiche di natura sociale (povertà, precarietà nelle condizioni abitative, carenza di occasioni di svago e di istruzione, crisi familiari) o personale (minorità mentale o instabilità emotiva), rilevava la notevole diffusione del crimine presso le persone appartenenti alla *upper socio-economic class*, sfuggita all'attenzione dei criminologi stante la trattazione dei relativi casi spesso al di fuori delle corti penali. Per una definizione di "crimine dei colletti bianchi" si veda oltre.

¹⁰ In tal senso FORTI G., *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, in CATENACCI M.- MARCONI G. (a cura di) *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino 2009, 17. Nella letteratura anglosassone, GOTTSCHALK P., *Policing White Collar Crime. Characteristics of White-Collar Criminals*, New York 2014, 155; PEARCE F.-TOMBS S., *Ideology, Hegemony, Empiricism-Compliance Theory of regulation*, in *British Journal of Criminology*, 1990, Vol. 30, 4, 423 ss. Diversamente riconduce il crimine di impresa al prevalente fattore dell'incompetenza tecnica e manageriale diffusa nelle società NELKEN D., *White-Collar Crime*, in MAGUIRE M., MORGAN R., REINER R., (a cura di) *Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 1994, 335. In quella tedesca, LÖHR A., BURKATZKI E., *Wirtschaftskriminalität und Ethik*, Mering, 12, che rilevano come il crimine economico sia commesso da operatori aziendali per il proprio personale tornaconto, a danno della società per cui lavorano (*occupational crime*) ovvero a vantaggio dell'imprenditore e dell'impresa (*corporate crime*). Negli stessi termini si esprime SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 13 s.

¹¹ FORTI G., *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, cit., 17.

della propria reputazione); con la pressione esercitata dall'ambiente di lavoro, soprattutto nei confronti di quanti sono chiamati ad adottare decisioni operative in poco tempo e dietro la spinta di ambiziose programmazioni dei vertici¹²; non ultimo con la presenza di costruzioni culturali e filosofie aziendali, che agevolano la commissione di crimini, tanto che, secondo un'importante orientamento criminologico, “*la valutazione del singolo non può mai essere sradicata dall'humus di rappresentazioni e di influenze che derivano dall'ambiente*”¹³. Si pensi sia al fattore dell’“*ebbrezza del rischio*”, cui i membri di un certo gruppo ricorrono con maggiore leggerezza d'animo, sulla spinta di una baldanzosa sopravvalutazione delle possibilità di successo di un'operazione ai limiti della legalità¹⁴; all'elemento della lealtà alla cerchia di appartenenza, che spinge i membri di un certo gruppo ad idealizzare i propri progetti di lavoro e ad occultarne gli aspetti illeciti; alla diffusa accettazione del ricorso al crimine nell'ambito dell'intero ambiente di lavoro¹⁵.

Se queste sono le principali cause dello sviluppo della criminalità d'impresa, rinvenute nello studio dei comportamenti aziendali, la sua peculiare insidiosità, con conseguente difficoltà nella scoperta e prevenzione dei fatti di reato, risiede in una altrettanto varia molteplicità di fattori.

In primo luogo si deve considerare il tipo criminologico di autore: dirigenti e *managers* aziendali sono normalmente persone rispettabili, rientranti nella categoria del *white collar*, “*persona rispettabile e di elevata condizione sociale*” che commette reati nell'ambito della sua occupazione, non appartenente all'abituale tipo criminale, dotata di potere ed influenze sociali che suscitano la fiducia da parte della comunità di riferimento, agevolando così la perpetrazione nel tempo di condotte illecite¹⁶.

¹² STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo, lotta di judo*, cit., 463 ss.

¹³ FORTI G., *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, cit., 17, il quale si rifà a Sutherland, nell'attribuire grande rilievo all'apprendimento e alla trasmissione culturale nella genesi del crimine in generale ed in particolare di quello di impresa.

¹⁴ STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo, lotta di judo*, cit., 464.

¹⁵ PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 578, la criminalità d'impresa stessa viene spesso indotta dall'ente, attraverso una specifica cultura, tradizione e uno specifico indirizzo strategico ed operativo. L'impresa, infatti, si confronta costantemente col rischio: di mercato, sociale, ambientale, tecnologico. Il che impone alla stessa di adottare delle strategie per fronteggiarlo ed evitare che si tramuti in un danno per la stessa. La scelta della strada da percorrere per fronteggiare il rischio può seguire la legalità o meno e si manifesta in un agire organizzato basato su un sistema stabile di valori, per cui quasi mai la scelta dell'illegalità è fondata su un cortocircuito determinato dal singolo).

¹⁶ SUTHERLAND E. H., *White collar crime*, cit., 9 ss.

In molti casi, poi, si aggiunge la complessità dell'*iter criminis*, favorita dalle qualità sociali e professionali degli autori. Si pensi alla creazione e diffusione di nuovi strumenti finanziari caratterizzati da algoritmi matematici di elevata complessità, a discapito della trasparenza e quindi della possibilità per i risparmiatori (singoli ed imprese) di calcolare la rischiosità delle operazioni connesse, come è accaduto con il ricorso alla tecnica della cartolarizzazione dei crediti derivanti dai mutui *subprime*, da cui si sono prodotte perdite ingenti e una crescente sfiducia nei confronti degli operatori finanziari, seguite dal crollo dei mercati e dallo scoppio della crisi del 2007- 2008¹⁷.

Completano il quadro l'erosione di qualsiasi resistenza, che tendenzialmente dovrebbe essere opposta dai singoli e dalle istituzioni¹⁸, e non da ultimo la facilità di occultamento del crimine, agevolato oltre che dalla posizione degli autori all'interno dell'azienda, altresì dal fattore della frammentazione delle competenze (e, come si vedrà, delle corrispondenti responsabilità), che vede il coinvolgimento di una pluralità di soggetti in ogni singola fase dell'attività imprenditoriale svolta in forma societaria¹⁹.

Alla luce di questa breve ed affatto esaustiva analisi del fenomeno della criminalità d'impresa, sotto la lente di ingrandimento della criminologia, può convenirsi con quanti riconoscono che fonte del pericolo promanante dalle attività economiche e finanziarie non è tanto o, almeno, non solo il singolo, quanto piuttosto l'organizzazione imprenditoriale nel suo complesso, nei meandri della cui struttura si insinua la cultura dell'illegalità, quale deriva dalla logica del profitto o della c.d. colpa di organizzazione²⁰.

Di qui appare comprensibile e condivisibile l'atteggiamento di favore dimostrato, all'indomani dell'adozione del d.lgs. 231/2001, per l'introduzione della responsabilità penale degli enti, quale sanzione per il mancato adeguamento della struttura a procedure controllabili di svolgimento delle attività societarie e imprenditoriali, atte a smascherare

¹⁷ Per un maggiore approfondimento si veda ALESSANDRI A., *Diritto penale ed attività economiche*, Bologna, 2010, 108. Per una riflessione sui nuovi scenari del diritto penale dell'economia, prende spunto dalle medesime vicende MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1465.

¹⁸ FORTI G., *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, cit., 13.

¹⁹ PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 577; STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo, lotta di judo*, cit., 465; MEREU A., *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, cit., 34.

²⁰ AMBROSETTI E.M., *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale dell'impresa*, in AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012, 44.

tendenze criminogene prima che possano sfociare nel danno o nella messa in pericolo dei beni giuridici coinvolti dall'azione dell'ente complesso²¹.

Stante la rilevanza dell'attività imprenditoriale, infatti, la vera sfida che si pone agli ordinamenti non è tanto la repressione, quanto piuttosto la prevenzione del crimine economico, la quale consta necessariamente di due momenti: da un lato il controllo dell'organizzazione e dell'attività dell'impresa a 360 gradi²²; dall'altro la paralisi dei comportamenti criminosi che dalla stessa o nella stessa traggono alimento e che grazie alla vigilanza interna all'ente possono essere scongiurati o rimossi.

Nell'immediato proseguo della trattazione si illustrerà sinteticamente il pervasivo apparato di controlli di cui le società sono state dotate per contrastare gli illeciti commessi dai loro operatori.

Si sceglie di analizzare la disciplina delle società ed in particolare delle società per azioni, con alcuni cenni al peculiare status delle società quotate, essendo tali forme di esercizio in forma associata dell'attività d'impresa a cagionare i danni di più vasta portata, per le dimensioni ed il numero di interessi coinvolti

1.2 L'evoluzione dei controlli nella corporate governance italiana: dal controllo "formale" di legalità alla procedimentalizzazione delle attività organizzative, amministrative e contabili attraverso la predisposizione di assetti "adeguati" (art. 2381 c.c.).

In diritto commerciale l'esigenza di istituire un sistema di controllo di natura formale/legale²³ dell'operato della società nasce con la separazione istituzionale tra proprietà e gestione e la necessità di monitorare gli investimenti che terzi- gli amministratori- fanno del capitale sociale²⁴.

²¹ PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 580 s.

²² Per la molteplicità delle accezioni inerenti il concetto di controllo si rinvia a FERRO-LUZZI P., *Riflessioni in tema di controllo*, in BIANCHI L.A., GHEZZI F., NOTARI M. (a cura di) *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi, omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, 309 ss.

²³ MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.* 2013, 50 ss. Al controllo di conformità alle regole legali o di corretta amministrazione si contrappone il controllo di merito, sull'opportunità delle scelte gestionali. Tale ultimo controllo viene esercitato dall'assemblea dei soci nei confronti degli amministratori o da parte del consiglio di amministrazione verso gli amministratori delegati nella forma di un potere di indirizzo o condizionamento, che non sfocia in azioni di responsabilità civile o financo penale, bensì soltanto nella revoca della nomina di amministratore o della delega, e che pertanto esula dalla materia dei controlli societari di cui ci si occupa.

²⁴ GRANDE STEVENS F., *Controlli interni e responsabilità nelle società di capitali*, in *Dir fall. e soc. comm.*, 2012, 251 ss.. Pertanto, ove la funzione gestoria sia svolta dagli stessi soci, inferiori sono le

La prima figura di controllore interno, legislativamente introdotta in Italia con il codice del commercio del 1882, fu quella del sindaco, perciò usualmente denominato “organo di controllo”, avente funzioni di vigilanza sulla legalità dell’attività gestionale degli amministratori e sulla contabilità. Verso la metà degli anni ’70 dello scorso secolo, il legislatore italiano istituì per le società quotate il controllo privatistico dei revisori contabili, esteso poi con la riforma del diritto societario apportata dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 a tutte le società di capitali, in sostituzione della vigilanza contabile dei sindaci²⁵. L’attività dei revisori è stata da ultimo ridisciplinata dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, attuativo della direttiva 2006/43/Ce, che ha previsto il dovere dei revisori di verificare, nel corso dell’esercizio e con periodicità almeno trimestrale, la regolare tenuta della contabilità e la corretta rilevazione delle scritture contabili dei fatti di gestione, nonché di verificare che il bilancio di esercizio e il bilancio consolidato corrispondano alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e siano conformi alle norme che li disciplinano. Con apposita relazione, i revisori esprimono un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto²⁶. All’organo sindacale compete dunque attualmente il controllo di legalità sul rispetto della legge, dello statuto, dei principi di buona amministrazione, ovvero delle c.d. regole tecnico-aziendalistiche che costituiscono il paradigma di diligenza professionale del buon amministratore²⁷, e, non ultima, dell’adeguatezza dell’*assetto organizzativo, amministrativo e contabile* della società²⁸, la cui cura e valutazione sono invece affidate

esigenze di istituzione di un organo di controllo *ad hoc*, che aumentano invece in relazione alle società a capitale diffuso, quali le s.p.a e in modo particolare rispetto alle società quotate.

²⁵ GRANDE STEVENS F., *Controlli interni e responsabilità nelle società di capitali*, cit., affiancato da quello pubblicistico di un’authority indipendente *ad hoc*, quale la CONSOB, al fine di garantire al risparmio la tutela prevista dall’art. 47 Cost. Inoltre, per una panoramica dell’evoluzione normativa, si vedano BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell’arte*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 1 ss.

²⁶ BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell’arte*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 13; MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 63 ss.

²⁷ MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 51, il quale attribuisce un controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione altresì al consiglio di amministrazione rispetto all’operato dei delegati ex art. 2381, comma 3 c.c.. Per un approfondimento del concetto di corretta amministrazione, IRRERA M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in (a cura di) ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 262.

²⁸ In questo senso il riformato art. 2403 c.c., che riprende la formulazione già adottata per la disciplina della medesima funzione nelle società quotate dall’art. 149 t.u.f.. In materia, CORAPI D., *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 196 ss. La

dal legislatore della riforma rispettivamente agli amministratori delegati e al consiglio di amministrazione (art. 2381, commi 3 e 5).

Secondo la prevalente dottrina commercialistica, la nozione di assetto richiama quel fenomeno di procedimentalizzazione dell'organizzazione aziendale, che consente il controllo e automatico adeguamento di ogni fase dell'attività d'impresa (dal momento decisionale a quello operativo) ai principi di corretta amministrazione, che devono informare l'operato degli amministratori, a sua volta oggetto di vigilanza da parte del collegio sindacale²⁹.

L'assetto, quindi, non è altro che l'insieme di strumenti- processi ed operazioni integrate- che gli amministratori, delegati o *in plenum* in caso di assenza di deleghe- devono predisporre per consentire un corretto svolgimento dell'attività gestoria e contabile. La funzione degli assetti è quindi quella di ridurre i margini di errore, consentendo la controllabilità delle procedure, sul cui concreto funzionamento sono poi chiamati a vigilare gli organi di controllo, il collegio sindacale nel modello tradizionale, il consiglio di sorveglianza in quello dualistico e il comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico.

I compiti degli amministratori e dei sindaci, inerenti l'attuazione e la vigilanza dell'"assetto organizzativo, amministrativo e contabile" delle società per azioni, si inseriscono nella tendenza legislativa italiana all'implementazione di un "sistema di controlli interni" alle società, innescata dagli scandali finanziari e societari di inizio millennio³⁰.

Le prime manifestazioni di tale attività di controllo riguardarono le sole società quotate, per le quali, su influenza del diritto statunitense³¹, agli artt. 149 e 150 del testo unico finanziario (d. lgs. 58/1998) furono previste funzioni di vigilanza sul "sistema di controllo interno" in capo ai sindaci delle società quotate, nonché l'istituzione di un

stessa funzione è attribuita nel sistema dualistico al consiglio di sorveglianza e in quello monistico al comitato di controllo di gestione.

²⁹ IRRERA M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in (a cura di) ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., 265 ss; SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, 275; BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, in *Le società* 2009, 679.

³⁰ IRRERA M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in (a cura di) ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., 267.

³¹ Il riferimento è in particolare al *Sabarnes Oxley Act*, per la cui influenza nell'ordinamento italiano si rinvia a FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P., PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2007, 7 ss..

“preposto al controllo interno”, avente il compito di riferire ai sindaci, di propria iniziativa o su loro richiesta. A “procedure” amministrative e contabili fa riferimento altresì l’art. 154 bis t.u.f., inserito nel corpo del testo unico finanziario dalla legge sul risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262), che attribuisce la responsabilità delle stesse ad un’ulteriore figura di controllore, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari. In relazione, invece, a tutte le società, anche quelle non quotate, ma limitatamente al modello monistico di *corporate governance*, fu introdotto dal decreto di riforma del diritto societario (art. 2409 *octiesdecies* c.c.) il dovere di vigilanza del comitato di controllo di gestione anche sul sistema di controllo interno.

In nessuna delle citate previsioni, tuttavia, il legislatore si è soffermato a definire l’essenza ed il funzionamento dei controlli interni, rinviando alle prassi aziendali e ai relativi regolamenti privati o di settore (a loro volta ispirati all’esperienza nordamericana), che da anni li disciplinano come quell’insieme di procedure e strutture organizzative di monitoraggio e gestione dei principali rischi aziendali, di controllo di conformità alle norme e di revisione interna di sistema³².

Per controllo interno, pertanto, si intende quel complesso di procedure che, nel perseguimento degli obiettivi di impresa, garantiscono un pervasivo e costante monitoraggio del rispetto delle norme ad essa dirette (funzione di *compliance*)³³ e, al

³² In particolare, il richiamo nell’ordinamento italiano è al codice di autodisciplina di Borsa Italiana S.p.a., in www.borsaitaliana.it, che nell’ultima versione (luglio 2015), prevede ai primi due principi dell’art. 7 la realizzazione di un sistema di controllo interno, così concepito: “7.P.1 Ogni emittente si dota di un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi costituito dall’insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l’identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi. Tale sistema è integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall’emittente e tiene in adeguata considerazione i modelli di riferimento e le best practices esistenti in ambito nazionale e internazionale. 7.P.2. Un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi contribuisce a una conduzione dell’impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l’assunzione di decisioni consapevoli. Esso concorre ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l’efficienza e l’efficacia dei processi aziendali, l’affidabilità delle informazioni fornite agli organi sociali ed al mercato, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne”. Secondo SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *An. Giur. Ec.*, 269 ss., nell’alveo della disciplina di diritto societario si trovano nondimeno numerosi principi normativi, riferibili a qualunque tipo di società e non meramente riconducibili al soft-law, che consentono di ricostruire il significato e la coerenza del significato di sistema di controllo interno con riferimento a tutte le società di capitali.

³³ Per una prima definizione e l’etimologia del termine, si rinvia a FORTI G., *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, cit., 19.

contempo, uno svolgimento delle attività di gestione consapevole dei rischi (*risk management*)³⁴.

In quanto tali, è pacifico che i controlli interni costituiscano parte integrante dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, consentendo la rilevabilità dei rischi di gestione e la conformazione dell'attività di direzione, così come di quella esecutiva, ai doveri di correttezza, nonché alle leggi e agli statuti. L'obbligatorietà della loro predisposizione vale senz'altro per le società quotate, mentre per le altre società per azioni essa dovrà essere valutata alla stregua del principio di proporzionalità: soltanto ove le dimensioni e la struttura della società siano tali da richiedere tale tipo di controlli, la loro predisposizione potrà ritenersi necessaria ai fini del giudizio di adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile³⁵.

Così concepito, il controllo societario si sostanzia non solo nella mera vigilanza *ex post*, di carattere formale, sulla conformità dell'azione degli amministratori al dettato normativo, bensì in una sorveglianza connaturata alla stessa funzione gestoria, che consente una costante verifica *in fieri* delle attività organizzative, gestionali e contabili della società, in funzione di prevenzione ed azzeramento o riduzione dei rischi di gestione³⁶.

³⁴ In tal senso *ex multis*, SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, 274; FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P. E PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 5 ss..

³⁵ FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P. E PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 14, il quale osserva che soltanto nelle società di minori dimensioni il controllo interno può non essere configurato oppure può coincidere con un'altra struttura dell'organizzazione aziendale, sottintendendo, dunque, che in tutte le società di una certa dimensione- quotate e non, ricorrenti o meno al modello monistico- si profila come essenziale un sistema di controllo interno, da valutarsi in base ad un criterio di proporzionalità, che tenga conto della natura e delle dimensioni e complessità dell'impresa. Nel stesso senso, sulla base di una pluralità di indicazioni normative generali e di settore, SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *An. Giur. Ec.*, 269 ss.; CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, Impresa, Società*, 2015, 33.

³⁶ MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 51. Nel senso di controllo come potere di verifica connaturato al potere di direttiva: RICHTER M. S. JR., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012 664; BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 1; PRESTI G.M. G., *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, *ibidem*, 141 ss.; CHIAPPETTA F., *Il controllo interno tra compliance normativa e attività gestionale*, in (a cura di) TOMBARI U., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, Torino, 2013, 53. In tale ottica deve leggersi altresì l'introduzione, per effetto del Codice di Autodisciplina delle società quotate, della figura dell'amministratore indipendente tra quelli non esecutivi, con peculiari funzioni di controllo, in quanto avente la facoltà di partecipazione ai comitati interni al consiglio di amministrazione. In tema si rinvia

Da quanto esaminato, appare evidente come la funzione di vigilanza sull'attività di impresa sia oggi ripartita tra una pluralità di organi. Nella consapevolezza di non poter tracciare un profilo esaustivo di ciascuno di essi, ci si limita in questa sede ad individuarne i compiti principali con peculiare riferimento agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e alla loro peculiare componente dei controlli interni.

Rispetto agli assetti in generale sono chiamati a svolgere funzioni poietiche e di controllo, rispettivamente, gli amministratori delegati da un lato, il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale dall'altro.

Gli organi delegati devono curarne l'adeguatezza rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa, come prevede l'art. 2381, comma 5 c.c.. Tale compito si sostanzia nella costituzione degli assetti, attraverso la predisposizione dei sistemi, delle strutture, delle procedure, dei documenti, dei programmi informativi necessari a garantire il corretto svolgimento dell'attività d'impresa³⁷.

Il consiglio di amministrazione *in plenum* ha, invece, il dovere di *valutare* tale adeguatezza ai sensi dell'art. 2381, comma 3 c.c., sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati.

Per la dottrina maggioritaria, tale dovere ha ad oggetto il controllo periodico e nel merito della qualità e della completezza degli assetti, al fine eventuale di impartire direttive o sollecitarne la modificazione per adeguarli alle esigenze dell'azienda³⁸.

alla lettura di ROSSI G., *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, 78; BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 13; FERRARINI G., *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti, e doveri fiduciari, ibidem*, 49.

³⁷ IRRERA M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in (a cura di) ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., 269, 276. L'Autore afferma la necessità di un'attività operativa del consiglio stesso, nelle società in cui non venga fatto ricorso all'istituto della delega. In tal caso deve per altro ritenersi che la funzione valutazione non debba ritenersi assorbita da quella di elaborazione degli assetti.

³⁸ FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P. E PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 14; IRRERA M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in (a cura di) ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., 270 s.. La stessa ripartizione di funzioni tra assemblea e delegati si ripete nel sistema dualistico, caratterizzato dalla attribuzione delle funzioni di amministrazione e controllo rispettivamente al consiglio di gestione e al consiglio di sorveglianza. In tale sistema è prevista poi la possibilità per il consiglio di gestione di delegare specifiche attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti, con conseguente distinzione tra la funzione di predisposizione degli assetti, spettante ai consiglieri esecutivi, e quella di valutazione dell'adeguatezza ai secondi. In tal senso l'art. 2409 novies, comma 1, che rinvia all'art. 2381, commi 3-5. In quanto invece al sistema monistico la corporate governance è strutturata nella ripartizione delle funzioni di amministrazione e controllo, all'interno del medesimo organo, tra il consiglio di amministrazione e un comitato di controllo istituito al suo interno e composto da amministratori dotati dei requisiti di indipendenza. Non si esclude, inoltre, la possibilità di

All'uopo, sebbene non sussista un dovere-potere del singolo amministratore di avviare delle apposite indagini, ove l'informazione proveniente dai delegati sia carente, cionondimeno si ritiene sussistente un potere del collegio di approvare e porre in essere atti di ispezione, al fine di appurare le caratteristiche dei modelli organizzativi e delle procedure e la loro adeguatezza alla struttura societaria³⁹.

Un obbligo di informativa in capo al consiglio si ravvisa inoltre in relazione al compito, attribuito al consesso dall'art. 2381, comma 3 c.c., di valutare il generale andamento sulla gestione in base alla relazione degli organi delegati: nel caso in cui questa sia insufficiente o apodittica, il consiglio dovrà pretendere le necessarie integrazioni, alla stregua del generale dovere di "agire informati" e di richiedere le informazioni relative alla gestione della società ai sensi del comma 6° del medesimo articolo⁴⁰.

Entro tali limiti di contenuto e di forma segnati dall'art. 2381 c.c., deve quindi affermarsi l'esistenza di un dovere di vigilanza in capo ai consiglieri anche a seguito della riforma del diritto societario operata col d.lgs. 6/2003⁴¹, che ha modificato l'art. 2392 c.c. nella parte in cui prevedeva un generale dovere di vigilanza in capo agli amministratori deleganti, con esclusione, per la giurisprudenza e la dottrina dell'epoca, della responsabilità contrattuale nei soli casi in cui all'adempimento di tale pregnante dovere si fosse frapposto un comportamento ostantivo dei delegati⁴².

Più precisamente, nell'attuale formulazione l'art. 2392 c.c. richiede a tutti gli amministratori l'adempimento dei doveri imposti dalla legge e dallo statuto "*con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*", pena la responsabilità solidale per i danni cagionati alla società dall'inadempimento delle loro

delegare taluni incarichi ad amministratori esecutivi. In tal caso la dialettica tra il consiglio e i comitati, in ordine alla realizzazione e vigilanza degli assetti, è la medesima.)

³⁹ MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. 2 (Assemblea-Amministrazione) Torino, 2006.

⁴⁰ MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 54.

⁴¹ MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 54

⁴² PERUZZO G.G., *Il dovere di vigilanza degli amministratori di S.p.A.: il ruolo degli amministratori deleganti e la loro responsabilità*, in A.A.V.V., *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi*, Atti del V Convegno annuale dell'associazione di professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale", Roma 21-22 febbraio 2014, 25 s..

obbligazioni professionali, salvo si tratti di attribuzioni delegate ad uno o più amministratori o al comitato esecutivo⁴³.

Tra tali doveri, l'art. 2381, comma 3 c.c. prevede come si è visto quelli di valutazione dell'adeguatezza degli assetti e del generale andamento della gestione, sulla base delle indicazioni fornite dagli amministratori delegati, salvo il dovere di agire informati ai sensi del quinto comma della medesima disposizione. Pertanto, in base all'art. 2392, comma 1 c.c., l'inadempimento di tali doveri può essere perseguito mediante azione di responsabilità. Inoltre, ai sensi del comma secondo, i consiglieri rispondono in solido con i delegati qualora, pur essendo a conoscenza dei fatti o delle omissioni pregiudizievoli dei delegati, non abbiano fatto quanto potevano per impedirli⁴⁴.

Infine, sempre per quanto concerne gli assetti, si rammenta il già accennato ruolo del collegio sindacale, che -ai sensi dell'art. 2403 c.c.- è tenuto a vigilare sull'adeguatezza degli stessi. Tale compito si distingue da quello appena analizzato, consistente nella valutazione dell'adeguatezza da parte del consiglio di amministrazione, in quanto attiene alla fase dinamica del funzionamento delle procedure e delle operazioni che integrano gli assetti, ovvero alla loro efficace attuazione nella singola impresa⁴⁵.

La responsabilità contrattuale dei sindaci per l'inadempimento dei propri compiti è sancita dall'art. 2407 c.c., che fissa la medesima soglia di diligenza prevista per gli amministratori. Essi possono andare incontro a responsabilità esclusiva o concorrente: la prima attiene alla veridicità delle attestazioni rilasciate dai sindaci nello svolgimento del loro incarico, nonché al segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza in ragione del loro ufficio (art. 2407, comma 1 c.c.). Ai sensi del secondo comma, invece,

⁴³ GITZI D., *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società, prima e dopo la riforma del 2003*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1785, che riferisce come in dottrina non vi sia condivisione di vedute tra chi ritiene si debba escludere la solidarietà e chi invece soltanto graduare la responsabilità, nei casi in cui l'amministratore delegante non sarebbe stato in grado di intervenire in ragione delle specifiche competenze professionali personali.

⁴⁴ GITZI D., *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società, prima e dopo la riforma del 2003*, cit., 1780, in materia di responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci prima e dopo la riforma; in tema di responsabilità per violazioni inerenti i compiti nell'ambito dei controlli interni o degli assetti; FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P. E PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 21 ss.

⁴⁵ FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P. E PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 273; FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P. E PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 14 ss.: la funzione di vigilanza sugli assetti e sul loro concreto funzionamento è attribuita nei vari modelli di *corporate governance*, rispettivamente al collegio sindacale nel sistema tradizionale, al consiglio di sorveglianza in quello dualistico e al comitato di controllo sulla gestione in quello monistico.

dei danni cagionati dal fatto o dall'omissione degli amministratori rispondono in solido anche i sindaci, per *culpa in vigilando*, qualora i danni sarebbero stati evitati attraverso l'esercizio della sorveglianza conforme agli obblighi derivanti dalla loro carica.

Pertanto il mancato esercizio del controllo non è di per sé fonte di responsabilità civile dei sindaci, salvo abbia permesso una deviazione dai principi di corretta amministrazione da parte degli amministratori⁴⁶

Si è visto, poi, come parte integrante degli assetti, in proporzione alle dimensioni e alla struttura dell'impresa, siano i controlli interni, che nelle società quotate- oltre alle funzioni di amministratori e sindaci relative agli assetti- coinvolgono obbligatoriamente: il preposto al controllo interno (art. 150 t.u.f.), il quale deve verificarne l'adeguatezza e la piena operatività e, spesso, presiede l'*internal audit*, comitato del consiglio di amministrazione con funzioni di controllo, di supporto o di natura istruttoria in materia contabile⁴⁷; il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili della società (art. 154 bis t.u.f.), con compiti organizzativi, quali la predisposizione di adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio e di attestazione sull'adeguatezza delle procedure e sulla congruità della formazione dei dati di bilancio; altre figure variamente denominate quali i *risk managers*, gli *internal auditors*, gli addetti alla funzione *compliance*⁴⁸.

Completa il quadro dei controlli societari, in particolare di quelli interni, l'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cui sono attribuiti autonomi poteri di iniziativa e controllo sul funzionamento dei modelli di organizzazione e gestione dell'ente idonei alla prevenzione dei reati dei soggetti in posizione apicale, commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, nonché il compito di curarne l'aggiornamento.

L'adozione ed efficace attuazione di tali modelli, contenenti regole di organizzazione dell'impresa per la prevenzione dei reati, nonché l'istituzione dell'organo di vigilanza sul relativo funzionamento, sono presupposti dell'esenzione dell'ente dalla

⁴⁶ GITZI D., *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società, prima e dopo la riforma del 2003*, cit., 1780.

⁴⁷ MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 943; BRAGANTINI S., *La crisi dell'audit e la sua "rifondazione"*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 191 ss.

⁴⁸ BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari, Molte regole nessun sistema*, cit., 14. Risponde civilmente e penalmente ai sensi dell'art. 154 bis t.u.f..

responsabilità amministrativa da reato di cui al decreto legislativo 231/2001, assieme alle circostanze di una sufficiente attivazione dell'organo di controllo (art. 6) e, quindi, della commissione dell'illecito attraverso l'elusione fraudolenta delle procedure individuate dal modello. La ratio di tale sistema consiste nella possibilità di consentire alla società di dissociarsi dalla condotta dei vertici, ove la stessa non sia effettiva espressione della politica di impresa, attraverso l'implementazione- di per sé non obbligatoria- del sistema di controllo procedimentalizzato di cui al decreto⁴⁹.

Poiché la materia è di centrale importanza nella presente trattazione, si impone uno specifico inquadramento dei modelli e dell'Organismo di vigilanza nell'organizzazione e nella struttura societaria, prima di poter passare ad una valutazione dell'efficacia dei controlli e dei rimedi al loro mancato o negligente funzionamento.

1.2.1 (Segue): l'impatto del d. lgs. 8 giugno 2001, 231 sul governo societario. I modelli di organizzazione, gestione e controllo e l'organismo di vigilanza.

Dai pochi cenni sopra esposti, si comprende come il legislatore abbia voluto introdurre, con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, un sistema di *corporate compliance*, basato sul dovere di autocontrollo dell'ente attraverso l'adozione di regole afferenti all'organizzazione dell'impresa, in funzione di prevenzione di reati⁵⁰.

L'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione di cui all'art. 6, comma 1 lett. a) da parte delle persone giuridiche indicate dall'art. 1 comma 2, tra cui figurano anche le società, sebbene non sia obbligatoria, sono condizioni necessarie dell'esenzione dalla responsabilità amministrativa in caso di reato commesso dai vertici nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Qualora, invece, l'illecito sia realizzato da soggetti subordinati alla direzione o sorveglianza degli apicali, l'adozione ed attuazione di un idoneo modello di organizzazione e gestione assicura la presunzione *ex lege* del corretto adempimento degli obblighi di direzione e sorveglianza da parte dei superiori, a sua volta presupposto

⁴⁹ PIERGALLINI C., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AAVV, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, 75.

⁵⁰ DI GIROLAMO F., *I compliance programs: un tema di governo societario da svolgere a cura dell'assemblea*, in *Riv. soc.*, 2008, 959.

per l'esenzione da responsabilità ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 231/2001, il quale può nondimeno essere dimostrato con efficacia liberatoria⁵¹.

L'adozione ed attuazione dei modelli sono atti gestori, spettano agli amministratori delegati e attengono all'organizzazione delle competenze all'interno della società⁵².

Dal punto di vista contenutistico, il decreto ne ha disciplinato soltanto le linee essenziali, stante la necessità di un adeguamento alle dimensioni, struttura e soprattutto all'attività della persona giuridica.

L'art. 6, comma 2 prevede, infatti, che i modelli rispondano alle seguenti esigenze:

- 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.

Analogamente, con riferimento ai modelli dei soggetti in posizione subordinata, l'art. 7, comma 3 richiede l'indicazione delle misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio, nonché, al comma 4, lett. b), la predisposizione di un "*sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello*".

Stando alle indicazioni normative del decreto, quindi, il modello organizzativo e di gestione si configura come un atto di autonormazione, contenente un insieme di prescrizioni regolamentari e programmatiche (art. 5, comma 2 lett. b), relative all'agire

⁵¹ PALIERO C.E., *Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente, sub art. 7*, in (diretto da) LEVIS M., PERINI A., *Commento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 186 ss; SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, cit., 278, il quale riconosce la possibilità di adottare un unico modello, nonostante la differente disciplina di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001. Nello stesso senso, MEREU A., *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, cit., 79, secondo cui la disciplina più dettagliata di cui all'art. 6, non può che riferirsi a qualunque tipo di modello, mentre le differenze nelle procedure e nei controlli, dipendenti dalla diversa posizione dei soggetti sottoposti alla vigilanza, possono essere comunque contemplate nell'ambito di un'unica regolamentazione)

⁵² BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, cit., 679; SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 2007, 175.

dell'impresa in aree di attività a rischio-reato, la cui individuazione e fissazione costituisce l'esito di un procedimento complesso (art. 6 lett. a)⁵³.

La costruzione del modello, infatti, è scandita da una serie di fasi, i cui esiti si riflettono sul suo contenuto: 1) attraverso la c.d. mappatura dei rischi o *risk assessment*, l'ente deve provvedere alla individuazione delle aree potenzialmente a rischio di commissione dei reati elencati nel decreto, rilevando e valutando i sistemi operativi e di controllo preesistenti, indagando la propria storia alla ricerca di episodi indicativi di una certa propensione alla illegalità, nonché delineando le modalità attraverso le quali gli illeciti potrebbero essere perpetrati; 2) alla rilevazione ed analisi dei rischi deve seguire la realizzazione dei protocolli di gestione degli stessi, il c.d. *risk management*, che prevedano la procedimentalizzazione delle decisioni dell'ente, dalla fase dell'iniziativa a quella dell'esecuzione delle stesse, passando per la relativa approvazione. Si tratta della fase di predisposizione sulla carta delle cautele volte ad agevolare l'emersione delle violazioni, la loro comunicazione e il monitoraggio.

Deve trattarsi di misure idonee ad eliminare o quanto meno a ridurre i rischi specificamente delineati, determinando le posizioni e i comportamenti di valutazione e gestione degli stessi, fissando se del caso altresì un responsabile del processo in cui si annidano potenziali sacche di illegalità⁵⁴.

Affinché il modello espliciti efficacia esimente esso deve essere quindi connotato da una serie di requisiti, la cui valutazione spetta in ultima istanza al giudice chiamato a vagliare la configurazione della complessa fattispecie di responsabilità dell'ente⁵⁵.

Innanzitutto deve essere *idoneo* e quindi efficace. L'idoneità deve sussistere *ex ante* e si misura in termini di capacità a prevenire i reati-rischio da parte delle misure predisposte, essendo queste tali da consentire di eliminare o quanto meno di minimizzare il rischio

⁵³ SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, cit., 175; ASSUMMA B, LEI M., *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in (diretto da) LEVIS M., PERINI A., *Commento al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, 167.

⁵⁴ SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, cit., 282; ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *An. giur. ec.*, 2009, 194; PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, 842.

⁵⁵ IELO P., *Compliance Programs: natura e funzione nel sistema di responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006 103. Per un approfondimento sulla struttura della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, in particolare sotto il profilo dei requisiti soggettivi di imputazione, si rinvia al § 1.4

della relativa commissione⁵⁶. L'efficacia del modello viene inoltre ricondotta alla presenza di un adeguato apparato sanzionatorio in caso di rilevata violazione delle misure indicate nei protocolli⁵⁷. Recente giurisprudenza ha precisato, inoltre, che il giudizio di idoneità del modello è strettamente normativo, non lasciando margini di discrezionalità al giudicante. Questo è soltanto tenuto a verificare se le predisposte cautele siano conformi a quelle indicate dalle migliori e più consolidate conoscenze del momento storico, in tema di minimizzazione del rischio tipico⁵⁸.

Sebbene non vincolanti, infatti, possono assumere rilievo nell'orientare il comportamento delle società che si apprestano ad adottare i modelli sia le fonti normative primarie e secondarie di un certo settore (leggi e regolamenti), sia quelle di *soft law*, consistenti nelle linee guida di categoria e nelle *best practices*⁵⁹.

In secondo luogo i modelli devono essere connotati da sufficiente specificità nella individuazione delle aree a rischio reato, nonché da adeguatezza diacronica ovvero da attualità, dovendo il modello rispondere costantemente alle verosimilmente mutevoli esigenze e caratteristiche dell'ente⁶⁰.

La sommaria ricostruzione delle caratteristiche e della funzione dei modelli di organizzazione e gestione consente di ricondurli agevolmente al sistema di controllo interno, a sua volta parte degli assetti organizzativi della società di cui all'art. 2381 c.c., nei limiti sopra visti.

I controlli interni, infatti, sono stati poco sopra definiti come l'insieme delle procedure organizzative, attraverso cui presidiare costantemente i rischi operativi dell'impresa, per consentirne il perseguimento degli obiettivi nel rispetto della legge: il rischio di *non-compliance*, ovvero di non conformità alle norme rivolte all'impresa, rientra a pieno titolo nel concetto di "rischio di impresa", attesi i riflessi patrimoniali e reputazionali che possono derivare da atteggiamenti illegali promananti dall'ente. L'unica differenza rispetto ad altre tipologie di rischio, quale quello di credito, di liquidità, di mercato, di

⁵⁶ SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, cit., 164 ss.

⁵⁷ DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in (a cura di) LATTANZI G., *Reati e responsabilità dell'ente. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, 98

⁵⁸ Così, Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, P.G. in proc. Impregilo S.p.A., Rv. 257988.

⁵⁹ PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001)*, cit., 842.

⁶⁰ PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, cit., 846; IELO P., *Compliance Programs: natura e funzione nel sistema di responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lgs. 231/2001*, cit., 104.

settore, il rischio di non conformità alle norme non ha natura discrezionale, dovendo l'impresa comunque conformarsi alla legge, in particolare alla legge penale⁶¹.

Tra i rischi di *non-compliance* rientra pertanto anche quello di commissione di reati, la cui prevenzione - e conseguente conformazione dell'ente alla legislazione penale- viene affidata dal legislatore ai modelli ex d.lgs. 231/2001⁶².

La collocazione dei modelli ex d.lgs. 231/2001 all'interno del sistema di controllo interno pone il quesito dell'impatto che la relativa disciplina ha avuto sui compiti spettanti agli organi societari coinvolti nella costruzione e sorveglianza degli stessi.

Se, come si è visto, l'adozione dei modelli non costituisce un obbligo di per sé giuridicamente sanzionato, ma soltanto un onere finalizzato all'esenzione dalla responsabilità amministrativa⁶³, parimenti tale adempimento non può ricondursi automaticamente al dovere degli amministratori di dotare la società di adeguati assetti organizzativi, come esplicitazione del più generale obbligo di corretta amministrazione, soggetto alla responsabilità contrattuale degli amministratori.

Si è visto, infatti, che l'introduzione di un sistema di controlli interni, al di fuori delle società quotate, è doverosa soltanto laddove contribuisce all'adeguatezza degli assetti, in considerazione delle dimensioni e della struttura dell'impresa. Parimenti deve ritenersi con riferimento ai modelli di organizzazione e gestione: la mancata adozione di modelli o di modelli giudicati idonei all'impedimento di reati, non integra *ex se* un

⁶¹ SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, cit., 276 s., il quale rileva altresì come il rischio di illegalità sia insito all'attività di impresa e ineliminabile se non con il divieto di esercitare attività d'impresa, un divieto in palese contrasto con il diritto di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. Il contemperamento tra prevenzione del rischio ed esercizio dell'attività di impresa può quindi essere individuato nell'obiettivo di minimizzazione del rischio: l'imprenditore deve adottare forme di organizzazione che consentano la riduzione al massimo possibile del rischio stesso.

⁶² BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, in *Le società* 2009, 678 ss

⁶³ Diversamente prevedeva l'art. 24 del Progetto di riforma al codice penale elaborato dalla Commissione Grosso, in base al quale le persone giuridiche avrebbero avuto il dovere di adottare modelli organizzativi idonei a prevenire i reati. Precisa, inoltre, BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, cit., 681 ss, ciò vale in linea di principio altresì per le società quotate, eccezion fatta per le società che mirano ad ottenere la qualifica STAR, per le quali il regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana ha previsto l'adozione del modello tra i requisiti per ottenere la qualifica star. Sul punto, più approfonditamente, ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, cit., 2009, 195 ss, il quale rileva come doveri di adozione dei modelli possano essere ricavati altresì con riferimento alla prevenzione di infortuni sul lavoro, in base all'art. 30 d.lgs. 81/2008, nonché per gli intermediari finanziari relativamente alle fattispecie di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, laddove il d.lgs. 231/2007, all'art. 52, impone un obbligo di sorveglianza sul rispetto dei modelli in capo ai sindaci e a tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione, nonché relativamente alla fattispecie di market abuse di cui all'art. 180 ss. t.u.f., ove si impone l'adozione di modelli e l'istituzione di un organismo di vigilanza per prevenire il rischio di fatti manipolativi del mercato.

inadempimento del dovere di corretta amministrazione, se nondimeno siano state adottate delle misure di prevenzione dei reati tali da consentire un giudizio di adeguatezza degli assetti predisposti per la singola società⁶⁴.

Obbligatoria è semmai la fase a monte della costruzione dei modelli, ovvero la mappatura dei rischi, che consente di stabilire se adottarli e quale contenuto darvi. Qualora l'esito di tale analisi riveli l'esistenza di aree a rischio, l'adozione del modello costituirà oggetto di un obbligo per gli amministratori in tutte le società per cui vale il principio di adeguatezza degli assetti, a prescindere dalle dimensioni e da un'analisi dei costi-benefici, essendo il rischio di *non-compliance*, come si è visto, un rischio non discrezionale⁶⁵.

Una volta predisposto il modello, invece, il novero di adempimenti doverosi da parte degli esecutivi, la cui omissione può generare una responsabilità risarcitoria, si limita da un lato alla verifica dell'effettiva ed efficace operatività dell'istituito organismo di vigilanza⁶⁶; dall'altro all'adozione delle misure sollecitate dallo stesso Organismo di Vigilanza al fine dell'efficace applicazione e aggiornamento del modello di prevenzione⁶⁷.

La riconduzione dei modelli nell'alveo dei controlli interni e, a livello più generale, in quello degli assetti organizzativi, implica un coinvolgimento altresì dell'organo di controllo per quanto attiene lo svolgimento dei compiti di sorveglianza sull'adeguatezza e sul funzionamento degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, comprensivi altresì dei modelli.

Il collegio sindacale (o il consiglio di sorveglianza o il comitato di controllo) è quindi tenuto alla verifica della concreta efficacia dei modelli, ovvero della capacità di prevenire il rischio di commissione di reati, fino a ricondurlo ad una soglia accettabile.

Un'omissione di tale verifica, permanente ed *in fieri*, da cui discenda il mancato adeguamento dei modelli da parte degli amministratori e la commissione di un reato

⁶⁴ BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, cit., 681 ss.; Trib. Milano 13 febbraio 2008, n. 1774, in *Le Soc.*, 2008, 1507. Contra MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 59.

⁶⁵ ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, cit., 195.

⁶⁶ ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, cit., 199; MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, 643.

⁶⁷ ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, cit., 100.

rilevante nell'attività di impresa, determina la responsabilità concorrente di cui all'art. 2407 c.c.⁶⁸. Inoltre, sempre in considerazione del ruolo di vigilanza sugli assetti organizzativi e dell'interazione con i compiti degli amministratori, possono rilevare quali inadempimenti ex art. 2407 c.c. e quali giuste cause di revoca dall'incarico, l'omessa sollecitazione dell'attività di mappatura dei rischi e, successivamente, dell'adozione del modello di prevenzione, il mancato rilievo dell'irragionevolezza della valutazione di adeguatezza degli assetti da parte del consiglio di amministrazione, l'omessa verifica dell'adeguatezza del modello stesso come parte integrante del sistema di controllo interno e dell'assetto organizzativo⁶⁹.

In questo senso si rileva un'intersezione delle funzioni dei sindaci con quelle dell'Organismo di vigilanza la cui costituzione, al fine di garantire il controllo sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, nonché la cura del relativo aggiornamento, è prevista dal d.lgs. 231/2001, art. 6, comma 1, lett. b), tra i presupposti di esenzione della responsabilità dell'ente da reato dei soggetti apicali⁷⁰.

L'introduzione del comma 4 bis al medesimo articolo, con legge 12 novembre 2011, n. 183, ha per altro previsto la possibilità di attribuire al collegio sindacale o al consiglio di sorveglianza nelle società di capitali il ruolo di vigilanza sul funzionamento ed osservanza dei modelli, smentendo così quell'orientamento dottrinale, che in precedenza aveva escluso l'opportunità di attribuire ai sindaci le funzioni proprie dell'OdV, sulla scorta di una sovrapposizione di funzioni che avrebbe esposto l'organo di controllo ad un costante rischio di responsabilità penale per mancato impedimento di reati commessi all'interno dell'ente⁷¹.

⁶⁸ BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, cit., 2009, 683.

⁶⁹ ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, cit., 201

⁷⁰ In tal senso più restrittivo, SANTI F., *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004, 288 ss., in considerazione del fatto che nella fattispecie di responsabilità amministrativa dell'ente per il reato commesso da soggetti subordinati alla direzione e vigilanza degli apicali, i primi sono già sottoposti al controllo dei propri superiori. Inoltre la pretesa di un requisito ulteriore rispetto al dettato normativo per l'esenzione da responsabilità integrerebbe una violazione del principio di riserva di legge. In senso contrario SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, cit., 179, secondo cui, invece, anche per la prevenzione dei reati dei soggetti sottoposti è implicitamente richiesto un sistema specifico di vigilanza sul rispetto proprio delle procedure imposte dal modello, quale misura standard di efficacia del meccanismo di responsabilità ex d.lgs. 231/2001.

⁷¹ In tal senso, ALESSANDRI A., *La vocazione penalistica dell'OdV e il suo rapporto con il modello organizzativo*, in (a cura di), BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema* Milano, 2010, 109: sulla scorta della sovrapposizione di funzione che verrebbe a crearsi, attesa la titolarità di una posizione di garanzia per l'impedimento di reati in capo ai sindaci, i quali quindi

Ove la società non ritenga di sfruttare tale opzione, gli interventi di settore sul tema della composizione dell'organismo tendono ad individuare nella compresenza di soggetti interni (amministratore indipendente, sindaco, *internal auditor*) ed esterni (consulenti) alla società la soluzione preferibile al problema⁷². Per taluni l'attività di vigilanza sul funzionamento del modello, attraverso la valutazione *ex ante* ed *ex post* dell'efficacia dei presidi volti alla minimizzazione dei rischi, è attività che ben si attaglia alla funzione *compliance*, la quale tuttavia non deve essere obbligatoriamente inserita nell'organigramma aziendale⁷³, o in caso di assenza, all'*internal audit*⁷⁴.

L'art. 6, comma 4 prevede, infine, la possibilità di attribuire le funzioni dell'OdV all'organo dirigente negli enti di piccole dimensioni.

La questione della composizione dell'organo non è tuttavia l'unico aspetto della disciplina dell'OdV che si sottrae ad un'espressa previsione del legislatore. Per contro, la regolamentazione dello stesso è affidata all'autonomia privata, che, attraverso i modelli⁷⁵, deve altresì disporre della costituzione, nomina, requisiti, funzionamento, nonché specificazione dei poteri dell'organismo, genericamente individuati dall'art. 6, comma 1 lett- b) in "*autonomi poteri di iniziativa e controllo*".

In quanto alla natura vi è chi osserva che, essendo la creazione dell'OdV un onere e non un obbligo, esso non può essere un organo societario capace di compiere atti con rilevanza esterna. L'istituzione degli organi societari, in quanto tale, non è mai opzionale, ma soprattutto la cui istituzione deve essere sempre coperta da riserva di legge poiché trattasi di materia attinente alla soggettività giuridica, soggetta alla disciplina esclusiva di norme primarie. Così opinando, quindi, l'organismo assumerebbe

sarebbero nella condizione di dover attivarsi per impedire il reato, assumendo tutte le iniziative in loro potere, se nell'esercizio delle funzioni di vigilanza venissero a conoscenza della violazione delle procedure imposte dal modello. Ciò al fine di andare esenti dal rischio di rispondere per mancato impedimento del reato. Diversamente, già antecedentemente alla modifica dell'art. 6 d.lgs. 231/2001, MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, ibidem, 96.

⁷² MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in (a cura di), BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Nessun sistema*, Milano, 2010, 97.

⁷³ Nondimeno, per la sostanziale differenza dei compiti dell'OdV rispetto alla funzione *compliance*: GIAVAZZI S., *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Le società*, 2012, 1218.

⁷⁴ SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, cit., 284, che nondimeno non disconosce la necessaria istituzione dell'OdV, le cui competenze più tecniche possono ben conciliare il ruolo dallo stesso svolto con quello di altre funzioni.

⁷⁵ MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in (a cura di), BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Nessun sistema*, cit. 95.

le vesti di un mero ufficio interno all'impresa⁷⁶. Per contro vi è chi osserva che il principio di riserva di legge sia facilmente superabile, individuando nel d.lgs. 231/2001 stesso il fondamento di eventuali imputazioni di rappresentanza esterna dell'ente⁷⁷.

Il potere di nomina e di revoca dei membri dell'organismo spetta al consiglio di amministrazione, salvo sia fatto oggetto di delega ad uno o più amministratori esecutivi: essendo l'OdV parte del modello, quindi di un segmento dell'organizzazione aziendale- quella deputata alla prevenzione del rischio-reato- la relativa istituzione confluisce tra i compiti organizzativi dell'amministrazione, non potendo essere attribuite all'assemblea dei soci competenze gestionali diverse da quelle espressamente previste dalla legge⁷⁸. Sull'adeguatezza della nomina, in quanto rientrante nelle questioni inerenti gli assetti organizzativi, hanno il potere-dovere di valutazione e di vigilanza rispettivamente il consiglio *in plenum* e il collegio sindacale⁷⁹. Non sono mancati, per altro, rilievi di incongruità dell'opzione prospettata, stante di fatto l'attribuzione ai controllati del dovere-potere di nominare i propri controllori, con il conseguente venir meno dell'indipendenza che la legge stessa sembra richiedere, connotando i poteri spettanti all'organismo come "autonomi". Di qui si è suggerito che l'organo naturalmente deputato a nominare i membri dell'OdV sia l'assemblea⁸⁰.

Senza voler anticipare quanto costituirà oggetto di specifico interesse nel corso della trattazione, in punto di funzione e poteri dell'OdV, l'art. 6, comma 1 lett. b) ha previsto da un lato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, dall'altro quello di curarne l'aggiornamento.

Si è osservato a proposito che il dovere di vigilanza dell'organismo ha ad oggetto non tanto l'attività degli operatori della società, quanto piuttosto il funzionamento del

⁷⁶ MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, 93; GALLETTI D., *I modelli organizzativi nel d.lgs. 231/2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, 134; SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, cit., 183 ss..

⁷⁷ SACCHI R., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in (a cura di) TOMBARI U., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, Torino, 2013, 80.

⁷⁸ MONTALENTI P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit. 93, con particolare riferimento agli artt. 2380-bis, comma 1 c.c., che attribuisce agli amministratori in via esclusiva la funzione gestoria, principalmente incentrata nella funzione di organizzazione della società.

⁷⁹ SACCHI R., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in (a cura di) TOMBARI U., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, cit., 86.

⁸⁰ DI GIROLAMO F., *I compliance programs: un tema di governo societario da svolgere a cura dell'assemblea?*, cit., 984 ss.)

modello, quindi l'efficace attuazione delle regole e la predisposizione fattuale delle procedure preventive⁸¹. Nondimeno appare dal dettato del d. lgs. 231/2001 che i compiti dell'OdV si estendano altresì al controllo sull'osservanza delle procedure e delle regole cautelari fissate dai modelli (art. 6, comma 1, lett. b)), e quindi sulle condotte tenute all'interno della società⁸².

Nello svolgimento dell'attività di vigilanza, l'OdV deve essere inoltre dotato di "autonomi poteri di iniziativa e controllo" (art. 6, comma 1, lett. b), sulla cui estensione e pervasività si tende ad escludere un contenuto impeditivo, disciplinare o sanzionatorio, per incompatibilità con il ruolo preminente degli amministratori nell'ambito dell'assetto organizzativo della società.

Il ruolo dell'organismo di vigilanza si risolverebbe, infatti, per lo più in attività di proposta ed impulso, nonché in mansioni istruttorie e consultive, sulla base del flusso informativo di cui deve essere destinatario secondo la disposizione di cui all'art. 6, comma 2 lett. d)⁸³. Tali osservazioni valgono altresì per la funzione di cura dell'aggiornamento dei modelli, rispetto ai quali l'OdV non avrebbe potere di decidere ed attuare le modifiche ritenute idonee, spettante invece all'organo gestorio competente anche ad adottare i modelli, bensì soltanto quello di proporre e sollecitare l'attività di adeguamento⁸⁴.

L'insieme degli strumenti giuridici, materiali e finanziari a disposizione dell'OdV per l'adempimento dei propri doveri, deve nondimeno rendere l'organo idoneo allo

⁸¹ ALESSANDRI A., *La vocazione penalistica dell'OdV e il suo rapporto con il modello organizzativo*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 110. Nello stesso senso, PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 104; LA ROSA M., *Teoria e prassi del controllo interno ed esterno sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 104 ss..

⁸² GIAVAZZI S., *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Le società*, 2012, 1218. Sul punto si rinvia al capitolo 4.

⁸³ SACCHI R., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in (a cura di) TOMBARI U., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, cit., 87 s.; ID, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231*, in *Giur. comm.*, 2012, 858, che fa salva la delegabilità all'OdV da parte degli amministratori di poteri impeditivi, disciplinari e sanzionatori, nonché il potere di comunicare direttamente alla autorità esterne di vigilanza eventuali comportamenti contrastanti con le procedure insite nel modello, in particolare in quegli ambienti in cui vi sia un rischio di "inquinamento" degli organi di amministrazione e di quelli di controllo"; SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, cit., 185 ss.; ALESSANDRI A., *La vocazione penalistica dell'OdV e il suo rapporto con il modello organizzativo*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, 107, il quale riconosce all'OdV il ruolo di guardiano dell'efficacia del modello, ovvero della sua traduzione in comportamenti effettivi, affinché esso non rimanga solo sulla carta.

⁸⁴ SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, cit., 185.

svolgimento delle proprie mansioni nel sistema di prevenzione della commissione da parte dei vertici della società, pena la responsabilità di amministratori e sindaci per la violazione dei rispettivi doveri di cura/valutazione e sorveglianza della adeguatezza del sistema organizzativo⁸⁵.

Sul tema dei poteri dell'Organismo di Vigilanza si avrà tuttavia modo di ritornare approfonditamente nel capitolo conclusivo, stante la rilevanza del loro contenuto ai fini della configurabilità di una responsabilità penale per mancato impedimento del reato in capo ai membri di organi di controllo.

A tal proposito, è giunto il momento di passare in rassegna gli strumenti predisposti dall'ordinamento per far fronte al fallimento della fase di controllo all'interno delle società, per soffermarsi con maggior attenzione su quelli attinti dal diritto penale e sui problemi che i medesimi sollevano.

1.3. Problemi di personalizzazione della responsabilità penale individuale nelle organizzazioni complesse: l'approdo alla responsabilità amministrativa degli enti ex d.lgs. 231/2001 quale strumento di contrasto alla criminalità di impresa.

La pluralità di organi con funzioni di controllo ha dato adito in dottrina a dubbi circa il rischio di una sovrapposizione delle aree sottoposte alla vigilanza dei medesimi, con il rischio di moltiplicare le relative attività, ma soprattutto di condurre il sistema ad una generalizzata deresponsabilizzazione dei controllori⁸⁶.

Non è mancato poi chi, alla luce del ripetersi delle crisi di impresa e degli scandali societari, ha affermato che all'esplosione dei controlli abbia fatto seguito una sua implosione, rivelandosi spesso nella sostanza null'altro che un'inefficace pratica

⁸⁵ SACCHI R., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in (a cura di) TOMBARI U., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, cit., 87; SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, cit., 185; ALESSANDRI A., *La vocazione penalistica dell'OdV e il suo rapporto con il modello organizzativo*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 110.

⁸⁶ IANNINI A., *L'impresa e la crisi economica: analisi e prospettive alla luce delle proposte di modifica della 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 187 s., la quale osserva come la crisi economica abbia dato origine ad una produzione normativa bulimica in tema di controlli, la quale comporta di fatto l'assenza di una disciplina sistematica della materia. Nello stesso senso: BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 13, che definiscono il mondo dei controlli societari più che un sistema un reticolo, funzionante solo grazie alle soluzioni adottate dalle imprese nella prassi e perciò bisognoso di un ripensamento. Per contro MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali, sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., 857, rileva come le potenziali sovrapposizioni possano in realtà stimolare un processo virtuoso, teso a comportamenti più rigorosi di adempimento delle funzioni assegnate.

cosmetica, finalizzata al mero conseguimento di una legittimazione esterna, ma di fatto inidonea a prevenire gli illeciti societari, per svariate cause, tra le quali non ultima l'indisponibilità dell'impresa ad erigere un efficace ed estremamente costoso apparato di controlli⁸⁷.

In primo luogo si afferma la carenza di indipendenza dei controllori dai controllati e in taluni casi, per l'eccessiva vastità dell'oggetto di controllo. In secondo luogo, sotto il profilo psicologico-comportamentale, rigettandosi l'idea di un attore che agisce sempre e solo razionalmente, nella consapevolezza dell'apporto che con l'omissione del proprio intervento dà all'agente, si è rilevato da un lato che in certi ambienti le informazioni giungono ai *gatekeepers* distorte - o quanto meno velate- da chi detiene il dominio della società, dall'altro che, dinanzi al successo aziendale, spesso il controllore assume un atteggiamento di "timidezza" e, tra l'azione e l'omissione, opta per quest'ultima, indotto dalla necessità di mantenere un rapporto fiduciario con i vertici aziendali o di non metter in dubbio la legittimità del relativo operato, specialmente nei momenti di entusiasmo per i successi aziendali⁸⁸.

Al di là delle riflessioni sull'inefficacia dei controlli e sulle possibili cause di natura sistematica e criminologica, bisogna prendere atto della fallibilità ed insufficienza degli stessi a garantire uno svolgimento dell'attività di impresa nei binari della legalità. Ciò per la semplice constatazione che si tratta di un *agere* umano, il quale può a sua volta divergere dal modello legale, vanificando l'auspicato effetto di prevenzione della criminalità economica, sia esso espressione della devianza del singolo dalla norma o di un atteggiamento diffuso nell'impresa⁸⁹.

I rimedi alla fallacia del controllo previsti dall'ordinamento sono almeno di triplice natura.

Si è visto poco sopra come il diritto civile preveda la responsabilità risarcitoria per i danni cagionati alla società dall'inadempimento degli obblighi, cui amministratori e sindaci sono preposti (artt. 2392 c.c. e 2407 c.c.)⁹⁰.

⁸⁷ ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 534.

⁸⁸ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009, 81 ss.. Nel senso dell'inconsistenza dei controlli e della tendenza ad assecondare i vertici aziendali, si veda altresì ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., 534.

⁸⁹ Si rinvia sul punto al precedente paragrafo.

⁹⁰ Legittimati all'esperimento delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci sono la società stessa, previa delibera dell'assemblea ordinaria ex art. 2393 c.c., e il collegio sindacale. Legittimazione attiva è riconosciuta anche ai creditori sociali, qualora il danno sia derivato

Sul piano amministrativo sono poi previste forme di intervento sanzionatorio da parte delle autorità di vigilanza, in particolare della Consob, per quanto concerne l'operato delle società quotate, e della Banca d'Italia, in relazione agli istituti di credito⁹¹.

Tuttavia tali strumenti sono avvertiti come insufficienti mezzi di reazione alla lesione di beni giuridici rilevanti e talora diffusi: è dunque in questa fase che assume maggior rilievo l'iniziativa repressiva dell'ordinamento, in funzione di *extrema ratio* nella tutela dei beni giuridici minacciati dalla criminalità d'impresa⁹².

Ciononostante, stabilire quale sia il paradigma punitivo più idoneo a reprimere le condotte illecite propagantisi da e nell'impresa appare un compito tutt'altro che semplice.

Come si è avuto modo di osservare nell'*incipit* di questa introduzione, la presenza di una pluralità di soggetti e la ripartizione dei ruoli e delle competenze, rende particolarmente insidiosa la criminalità che si annida nelle organizzazioni complesse, stante la facilità di occultare le responsabilità e, quindi, gli autori degli illeciti, da sottoporre alla sanzione punitiva prevista per la fattispecie di reato monosoggettiva⁹³.

Inoltre, quand'anche gli autori siano individuabili, si pone il problema di accertare se il modello punitivo individuale sia sufficiente o piuttosto non trascuri il contributo

dall'inosservanza delle norme a tutela dell'integrità del patrimonio sociale, risultato insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti (art. 2394 c.c.), nonché ai singoli soci e ai terzi qualora, dal compimento di un atto illecito, doloso o colposo degli amministratori, sia derivato al patrimonio del singolo socio o del terzo un danno *diretto*, non mero riflesso del danno eventualmente subito dal patrimonio sociale (art. 2395 c.c.).

⁹¹ Concordano sulla inefficacia preventiva dell'azione delle due autorità indipendente, non ultimo per la sovrapposizione degli incarichi e la scarsa coordinazione, ma principalmente per la tardività con cui vengono in possesso di informazioni inerenti lo svolgimento di attività illecite di cui possono venire a conoscenza solo attraverso le comunicazioni obbligatorie di sindaci e società di revisione: CAVALLO B., *Dissesti finanziari e sistema istituzionale: il ruolo delle autorità di controllo*, in GALGANO F., VISINTINI G., *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, 14, 17; AMBROSETTI E.M., *Criminalità finanziaria e sanzioni penali*, in A.A.V.V., *Crisi finanziaria: quali difese?*, Vicenza, 2008, 221; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 116; FERRARINI G. GIUDICI P., *Scandali finanziari e ruolo dell'azione privata: il caso Parmalat*, in GALGANO F., VISINTINI G., *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, 250; MARCHETTI P., *Il ruolo delle autorità indipendenti*, in A.A.V.V., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 227 ss.

⁹² ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., 534, afferma l'irrinunciabilità alla sanzione penale, sebbene nella doverosa ottica di ricorrervi per gradi.

⁹³ Si rinvia sul punto al § 1.1. Inoltre, FIDELBO G., *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.*, 2010, 4079; MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1474; SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 34, che efficacemente osserva come la ripartizione delle funzioni, in particolare attraverso il mezzo della delega ai soggetti in posizione via via sempre più lontana dal vertice, sia causa di una trasformazione dell'organizzazione in una "irresponsabilità organizzata" (*organisierte Unverantwortlichkeit*)

dell'ambiente in cui l'iniziativa criminosa del singolo si sviluppa, risultando quindi inadeguato “*in termini razionali, etici e prevenzionistici*”⁹⁴.

Sotto il primo profilo, attinente alla costruzione di incriminazioni di carattere individuale, la difficoltà di attribuire con certezza la responsabilità per un fatto di reato ad un determinato soggetto operante nell'impresa e, nondimeno, la necessità di “personalizzare”, in base ai principi fondamentali del diritto penale, le forme di imputazione degli eventi lesivi, hanno indotto ad individuare il criterio di collegamento tra fatto e persona nella titolarità di poteri e doveri di controllo, di disposizione e di intervento, derivanti dall'assunzione di una qualifica o di un ruolo all'interno delle stesse, sì da poter affidare la tutela dei beni esposti al “pericolo di impresa” soltanto a chi detenga il dominio su fattori ed accadimenti lesivi⁹⁵.

In questo senso si è affermato che ogni forma di reato commesso nello svolgimento di funzioni inerenti l'attività di impresa è “propria”, ovvero a soggettività ristretta o esclusiva, in quanto non realizzabile da chiunque, ma soltanto da soggetti individuati da qualifiche personali, che li pongono in una particolare relazione coi beni giuridici⁹⁶.

Tale relazione viene dunque assunta dal legislatore a fondamento della previsione di fattispecie incriminatrici di tipo commissivo od omissivo tipiche del diritto penale dell'economia, oppure funge da criterio identificativo di una posizione di garanzia, quale presupposto della responsabilità penale per il mancato impedimento di un evento ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., come si avrà modo di approfondire *infra*⁹⁷.

⁹⁴ ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., 534.

⁹⁵ SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 61 ss., il quale riconosce tre strategie di contrasto alla criminalità d'impresa cui il legislatore penale può ricorrere. Le prime due sono rispettivamente fondate sulla sussistenza di una posizione di garanzia in capo agli organi dirigenti e di un dovere di vigilanza in capo a quelli di controllo da un lato e sulla c.d. responsabilità del rappresentante dall'altro, che consiste nella previsione di specifiche fattispecie reggentisi sulla titolarità di una particolare posizione. Si tratta all'evidenza di forme di responsabilità penale individuale. La terza forma come si vedrà, ancora meramente ipotetica nell'ordinamento tedesco- è quella della responsabilità penale dell'ente. Nella dottrina italiana svolgono analoghe riflessioni: MEZZETTI E., *I soggetti del diritto penale dell'impresa*, in AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012, 35; PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 127; ALESSANDRI A., voce *Impresa*, in *Dig. discipl. pen.*, 1992, 200.

⁹⁶ Espressamente in tal senso, ALESSANDRI A., voce *Impresa*, in *Dig. discipl. pen.*, cit., 200 ss., il quale osserva come anche i reati comuni divengono propri, se commessi nell'ambito dell'attività di impresa, con l'impegno non occasionale di mansioni; MEZZETTI E., *I soggetti del diritto penale dell'impresa*, AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, 34 ss. In tema di reati propri si rinvia a FIORELLA A., voce *Reo*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 9.

⁹⁷ Si rinvia in particolare al capitolo 2. Gli autori citati nella nota precedente si riferiscono alla titolarità di posizioni di garanzia per l'individuazione dei soggetti responsabili di quei reati commessi nell'esercizio dell'impresa e a suo vantaggio, anche se espressamente disciplinati in forma commissiva od omissiva dal

Non si sottraggono a tale schema nemmeno le imputazioni di omesso impedimento di reati a carico dei componenti di organi con funzioni di controllo endosocietario: accanto ad un ridotto numero di fattispecie di reati propri, espressamente disciplinate dal legislatore⁹⁸, la più diffusa tecnica di incriminazione delle condotte contrarie ai doveri di controllo sopra descritti è senz'altro quella del concorso omissivo per mancato impedimento dell'altrui reato, ai sensi degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p..

Stante, infatti, la carenza nel tessuto normativo di fattispecie omissive proprie, il rimprovero penale che meglio si attaglia all'inadempimento degli obblighi di vigilanza da parte dei controllori è proprio quello di non aver fatto quanto in loro *dovere e potere* per impedire la commissione dell'illecito dei soggetti controllati, così agevolando o contribuendo alla relativa realizzazione.

Senza anticipare gli esiti dell'indagine dogmatica, basti qui rilevare che si tratta di una forma di responsabilità che pone non pochi problemi dal punto di vista del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale e quindi di compatibilità con l'art. 27 Cost., sia sotto il profilo della non altruità del fatto di reato, per la necessità di individuare quei poteri e doveri che consentono di realizzare l'equivalenza tra la causazione di un evento e la sua omissione, senza per altro trascurare un effettivo accertamento del nesso causale nei termini di concreta possibilità di impedirlo; sia sotto quello della colpevolezza, attesa la necessità di non estendere le maglie del dolo eventuale sino a ricomprendervi atteggiamenti meramente negligenti, rilevanti soltanto rispetto ad imputazioni di tipo colposo, per poter sussumere l'omissione nelle fattispecie dolose, prevalenti nel diritto penale dell'economia⁹⁹.

Cionondimeno la responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci è stata frequentemente affermata, sia in dottrina che in giurisprudenza, in considerazione da un lato dell'obbligo di controllo sull'operato degli amministratori delegati e di impedimento dei relativi fatti illeciti, civilmente sanzionato con la responsabilità

legislatore. Del resto si avrà modo di dimostrare come, proprio in virtù di una posizione di garanzia, ogni reato omissivo improprio è al contempo un reato proprio, a soggettività ristretta.

⁹⁸ Per una panoramica delle fattispecie di reato coinvolgenti il controllo societario, sia come bene giuridico tutelato, sia come occasione per la commissione di reati, si rinvia a GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 599 ss.. In questa sede si aggiunga il riferimento soltanto al reato omissivo proprio introdotto dalla normativa antiriciclaggio (art. 52, comma 2- 55, comma 5 d.lgs. 231/2007, in base alla quale sono puniti i membri del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza, del comitato di controllo sulla gestione, nonché dell'organismo di vigilanza per l'omessa comunicazione delle riscontrate violazioni della normativa stessa al legale rappresentante, al Ministero dell'economia e delle finanze, nonché alla UIF).

⁹⁹ ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., 534.

risarcitoria ex artt. 2392 e 2407 c.c., senza tuttavia condurre adeguate indagini sotto il profilo dei poteri esercitabili da tali soggetti per impedire gli eventi lesivi cagionati dai controllati¹⁰⁰. In dottrina si osservava da un lato come, dall'esigenza di soggettivizzazione della responsabilità penale per fatti commessi in ambito aziendale, si giungesse di fatto alla creazione di forme di responsabilità da posizione¹⁰¹, dall'altro che la creazione di fattispecie individuali di responsabilità, tanto nella forma monosoggettiva quanto in quella concorsuale, desse adito a risultati insoddisfacenti sul piano preventivo¹⁰².

In dottrina si invocava e salutava poi favorevolmente l'introduzione di un sistema sanzionatorio di natura penale rivolto all'ente, anche, sebbene non soltanto, per evitare che venissero formulate imputazioni "traballanti" sotto il profilo della personalità del rimprovero penale, volte soltanto ad assicurare un responsabile alla giustizia, ovvero dei "capri espiatori, volta per volta individuati, con un pendolarismo assai poco rassicurante"¹⁰³.

Sotto il secondo profilo, dunque, per far fronte all'insufficienza deterrente dell'*Individualstrafrecht* e alla sua inadeguatezza rispetto ai principi fondamentali del diritto penale¹⁰⁴, il legislatore italiano ha provveduto attraverso l'introduzione del sistema di responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001, di cui sopra si è esaminato l'impatto sulla *corporate governance* e che sarà ora oggetto di attenzione per quanto attiene il profilo dei presupposti soggettivi di imputazione.

1.3.1 (Segue) Il criterio di imputazione soggettiva della responsabilità ex crimine all'ente: la rilevanza del dato normativo e del sistema di controllo.

Nel descriverne i tratti essenziali¹⁰⁵, si è evidenziato come per l'integrazione di tale complessa forma di responsabilità non sia sufficiente, quale presupposto oggettivo di imputabilità, la commissione del reato da parte di un soggetto stabilmente inserito

¹⁰⁰ Per una più approfondita disamina si rinvia al capitolo 3.

¹⁰¹ ALESSANDRI A., voce *Impresa*, in *Dig. discipl. pen.*, cit., 195; PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, cit., 125.

¹⁰² ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., 534.

¹⁰³ PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 580 s.

¹⁰⁴ In tal senso AMBROSETTI E.M., *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale dell'impresa*, in AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, cit., 45.

¹⁰⁵ Si rinvia al § 1.2.1

nell'organigramma della persona giuridica, nell'interesse o vantaggio di questa¹⁰⁶, richiedendosi invece, sotto il profilo soggettivo, il difetto di un'organizzazione interna idonea alla prevenzione dei reati, da realizzarsi mediante: l'adozione di modelli di organizzazione e gestione dei rischi-reato, cui la realtà complessa è esposta; la predisposizione di un apposito organo di controllo sul funzionamento e l'osservanza delle procedure e misure di prevenzione: l'Organismo di Vigilanza, per i cui caratteri fondamentali si rinvia egualmente a quanto sopra esposto.

Dal punto di vista strutturale, quindi, il sistema di responsabilità amministrativa *ex crimine* degli enti poggia sul fenomeno della co-autoregolamentazione, al punto che in dottrina si è affermata la privatizzazione del diritto penale¹⁰⁷: lo Stato delegherebbe al privato-persona giuridica il compito di dotarsi di un insieme di regole, volte alla prevenzione del rischio di commissione di reati nell'ambito o tramite la propria attività. L'omessa o insufficiente adozione del sistema di misure preventive, cui faccia seguito la realizzazione di una fattispecie criminosa, attiverrebbe l'intervento dello Stato con l'irrogazione della sanzione nei confronti dell'ente, esentato invece da punizione qualora abbia istruito un sistema di autocontrollo preventivamente idoneo, benché concretamente eluso¹⁰⁸.

Specialmente da parte di quanti accolgono la natura penale della responsabilità *ex crimine* degli enti, viene avanzata l'esigenza di individuare il criterio di imputazione soggettiva della stessa all'ente, al fine di conciliarla con il principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost*¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Come invece accade nelle forme di *vicarious liability*. ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., 534.

¹⁰⁷ DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 196; DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in (a cura di) LATTANZI G., *Reati e responsabilità dell'ente. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 102; PANAGIA S., *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 163.

¹⁰⁸ CENTONZE F., *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei compliance programs nell'ordinamento italiano*, in *An. Giur. ec.*, 2009, 219; DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in (a cura di) LATTANZI G., *Reati e responsabilità dell'ente. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 102; GIUNTA F., *Il reato come rischio di impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *An. giur. ec.*, 2009, 243. Prima dell'adozione del d.lgs. 231/2001, proponeva un sistema di tipo auto-normativo, sul modello statunitense, STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo, lotta di judo*, cit., 472 ss.. Sul fenomeno della co-regolamentazione Stato-impresa in Germania SIEBER U., *Compliance Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*, in AAVV, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann*, München, 449.

¹⁰⁹ Riconosce l'impatto sul tradizionale sistema di forme di imputazione e, con esso, il rischio di una violazione dell'art. 27 Cost. BORSARI R., *La responsabilità da reato degli enti in cerca d'autore*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 70.

La rilevanza del momento organizzativo consente, per taluni, di qualificare tale responsabilità in termini di colpa di organizzazione¹¹⁰, criterio di imputazione tuttavia non unanimemente accolto con riferimento al fatto degli apicali, che, per taluni, presupporrebbe sempre e comunque la partecipazione dolosa dell'ente, in quanto espressione della sua politica o della cultura dell'organizzazione, che predispone sistemi di controllo di pura facciata, per effetto dell'immedesimazione della persona giuridica nelle persone fisiche che la dirigono e rappresentano all'esterno¹¹¹.

¹¹⁰ PALIERO C.E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 847; MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1116 ss; DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, (a cura di) GARUTI G., *Responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato*, 2002, 107; ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., 534, p. 21, la responsabilità dell'ente consta di un fatto di reato e di una colpa da organizzazione, da ricercare in ultima istanza nel comportamento dei vertici della società; PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 587 ss.; PALIERO C.E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167; GUERRIERI L., *La "colpa di organizzazione" quale manifestazione della colpevolezza degli enti*", in (a cura di) CATENACCI M., MARCONI G., *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, 209 ss.; BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, 268 ss. Nonostante la qualificazione dell'elemento soggettivo in termini di colpa da organizzazione, gli Autori citati ne riconoscono la riduttività in relazione agli illeciti commessi dai vertici societari. Se questa, infatti, è pacificamente configurabile rispetto al reato commesso dai dipendenti, sfuggito alla vigilanza e al controllo dei superiori, con conseguente agevolazione colposa dello stesso da parte dell'organizzazione aziendale, rivela non sufficiente, altrettanto non può affermarsi per il reato degli apicali. Rispetto a questi ultimi, infatti, così come avviene in altri sistemi che hanno adottato una responsabilità da reato degli enti, opererebbe la teoria della identificazione: l'ente si esprime per mezzo dei propri vertici, nel cui operato esso si identifica. Per questo motivo, rispetto al reato degli apicali, la responsabilità dell'ente dovrebbe piuttosto ritenersi di tipo doloso. Nondimeno, attesa la ripartizione anche orizzontale delle competenze all'interno delle organizzazioni complesse, si osserva che non sempre l'operato di chi rappresenta l'ente all'esterno corrisponde alla politica aziendale. Ciò accade, ad esempio, quando il reato sia commesso da un amministratore esecutivo o delegato. Di qui, l'adozione di un modello di responsabilità automatica dell'ente per il fatto degli apicali avrebbe comportato la violazione del principio di colpevolezza in materia penale, di cui all'art. 27 Cost.. Perciò il d.lgs. 231/2001, in caso di reato commesso dai vertici, consente all'ente di provare la propria dissociazione dall'azione criminosa dell'autore- con esclusione della colpevolezza- dimostrando l'adozione di modelli preventivi idonei e l'elusione fraudolenta degli stessi da parte degli autori del reato. Il requisito soggettivo di imputazione finisce dunque necessariamente col consistere sempre in una colpa da organizzazione, sebbene strutturata in modo più complesso rispetto a quella pretesa per l'imputazione della responsabilità da reato dei dipendenti.

¹¹¹ Critici rispetto alla costruzione dei presupposti soggettivi della responsabilità: DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre dell'attuazione della legge delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1137; ID., *La responsabilità diretta ex crimine degli enti collettivi: modelli sanzionatori e modelli strutturali*, in *Leg. Pen.*, 2003, 360; PULITANÒ D., *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 429. Si rileva, infatti, che il sistema di imputazione esaminato si risolverebbe in un farraginoso compromesso. La dissociazione dal comportamento dell'autore del reato, titolare di funzioni apicali, non può che presupporre a monte l'inesistenza del requisito oggettivo di imputazione, ovvero la sussistenza di un interesse o di un vantaggio, prima ancora dell'inesistenza di colpevolezza. Viceversa, la presenza di un vantaggio o di un interesse dell'ente sottintende una collusione tra dirigenti e controllori, con conseguente portata meramente "cosmetica" dei modelli adottati. Per questo si afferma la sufficienza del criterio di immedesimazione e, conseguentemente, la natura dolosa dell'imputazione all'ente, senza possibili spazi

In considerazione, tuttavia, della complessità dell'organizzazione aziendale moderna, caratterizzata da una ripartizione non solo verticale, ma altresì orizzontale delle funzioni, compreso l'esercizio dei poteri decisionali, si deve riconoscere l'impossibilità di escludere a priori l'eventualità di un'azione isolata di un singolo amministratore o di parte del management, ignota al consiglio di amministrazione né supportata da politiche dell'ente, cui quindi il legislatore dà la possibilità di provare la predisposizione di un'organizzazione idonea alla prevenzione dei reati anche dei vertici, attraverso l'adozione di modelli, e così di ricondurre la commissione del reato stesso all'elusione fraudolenta dell'autore¹¹².

Si deve segnalare, per altro, come recente giurisprudenza di legittimità abbia negato l'esigenza di qualsiasi indagine di tipo psicologico con riferimento all'ascrizione di responsabilità amministrativa *ex crimine* alle persone giuridiche, dovendo il giudice penale valutare soltanto un difetto di *compliance*, ovvero di adeguatezza normativa del modello agli scopi che lo stesso si propone e che coincidono con il rispetto della legge penale¹¹³: il d.lgs. 231/2001, quindi, introdurrebbe un sistema estraneo a quello della responsabilità penale individuale, nel quale non rileva l'atteggiamento interiore della persona giuridica, imponendo il legislatore soltanto un criterio di ascrizione normativo¹¹⁴.

A tale ultima posizione, condivisibile nel punto in cui esclude l'accertabilità di un vero elemento soggettivo, può nondimeno opporsi la vicinanza dello schema di imputazione della responsabilità in esame a quello colposo.

di operatività di un esimente per l'ente. Per il superamento di tale contraddizione proponeva DE MAGLIE C., *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 355 ss, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, la previsione di quattro forme di colpevolezza, graduate in base alla gravità della patologia nella gestione della società: 1) la colpevolezza dalle scelte di politica d'impresa; 2) la colpevolezza che scaturisce dalla cultura d'impresa; 3) la colpevolezza da organizzazione e 4) la colpevolezza da reazione, con riferimento quest'ultima all'ipotesi di reati di durata, caratterizzati dalla produzione di un danno al bene giuridico come effetto di una pluralità di condotte (es., reati ambientali), rispetto ai quali la colpevolezza dell'ente non è da misurarsi tanto in relazione alle misure preventive adottate prima della serie di condotte, quanto rispetto all'attivazione dell'ente per riparare o ridurre le conseguenze lesive a seguito delle condotte criminose. Per una chiara distinzione tra il modello di responsabilità da reato degli enti, fondantesi sull'elemento della colpa da organizzazione, e quello che vede nella "corporate culture" il fondamento della colpevolezza- quasi dolosa- dell'ente, si rinvia a TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht*, München, 2014, 165.

¹¹² In relazione al requisito dell'elusione fraudolenta del modello, si veda FORTI G., *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. ai "piani nobili" d. lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249.

¹¹³ Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, con commento di SANTANGELO L., *Prevenzione del rischio di commissione di aggio e elusione fraudolenta del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001: un'interessante pronuncia della Corte di Casazione*, in www.penalecontemporaneo.it

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343, in www.penalecontemporaneo.it.

Per come, infatti, viene costruito il sistema di responsabilità degli enti dallo stesso d.lgs. 231/2001, oggetto di accertamento da parte del giudice è pur sempre la presenza o meno di regole, la cui adozione ed efficace attuazione avrebbe consentito la *prevenzione* dell'illecito, secondo un paradigma tipicamente colposo: l'indagine sulla idoneità o adeguatezza preventiva, sebbene abbia ad oggetto non un comportamento umano, ma un sistema di norme, ricalca gli schemi dell'accertamento della causalità della colpa, dovendosi individuare anziché il comportamento alternativo doveroso, oggetto di misura cautelare, la regola che avrebbe dovuto essere adottata ed attuata in funzione preventiva dell'illecito, per stabilire se la sua mancanza determini o meno l'inidoneità del modello a prevenire il reato del tipo verificatosi e, con essa, la responsabilità dell'ente¹¹⁵.

Poiché, quindi, ai fini dell'attribuzione di responsabilità amministrativa *ex crimen*, assume centrale rilevanza l'apparato di autoregolamentazione di cui l'ente si dota, appare opportuno interrogarsi sul tipo di norme contenute nei modelli.

Con maggior sforzo esplicativo, gli artt. 6 e 7, prevedendo quale condizione per l'esenzione dalla pena, la predisposizione ed efficace attuazione di modelli "*idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*", segnala in capo alla persona giuridica il dovere (*rectius* l'onere) di adottare i modelli di organizzazione, gestione e controllo descritti al § 1.2.1. Nulla aggiunge, tuttavia, sulla natura delle norme che devono confluire nel modello, la cui assenza o inidoneità costa all'ente l'imputazione di responsabilità *ex crimine*¹¹⁶.

Parte della dottrina riconduce *tout court* le disposizioni contenute nei modelli al *genus* delle norme cautelari, trattandosi di norme tecniche volte alla prevenzione di reati, aventi carattere procedurale o protocollare, che prescrivono i comportamenti da tenere nello svolgimento delle attività aziendali al fine di renderle controllabili¹¹⁷.

Riflessioni più approfondite sul tema, hanno invece distinto essenzialmente tre tipologie di norme all'interno dei modelli¹¹⁸.

¹¹⁵ Similmente FORTI G., *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. ai "piani nobili" d. lgs. 231/2001*, cit., 1249.

¹¹⁶ GIUNTA F., *Il reato come rischio di impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, cit. 245.

¹¹⁷ GIUNTA F., *Il reato come rischio di impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, cit. 246.

¹¹⁸ PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, cit., 858; PALIERO C.E., *La società punita: del come, del perché del per cosa*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2008, 1545.

In generale, come indica la loro stessa denominazione, i modelli di organizzazione, gestione e controllo, mutuati dall'esperienza nord-americana dei *compliance programs*¹¹⁹, hanno ad oggetto la regolamentazione: 1) dell'organizzazione, e quindi della struttura della società: rilevate le aree di maggior rischio, infatti, devono essere riarticolate funzioni, competenze, processi decisionali e responsabilità; 2) della gestione, attraverso la determinazione della modalità decisionali, in particolar modo attinenti all'impiego delle risorse umane ed economico-finanziarie; 3) del controllo, mediante la previsione di meccanismi di controllo preventivo sulla struttura e sull'adozione/attuazione delle decisioni, nonché mediante la costituzione dell'Organismo di Vigilanza, con lo specifico incarico di vigilare e segnalare eventuali violazioni del modello e di proporre gli aggiornamenti¹²⁰.

Le regole così delineate e confluenti nella parte generale del modello rientrano nel novero delle cautele definibili "cautelative", in quanto volte in generale alla prevenzione del rischio reato, ma non ancora specificamente del reato del "*tipo di quello verificatosi*", consistendo in mere indicazioni comportamentali di natura procedimentale, in posizione prodromica rispetto al rischio di commissione di tutti i reati¹²¹. Tra queste si annoverano, a titolo di esempio, quelle di istituzione e funzionamento dell'organismo di vigilanza, quelle che disciplinano la formazione dei dipendenti e il sistema disciplinare, ed in particolare quelle che prevedono la separazione delle funzioni e dei poteri, al fine di ostacolare l'incontrollato esercizio degli stessi da parte di una sola persona.

Accanto alle regole di natura procedurale e di portata generale, il modello contiene altresì cautele di tipo sostanziale, che disciplinano il contenuto della decisione soggetta al rischio di reato, stabilendo l'*an*, il *quomodo* e il *quantum* dello specifico comportamento preventivo, che assume effettiva natura cautelare, in quanto volto alla

¹¹⁹ La cui adozione venne incentivata a livello federale con le *Federal Sentences Guidelines*, dietro la promessa di una riduzione di pena per la società che le avesse implementate. Per un approfondimento sul modello statunitense, si rinvia a CENTONZE F., *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei compliance programs nell'ordinamento italiano*, cit., 220; STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo, lotta di judo*, cit., 473 ss. Per le differenze genetiche, funzionali e sul piano degli effetti tra *compliance programs* e modelli di organizzazione e gestione, GIUNTA F., *Il reato come rischio di impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, cit., 243.

¹²⁰ MEREU A., *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, cit., 80.

¹²¹ PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001)*, cit., 846.

prevenzione dello specifico rischio-reato, ovvero di un reato del tipo di quello verificatosi¹²².

Nell'ottica di una personalizzazione della responsabilità in esame, in termini di colpa da organizzazione, soltanto quest'ultima tipologia di regole può essere oggetto del giudizio di idoneità ai fini dell'imputazione di responsabilità all'ente, imponendo la verifica dell'effettiva sussistenza di un nesso tra la relativa omissione e la concretizzazione del rischio-reato verificatosi. Per contro, una eventuale carenza, in termini di assenza o insufficienza, delle regole cautelative, non può risolversi in un giudizio di inidoneità del modello alla prevenzione della commissione del tipo di reato verificatosi, in quanto la relativa omissione consente soltanto di ricollegare al difetto organizzativo dell'ente un aumento o una diminuzione del rischio di verifica di tutti i reati, alla cui commissione l'ente è esposto, con trasformazione della responsabilità in esame in responsabilità per un illecito di mero pericolo¹²³.

Completa, infine, la disamina delle norme integranti i modelli di organizzazione e gestione, l'insieme delle disposizioni sulle quali si erige il sistema di controllo, aventi ad oggetto la predisposizione di una supervisione di primo grado, nella fase di svolgimento del processo decisionale od operativo stesso, nonché di una vigilanza di secondo grado, circa l'efficienza e funzionalità delle cautele, affidata all'Organismo di Vigilanza¹²⁴.

Sul punto può, quindi, concludersi osservando come anche un sistema di prevenzione dei crimini di impresa, fondato sulla responsabilizzazione dell'ente, al quale è demandato il compito di interiorizzare il rischio di commissione dei reati, riponga in ultima istanza la garanzia del proprio funzionamento sul momento del controllo¹²⁵: l'imputazione soggettiva della responsabilità amministrativa *ex crimine* alla persona giuridica passa, infatti, attraverso l'omissione del controllo sull'altrui comportamento,

¹²² PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, cit., 846.

¹²³ PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, cit., 859. Nondimeno, l'inidoneità delle regole cautelative-procedimentali assume rilevanza in sede di valutazione della capacità riparatoria del modello, ovvero ai fini della riduzione di pena o dell'esenzione da sanzione interdittiva, qualora l'ente abbia adottato, entro la chiusura del dibattimento, un modello "idoneo" alla prevenzione di un reato del tipo di quello verificatosi (artt. 12, comma 2 lett. b) e 17, comma 1 lett. b). In tal caso, infatti, la mancanza di regole di tipo procedimentale-cautelativo può agevolare la commissione di tutti i tipi di reato, quindi anche di quello del tipo verificatosi, incidendo così sul giudizio di idoneità del modello.

¹²⁴ PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, cit., 847.

¹²⁵ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 95 s.

in particolare attraverso la mancata o inadeguata adozione e attuazione delle procedure che rendono controllabile l'operato dei soggetti attivi nell'ente (art. 6, comma 1 lett. a), con riferimento all'adeguatezza dei modelli e dei protocolli), per proseguire poi attraverso l'inerzia dell'organo di vigilanza *ad hoc* istituito (art. 6, comma 1 lett. b) e, in modo ancora più diretto, tramite l'inosservanza degli obblighi di direzione e controllo da parte degli apicali nei confronti dei subordinati.

1.4 Non c'è responsabilità dell'ente senza responsabilità individuale dei "controllori" per l'omesso impedimento di reati? Linee di ricerca.

L'osservazione con cui si è concluso il precedente paragrafo dà tuttavia adito ad un dubbio, ovvero se nelle funzioni di controllo evocate e introdotte dal d.lgs. 231/2001 debbano rinvenirsi i presupposti di quella stessa forma di responsabilità omissiva, per omesso impedimento dell'altrui reato, che spesso e talora discutibilmente, è stata attribuita ai membri di organi societari con funzioni di controllo, e le cui maglie il "sistema 231", per lo meno nelle intenzioni del legislatore, si proponeva di restringere¹²⁶.

Nella direzione di un terzo livello di responsabilità in capo ai soggetti titolari di funzioni di direzione e sorveglianza, accanto a quella dell'autore del reato e a quella amministrativa dell'ente, andavano in effetti sia le prescrizioni di matrice europea¹²⁷, sia il progetto di riforma del codice penale elaborato dalla commissione Grosso, che agli artt. 21 e 22 aveva tipizzato una serie di posizioni di garanzia all'interno degli enti collettivi, riconnesse alla prevenzione di reati da parte degli¹²⁸.

¹²⁶ In questo senso, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1063 ss., in particolare 1065; NISCO A., *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi "soggettivi" e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 300 ss. sia rispetto al mancato impedimento del reato di dipendenti, sia in capo agli amministratori, sia in capo all'organismo di vigilanza

¹²⁷ Si rinvia agli artt. 12-14 del *Corpus iuris* contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'unione Europea.

¹²⁸ *I lavori della commissione ministeriale per la riforma del codice penale, istituita con D.M. 1 ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 574 ss.. All'art. 23, il Progetto preliminare prevedeva, delineando una serie di posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse "1. Colui che, per legge o per statuto, ha il potere di direzione di un'organizzazione tenuta agli adempimenti di cui a comma 1 dell'articolo precedente, è tenuto ad assicurarne l'osservanza, adottando le misure di sua competenza necessarie a tal fine. E' altresì tenuto a tali adempimenti chi, pur senza averne il potere formale, dirige di fatto l'organizzazione in via continuativa e preminente. 2. Chi esercita funzioni di direzione di settori dell'organizzazione, è tenuto ad assicurare l'osservanza dei precetti legali pertinenti all'attività dell'organizzazione, nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze. 3. Colui cui siano attribuite

Del resto, la funzione di *compliance* aziendale, in particolare quella penale, anche in altri ordinamenti ha posto il problema di una responsabilizzazione dell'organo tenuto alla vigilanza sulla conformazione dell'attività d'impresa alle leggi penali, in funzione di prevenzione dei reati.

Ci si riferisce in particolare al caso del *Compliance Beauftragter (Compliance Officer)* in Germania, ordinamento ancora privo di un sistema di responsabilità penale degli enti¹²⁹, che nondimeno ha conosciuto un'espansione dello strumento dei *compliance programs* all'interno delle società ed è comunque dotato di un analogo strumento di responsabilità penale- amministrativa dell'ente, in caso di violazione delle misure di controllo poste a prevenzione della commissione di reati ai sensi del § 30 OWiG.

Sulla scorta di quanto finora osservato, si cercherà di rispondere al quesito dapprima attraverso una premessa dogmatica, volta a definire l'*ubi consistam* dei presupposti del reato omissivo improprio, con particolare attenzione all'istituto della posizione di garanzia, quale criterio di equivalenza tra la commissione dell'evento tipico di una fattispecie e il suo mancato impedimento. Quindi, alla luce dei risultati raggiunti, si tenterà di ricostruire la posizione dei membri dei principali organi di controllo rispetto all'impedimento di reati commessi dai vertici societari, sondando gli orientamenti giurisprudenziali a riguardo, e soprattutto le tendenze successive all'introduzione del d.lgs. 231/2001; infine si affronterà l'impatto che il d.lgs. 231/2001 ha avuto nella sistematica dei controlli, analizzando le funzioni di vigilanza contemplate e i doveri-poteri di controllo-intervento ad esse connessi, dedicando uno spazio privilegiato alla figura dell'Organismo di Vigilanza.

funzioni di consulenza tecnica o di controllo, relative agli adempimenti di cui ai commi precedenti, è tenuto a svolgerle in modo da assicurare, per quanto di sua competenza, gli adempimenti stessi. 4. I preposti a specifiche attività sono tenuti, nei limiti delle loro attribuzioni e competenze, ad assicurarne lo svolgimento nel rispetto delle condizioni richieste dalla legge. 5. La delega di funzioni è ammessa indipendentemente dalle dimensioni dell'organizzazione. In ogni caso essa non esclude i doveri di controllo in conformità al modello organizzativo adottato. 6. Il delegato è tenuto a segnalare al delegante eventuali necessità di intervento, ai fini dell'osservanza della legge, che eccedono i propri poteri. 7. Nei gruppi di società è tenuto agli adempimenti di cui ai commi 1 e 2 anche chi dirige unitariamente una pluralità di società, associazioni o imprese, relativamente agli aspetti rientranti nell'ambito della direzione unitaria”.

¹²⁹ Sull'opposizione della dottrina tedesca, vedi MARINUCCI G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1465. Si deve segnalare, nondimeno, la presentazione al Parlamento tedesco di una bozza di *Verbandsstrafgesetzbuch* (codice penale delle persone giuridiche), elaborata dal ministero della giustizia del Nordrhein Westfalen, attualmente in fase di discussione. Per un approfondimento della tematica si rinvia al capitolo 4.

L'indagine sarà condotta con una "finestra" costantemente aperta sul "panorama" legislativo, dottrinale, e giurisprudenziale tedesco, che ha svolto un ruolo dominante nella ricostruzione della responsabilità commissiva per omissione e le cui scelte in materia di controlli societari e responsabilizzazione dei controllori sembrano allontanarsi ed avvicinarsi al modello italiano, secondo un moto ondulatorio.

Qualora dovesse riconoscersi l'attitudine del d.lgs. 231/2001 a fondare posizioni di garanzia in capo agli organi investiti di funzioni di controllo, con conseguente imputabilità dell'omesso impedimento del reato per cui l'ente stesso è chiamato a rispondere, dovrebbe allora convenirsi per l'impossibilità di garantire la funzione prevenzione della criminalità d'impresa attraverso un sistema di responsabilità collettiva dell'ente, che prescinderebbe dalla responsabilizzazione dell'individuo.

CAPITOLO II

IL CRITERIO DI EQUIVALENZA TRA AZIONE ED OMISSIONE: UNA PREMESSA DOGMATICA

SOMMARIO: 2.1 L'omissione penalmente rilevante. Il reato omissivo improprio ex art. 40, comma 2 c.p.- 2.2 Alla ricerca del fondamento giuridico-sostanziale dell'equivalenza tra azione ed omissione: dalla *formelle Rechtspflichttheorie* alla *Garantenlehre*- 2.3 La *Garantenstellung* nelle elaborazioni dottrinali, legislative e giurisprudenziali tedesche dal secondo dopoguerra.- 2.4 Il recepimento della *posizione di garanzia* nell'ordinamento italiano: la rilevanza del potere-dovere giuridico impeditivo in una ricostruzione costituzionalmente orientata.- 2.4.1 (*Segue*): fonti del potere-dovere impeditivo. In particolare: il negozio giuridico.- 2.4.2 (*Segue*): il contenuto del potere impeditivo. *Discrimen* tra obblighi di garanzia, di sorveglianza e di attivazione.- 2.5 Cenni in materia di nesso causale ed elemento soggettivo nel reato omissivo improprio.-

2.1. L'omissione penalmente rilevante. Il reato omissivo improprio ex art. 40, comma 2 c.p.

L'indagine sui confini della responsabilità penale degli organi di controllo, per il mancato impedimento del fatto illecito altrui, anche alla luce del d.lgs. 231/2001, impone una premessa di carattere dogmatico sul concetto di omissione e sui presupposti della sua rilevanza nella cornice del reato omissivo improprio.

Il codice penale italiano colloca la disciplina di tale istituto¹³⁰ all'interno della norma dedicata al rapporto di causalità, prevedendo all'art. 40, comma 2 c.p. che “*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”.

¹³⁰ Nel linguaggio giuridico l'istituto in esame è altresì noto come reato commissivo mediante omissione. Le due denominazioni, benché utilizzate indifferentemente, quali sinonimi, sono in realtà sintomatiche di una differente ricostruzione dogmatica dell'istituto. Il ricorso all'espressione “commissione mediante omissione”, cui nell'ordinamento tedesco corrisponde il termine *Begehung durch Unterlassen*, evoca una concezione delle fattispecie di mancato impedimento dell'evento quali mere forme di manifestazione (*Erscheinungsformen*) delle corrispondenti fattispecie commissive. In tal senso già NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, in GS, 1938, 61; MAYER H., *Strafrecht, All. Teil*, Stuttgart, 1967, 81, secondo cui le omissioni improprie, definite anche fattispecie di commissione mediante omissione idonea a cagionare l'evento (*Begehung durch erfolgsverursachende Unterlassung*), sono ricomprese nel *Tatbestand*, nel fatto tipico, fintanto che lo consente il tenore letterale della descrizione della fattispecie, il quale si rifà a sua volta al linguaggio comune; BAUMANN J., *Strafrecht, All. Teil*, Bielefeld, 2003, 217 s. Similmente nella dottrina italiana FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979. Critica il ricorso all'espressione “commissione mediante omissione” invece, quella parte della dottrina, in particolare, MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2013, 134 s., che, aderendo all'impostazione attualmente prevalente, ricostruisce l'istituto in esame quale fattispecie autonoma, fondantesi sul combinato disposto della norma di parte speciale con l'art. 40, comma 2 c.p.. Il mancato impedimento di un evento integra a tutti gli effetti un reato omissivo autonomo, sebbene improprio, poiché violazione di una norma di comando e non di divieto, quale quella sottostante alla fattispecie commissiva. Sulla natura impropria dell'omissione, per i medesimi motivi, si veda GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983, 11 ss.

Ai fini, dunque, dell'imputazione obiettiva di un evento ad un soggetto, la norma equipara il suo mancato impedimento alla causazione mediante azione, ove sia stato omissso il comportamento doveroso, idoneo a scongiurarlo.

Azione ed omissione non possono tuttavia equivalersi nella dimensione fisico-naturalistica¹³¹.

La prima consiste in un dato reale, in un'attività o in un movimento cui sono riconducibili effetti a loro volta estrinsecantisi nel mondo sensibile. L'omissione è invece connotata dall'inerzia, dall'assenza di movimento e di qualsivoglia alterazione della realtà fenomenica¹³².

Il richiamo ai principi di materialità ed offensività impedisce quindi di intendere il *non facere* cui si riferisce l'art. 40, comma 2 c.p. in senso meramente naturalistico, quale inerzia o inattività: il nulla manca di una connotazione relazionale ed è perciò insuscettibile di produrre un effetto percepibile nella realtà esterna e causalmente riferibile all'uomo¹³³.

¹³¹ Concordemente nella dottrina italiana si ritengono superate le teorie che parificano sul piano ontologico azione ed omissione, nel tentativo di ricostruire un concetto unitario di *Handlung* (*Oberbegriff*), comprensivo di entrambe le tipologie di comportamento. Così la *kausale Handlungslehre* (teoria causale) di BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 9, identifica nella volontà finalizzata ad un certo evento il momento comune all'azione, intesa come volontario movimento corporeo (*gewollte Körperbewegung*) e l'omissione o volontaria immobilità (*gewollte Regungslosigkeit*). Parimenti in base alla *finale Handlungslehre* (teoria finalistica), elaborata da WELZEL H., *Um die finale Handlungslehre*, 1949, 33 ss, azione ed omissione sono unificabili nell'esercizio di una attività finalisticamente orientata (*Ausübung der Zweckstätigkeit*), coinvolgente innanzitutto il piano psichico (di qui l'anticipazione dell'elemento soggettivo al momento del fatto tipico), attraverso la scelta dei mezzi necessari a raggiungere lo scopo e la considerazione delle conseguenze secondarie. Quindi tale attività (indifferentemente commissiva od omissiva) si esplica nel mondo reale attraverso l'esecuzione della deliberazione inerente lo scopo ed i mezzi necessari a perseguirlo.

Infine le *soziale Handlungslehre* accomunavano azione ed omissione dal punto di vista della rilevanza sociale delle stesse. Il comportamento umano, attivo e passivo, viene visto dai sostenitori delle teorie sociali dell'azione come un fattore che attribuisce una forma logica alla realtà sociale. In particolare si veda JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, 223, i quali definiscono l'azione come comportamento socialmente rilevante dell'essere umano (*sozialerhebliches menschliches Verhalten*), in quanto manifestazione agli altri uomini nel ruolo assunto nei rapporti di reciproca interazione.

¹³² In tal senso ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003, 221; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, Milano, 2004, 312; FIORE C.-FIORE F., *Diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2008, 161; RONCO M., *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in (opera diretta da) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, I, Bologna, 2011, 122; PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2012, 115; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2013, 130, lega il concetto di azione a quello di offesa, qualificando l'azione come il "movimento corporeo idoneo ad offendere l'interesse protetto da una norma (reato di offesa) o l'interesse statale perseguito dal legislatore attraverso l'incriminazione". In senso naturalistico, definiscono l'azione come un dispiegamento di energia RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, 132-140; ENGISCH K., *Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für Gallas*, Berlin, 1973, 170.

¹³³ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 134.

A ben vedere l'equivalenza è posta dalla norma esclusivamente tra un *facere* e un *non facere quod debeatur*, ovvero tra l'azione e l'omissione di ciò che viene imposto da un obbligo giuridico. Si afferma pertanto che l'omissione penalmente rilevante esiste solo in una dimensione sociale-normativa¹³⁴, realizzandosi nell'ambito di rapporti umani di interazione, come disillusione di un'aspettativa nel compimento di una determinata azione imposta ad un soggetto esclusivamente da una norma giuridica¹³⁵.

Pertanto si suole definire l'omissione come un *quid* normativo, in contrapposizione al *quid* naturalistico in cui si sostanzia l'azione¹³⁶.

Sul piano giuridico-formale azione ed omissione si distinguono agevolmente, in base al contenuto della norma inosservata. L'azione si concretizza infatti nella violazione di un divieto, mentre l'omissione nella violazione di un precetto avente ad oggetto un comando¹³⁷. Può quindi assumere rilevanza penale solo l'omissione contrastante con una norma giuridica¹³⁸.

¹³⁴ A favore dell'accezione normativa di omissione si vedano, tra i molti Autori, NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 192 s.; SBUGGI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 90; FIANDACA G., *Omissione*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1994, 546 ss.; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 225; FIORE C.-FIORE F., *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 202; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 118; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 133. Pur rimanendo nell'ambito della normatività, è possibile individuare una dimensione ontologica dell'omissione per ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I, art. 1-84*, cit., 313 s. e dottrina tedesca ivi citata, secondo cui l'omissione non si riduce ad un giudizio di relazione rispetto ad una norma, bensì, al pari dell'azione, figura come un'esternazione della *cogitatio* dell'uomo. Peculiare la posizione di RONCO M., *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in (opera diretta da) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, cit., 122, secondo cui la qualificazione dell'omissione come *quid* normativo è corretta, purché si consideri che anche l'omissione si esterna percepibilmente nella realtà fattuale, non in sé e per sé, bensì attraverso i relativi presupposti e conseguenze.

¹³⁵ In tal senso GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, Padova, 1935, 33 ss.. L'Autore sottolinea come l'aspettativa di un comportamento altrui possa sorgere anche in virtù di norme di natura religiosa, morale, tecnica. Tuttavia solo la disobbedienza al comando giuridico può integrare un'omissione rilevante per il diritto penale; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 134, per il quale mentre l'azione è essere, l'omissione appartiene al dover essere.

¹³⁶ In tempi ormai risalenti, alla presente definizione normativa di omissione, si contrapponevano in dottrina concezioni naturalistiche della stessa, intesa ora come inerzia ovvero come un *nihil facere* a fronte della possibilità materiale, non giuridica, di intervenire su un decorso causale esterno all'omittente (in questo senso CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 227, per cui l'omissione consiste in un'inerzia integrante una violazione di un dovere di agire); ora quale *aliud agere* nel senso di porre in essere un'azione diversa da quella pretesa da una norma (in questo senso, LUDEN H., *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht*, I, Göttingen, 1840, 467 ss.; in Italia DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 134;

¹³⁷ Il comando di agire in un determinato modo costituisce un intervento statale più invasivo e penetrante nella vita dell'individuo rispetto al divieto di agire in un determinato modo, in quanto gli impone di rinunciare a qualsiasi altra azione che potrebbe liberamente compiere. Diversamente, il divieto di porre in essere una determinata azione costringe un soggetto soltanto all'astensione dalla stessa, rimanendo libero di comportarsi in qualunque altro modo non vietato. Pertanto i giuristi liberali del XVIII-XIX secolo ammettevano la previsione di reati omissivi in via puramente eccezionale, tollerando da parte dello Stato una restrizione della libertà individuale limitata al mero divieto di aggredire l'altrui sfera giuridica. Agli albori della teoria del reato omissivo improprio, si esprimeva in questi termini Anselm von Feuerbach, il

Tuttavia la violazione di un obbligo di agire può essere ricondotta a due tipologie di reati omissivi: i reati omissivi propri e i reati omissivi impropri.

Essa integra un reato omissivo proprio, se la violazione del comando sia direttamente sanzionata in quanto tale da una norma penale¹³⁹. La fattispecie omissiva propria si struttura quindi come fattispecie di mera condotta, in cui l'evento ha portata giuridica e non naturalistica, concretizzandosi in un'offesa del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice¹⁴⁰.

L'omissione integra invece un reato omissivo improprio ogniqualvolta dalla violazione del comando *consegua* un evento naturalistico dannoso o pericoloso. Il mancato

quale- come si vedrà meglio oltre- individuava la legittimazione degli obblighi di agire esclusivamente in "besonderer Rechtsgrund", ovvero in una fonte giuridica espressione della volontà dei consociati: la legge ed il contratto. Ricorda MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 132, come il liberalismo classico limitasse i reati omissivi agli ambiti del servizio militare, del pagamento delle tasse e all'omissione di soccorso di persone in pericolo. Per contro, la quantità delle fattispecie omissive e dei settori del diritto penale in cui esse fioriscono tende a crescere negli ordinamenti a carattere totalitario, in ragione della concezione del singolo in funzione della comunità (familiare, lavorativa, militare, sociale), all'interno della quale si svolge la sua esistenza, con conseguente assunzione di obblighi di attivarsi a favore della stessa. La stessa tendenza politico-criminale si registra negli Stati di diritto di impronta sociale-solidaristica, che mirano al perseguimento di un'eguaglianza non solo formale ma anche sostanziale attraverso l'imposizione ai singoli di doveri di solidarietà economica, politica e sociale, previsti anche a livello costituzionale (si pensi ad esempio all'art. 2 Cost.). Per un approfondito esame degli orientamenti politico-ideologici e filosofici alla base della responsabilità penale omissiva, si veda SGUBBI F., *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*, cit., 7 ss.

Inoltre la tutela di beni giuridici attraverso la creazione di fattispecie omissive è strettamente correlata a fasi di sviluppo tecnologico, caratterizzate da un'esposizione dei beni, individuali e collettivi, ai rischi connessi allo svolgimento di attività pericolose ma socialmente utili. Si assiste in tali casi ad un incremento di fattispecie di reato proprie del diritto penale complementare, ad esempio del lavoro, dell'ambiente, dell'economia. In questo senso, FIANDACA G., voce *Omissione*, in *Dig. Discipl. Pen.*, Torino, 1994, 549 s., il quale Autore correla l'incremento di fattispecie omissive proprie all'obiettivo, perseguito dall'ordinamento, di promuovere il benessere e la solidarietà collettiva, attraverso la predisposizione della tutela penale anche di beni superindividuali e comunque di beni di nuova emersione, non sufficientemente consolidati. Per contro, attraverso le fattispecie omissive improprie l'ordinamento non può che incrementare la soglia di protezione di beni giuridici già esistenti, la cui offesa viene ritenuta meritevole di pena quando sia perpetrata indifferentemente mediante un'azione od un'omissione.

¹³⁸ GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, Padova, 1935, 33 ss, il quale specifica tuttavia che l'omissione giuridicamente rilevante è solo una *species* del più vasto *genus* dell'omissione, quale mancato ottemperamento di una norma di qualsivoglia natura (morale, religiosa, tecnica).

¹³⁹ Limitandosi alle fattispecie codicistiche, esempi di reati omissivi propri previsti nel nostro ordinamento sono l'omissione di soccorso (art. 593 c.p.), l'omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), l'omissione di denuncia (artt. 361-364 c.p.) o di referto (art. 365), l'omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.) ovvero quella colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro (art. 451 c.p.).

¹⁴⁰ Per una definizione manualistica di reato omissivo proprio, si vedano, tra i molti, MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 134. Per la qualificazione dei reati omissivi propri quali reati di mera condotta, ad evento giuridico consistente nell'offesa arrecata al bene giuridico ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I, art. 1-84*, cit., 317. Per un'approfondita trattazione della teoria dei reati omissivi propri CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio, I Profili introduttivi e politico criminali, II, Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988.

impedimento di un evento può essere incriminato da una norma *ad hoc*¹⁴¹ ovvero all'omissione può essere oggettivamente imputato l'evento tipico di una fattispecie di reato commissiva, attraverso l'innesto in quest'ultima del citato art. 40, comma 2 c.p., che richiede la sussistenza di un obbligo giuridico impeditivo dell'evento concretamente realizzatosi e tipico ai sensi della norma incriminatrice di parte speciale¹⁴².

In questo senso la dottrina attribuisce all'art. 40, comma 2 c.p. funzione espansiva del novero delle fattispecie penalmente rilevanti, consentendo che reati originariamente commissivi siano perpetrati anche mediante condotte omissive, pur in assenza di una loro espressa tipizzazione. Per questo non sono mancati dubbi in ordine alla compatibilità della struttura del reato commissivo mediante omissione, punibile ai sensi dell'art. 40, comma 2 cp., con i principi di tassatività e di frammentarietà del diritto

¹⁴¹ Per vero sono esigue le fattispecie omissive improprie codicistiche direttamente previste da una norma incriminatrice. Si pensi in particolare: alla condotta di omesso collocamento di impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, da cui derivi un disastro o un infortunio *ex art.* 437, comma 2 c.p.; a quella dell'omissione da cui deriva il pericolo di un disastro ferroviario ai sensi dell'art. 450 c.p.; a quella di mancato impedimento degli strepiti di animali di cui all'art. 659 c.p..

¹⁴² Sui criteri distintivi tra reati omissivi propri o impropri si veda FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 70; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 132; FIORE C.-FIORE F., *Diritto penale. Parte Generale*, cit. 222 s.; Tradizionalmente le due forme di omissione vengono distinte in relazione alla struttura delle rispettive fattispecie. Il reato omissivo improprio si distingue da quello proprio in quanto ne è sempre elemento costitutivo un evento in senso naturalistico. Tale orientamento colloca, dunque, nella categoria dei reati omissivi impropri tutte le fattispecie di mancato impedimento di un evento, siano esse previste da una norma di parte speciale ovvero risultino dalla combinazione dell'art. 40, comma 2 c.p. con una norma incriminatrice di una fattispecie commissiva. Infatti rispetto a tutte e solo le fattispecie in esame si pone il problema di individuazione dei caratteri della causalità omissiva, mancando invece nei reati omissivi propri il secondo termine del rapporto causale (in tal senso JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit. 605).

In base a diversa impostazione, elaborata dalla dottrina tedesca, in particolare da KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, ried. 1988, 239; e più di recente EISELE J., *Vorbemerkungen* § 13, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2014 e dottrina ivi citata, il criterio distintivo riposa nella previsione diretta o meno della fattispecie da parte di una norma *ad hoc*. Pertanto solo in presenza di una specifica norma, incriminatrice di un comportamento omissivo, si configurerebbe un reato omissivo proprio. Diversamente si è in presenza di un reato omissivo improprio, se l'incriminazione dell'omissione deriva dalla conversione di un illecito commissivo in uno omissivo per mezzo della clausola generale di cui all'art. 40, comma 2 del codice penale italiano o del § 13 dello StGB tedesco. A favore di tale secondo criterio GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 3 ss La preferenza per tale secondo criterio comporta inevitabilmente la riconduzione nella categoria dei reati omissivi propri delle fattispecie di mancato impedimento di un evento incriminate da una norma specifica di parte speciale. I vantaggi di tale impostazione sono ravvisati nella possibilità di tenere in giusta considerazione le peculiarità dei reati omissivi impropri, rilevanti ai sensi del combinato disposto di una clausola generale e una norma di parte speciale. Peculiarità attinenti alla ricostruzione dogmatica, nonché alla legittimità costituzionale di tali fattispecie sotto il profilo della tassatività della relativa formulazione, sono rilevate da FIANDACA G., *Omissione*, cit. 549 e ID. *Il reato commissivo mediante omissione*, cit. 29.

penale, atteso il *deficit* di determinatezza caratterizzante le fattispecie così configurabili¹⁴³.

Come si è visto, infatti, l'unico requisito imposto dalla norma per il passaggio dall'incriminazione della condotta attiva a quella della condotta passiva è la sussistenza, in capo all'omittente, di un obbligo giuridico impeditivo.

Tuttavia la genericità della formulazione dell'art. 40 cpv. c.p. ha imposto e continua ad imporre all'interprete il compito di definire il concetto di "obbligo giuridico di impedire l'evento", sotto il profilo delle fonti, della titolarità e della funzione di un tale obbligo, al fine di ricondurre la norma nell'alveo della legittimità costituzionale¹⁴⁴.

¹⁴³ Per una ricognizione dei dubbi di legittimità costituzionale della norma e dei possibili limiti di operatività della norma, si vedano ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I, art. 1-84*, Milano, 2004, 392; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 67; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 164.

Possibili limiti di operatività della norma sono individuati in dottrina in due criteri. Il primo, di natura strutturale, porta ad escludere che i reati di mera condotta e a condotta vincolata possano essere convertiti in reati omissivi impropri. I reati di mera condotta mancherebbero infatti del secondo termine del rapporto causale sottostante alla fattispecie omissiva impropria, in quanto privi di evento naturalistico eziologicamente riconducibile all'omissione. Per alcuni Autori, tuttavia, l'assenza di evento naturalistico non osterebbe alla configurabilità di un concorso omissivo nel reato commesso dal terzo, per il mancato impedimento dello stesso da parte del titolare del corrispondente obbligo impeditivo. In tale peculiare ipotesi di reato omissivo improprio, infatti, l'evento da impedire coincide proprio con la fattispecie di reato in sé e per sé considerata, a prescindere dalla realizzazione di un evento in senso naturalistico. I reati a forma vincolata, invece, esulerebbero dalla sfera di applicabilità dell'art. 40, comma 2 c.p., in considerazione del più elevato grado di tassatività delle norme incriminatrici delle fattispecie commissive, le quali prevedono che sia punita una certa condotta attiva solo in presenza di determinate modalità. Pertanto, escludendosi la rilevanza di ogni altra modalità dell'azione, a maggior ragione deve essere esclusa quella dell'omissione. Il secondo criterio, invece, di natura sostanziale, guarda al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice di parte speciale. Alcuni Autori ritengono che la conversione di una fattispecie di reato commissiva in una omissiva possa intervenire solo qualora il reato sia previsto a tutela di un bene di primaria importanza, intendendosi per tali i beni della più diversa natura (vi è ad esempio chi ritiene che possano essere ricomprese le sole fattispecie a tutela della vita e dell'incolumità individuale e pubblica; chi invece ricomprende anche i reati a tutela di beni collettivi). In assenza di qualsivoglia riferimento normativo a limiti di natura contenutistica, deve preferirsi la posizione di quanti in dottrina ritengono che tale criterio sia utilizzabile dal legislatore solo *de iure condendo*, allo scopo di delimitare l'operatività della norma di cui all'art. 40, comma 2 c.p.. In tema dei limiti applicativi dell'art. 40, comma 2 c.p. si vedano SGUBBI F., *Responsabilità penale per omissivo impedimento dell'evento*, cit., 99 ss.; FIANDACA G., *Omissione*, in *Dig. Disc. Pen.*, cit. 554 s.;

¹⁴⁴ La necessità di un'integrazione della norma attraverso l'opera di interpretazione del giurista è rinvenuta (non senza contraddizione) anche da parte di quella dottrina che afferma la sufficiente determinatezza delle fattispecie di reato omissivo improprio così come descritte dalla mera lettera dell'art. 40, comma 2 c.p., attraverso il riferimento alla presenza di: un obbligo giuridico di attivarsi, un evento conseguente alla violazione dell'obbligo giuridico, l'equivalenza tra cagionare ed omettere. In tal senso si veda BELTRANI S- CARCANO D., *Art. 40. Rapporto di causalità*, in LATTANZI G.-LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II, Libro I, Milano 2010, 31, i quali danno conto della mancanza di attenzione in giurisprudenza per il problema della legittimità costituzionale della norma. Il rispetto del principio di legalità sarebbe infatti garantito dal fatto che solo le fattispecie causalmente orientate o a forma libera potrebbero essere integrate dal mancato impedimento dell'evento: il ricorso delle relative norme incriminatrici a generiche espressioni quali "cagionare" o "compiere atti" consentirebbe di affermare che l'evento di reato può scaturire indifferentemente da qualsiasi azione od omissione. A prescindere dalla incompatibilità di tale assunto con il concetto di omissione qui adottato, si

In tale direzione dovrà dunque proseguire anche la presente ricerca: attraverso lo studio delle principali acquisizioni della scienza penalistica, si cercherà di individuare quei caratteri dell'obbligo giuridico impeditivo di cui all'art. 40, comma 2 c.p., irrinunciabili ai fini di una costruzione della responsabilità commissiva mediante omissione rispettosa dei principi costituzionali in materia penale. Nella stessa ottica si considereranno infine le principali problematiche in tema di causalità ed elemento soggettivo del reato omissivo improprio.

2.2 Alla ricerca del fondamento giuridico-sostanziale dell'equivalenza tra azione ed omissione: dalla formelle Rechtspflichttheorie alla Garantienlehre.

La punibilità del mancato impedimento di un evento è questione con cui il pensiero giuridico-filosofico si è confrontato sin dall'antichità, proponendo soluzioni oscillanti tra l'irrelevanza penale e l'integrazione di autonome fattispecie criminose, a seconda delle istanze politico-ideologiche accolte¹⁴⁵.

In quest'ottica, il reato omissivo improprio risponde all'esigenza di punire il mancato impedimento di un evento in assenza di una norma incriminatrice *ad hoc*, qualora se ne avverta nondimeno un disvalore penale pari a quello della condotta attiva che, integrando una fattispecie commissiva tipica, cagioni il medesimo evento¹⁴⁶.

Come si è visto, l'art. 40, comma 2 c.p. equipara l'omissione all'azione ove sussista un obbligo giuridico di impedire l'evento.

deve rilevare che l'argomentazione secondo cui espressioni generiche quali "cagionare" e "compiere atti", ricomprenderebbero in sé altresì condotte omissive, renderebbe del tutto vana la disposizione di cui all'art. 40, comma 2 c.p., come pure taluni ritengono (nel senso della svalutazione del ruolo dell'art. 40, comma 2 c.p. si veda ad esempio SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 116 s., il quale tuttavia, nella ricostruzione dogmatica del reato omissivo improprio, rinviene il fondamento dell'istituto direttamente nella Costituzione e nel diritto positivo, con conseguente degradazione della norma in esame a "elemento di mera esternazione dichiarativa e di conferma" del reato omissivo improprio).

Analoghi dubbi di legittimità costituzionale sono stati sollevati e risolti negativamente dal *Bundesverfassungsgericht* nell'ordinamento tedesco con riferimento al § 13 StGB. Per una trattazione sul punto si rinvia al §...

¹⁴⁵ Per una ricostruzione storica della rilevanza penale dell'omissione si vedano le opere di VANNINI O., *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, 155 ss.; ANTOLISEI F., *L'obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Riv. It.*, 1936, 121; LISZT F.- SCHMIDT E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1927, 163 ss.; HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht*, II, Berlin, 1930, 154, il quale ultimo fa tuttavia risalire i primi tentativi di ricostruzione sistematica del reato omissivo improprio al XIX secolo, quando si cominciò a concepire la possibilità di una forma generale di responsabilità penale commissiva mediante omissione, svincolata da singole fattispecie criminose.

¹⁴⁶ In questo senso FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit. 2. Tradizionalmente in dottrina si cita l'ipotesi della madre che, omettendo di nutrire il figlio, lo lasci morire di inedia, quale esempio di pari disvalore penale dell'omissione rispetto all'azione.

Il richiamo all'obbligo giuridico, quale elemento necessario ai fini del giudizio di equivalenza, affonda le proprie radici nel pensiero liberale dei giuristi classici del XIX secolo, di cui esponente fu Anselm von Feuerbach¹⁴⁷. Secondo il giurista tedesco, assumeva rilevanza penale la trasgressione dei soli obblighi di agire dotati di uno specifico fondamento giuridico: la legge o il contratto. Soltanto dalle suddette fonti, in quanto manifestazione della volontà dei consociati, potevano infatti promanare obblighi più pervasivi del dovere del *neminem laedere*, tali da comprimere maggiormente la libertà del singolo, imponendo un determinato comportamento e conseguentemente l'astensione da ogni altra azione¹⁴⁸.

La centralità della fonte dell'obbligo comportamentale, nella ricostruzione delle fattispecie omissive per mancato impedimento di un evento, fu fatta propria dalla *formelle Rechtspflichttheorie* (teoria formale dell'obbligo giuridico), elaborata dalla dottrina tedesca tra la fine del XIX e i primi decenni del XX secolo¹⁴⁹.

Tale impostazione conobbe ampio e duraturo seguito in Italia¹⁵⁰, ove giunse ad ispirare la formulazione dell'art. 40, comma 2 c.p., che, ad oggi invariata, subordina ad un obbligo giuridico la possibilità di equiparare il non impedire un evento al cagionarlo.

La teoria formale affrontava e risolveva il problema dell'equivalenza tra agire ed omettere sul piano dell'antigiuridicità¹⁵¹, contrapponendosi così alla concezione causale-naturalistica sviluppatasi a metà del XIX secolo.

¹⁴⁷ Per una approfondito studio del pensiero di Anselm von Feuerbach si veda CATTANEO M., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

¹⁴⁸ FEUERBACH A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1836, 34, in particolare l'Autore, conformemente alla concezione liberale dei rapporti tra Stato ed individuo, chiarisce che l'originario vincolo (*ursprüngliche Verbindlichkeit*) dei cittadini può consistere esclusivamente in un dovere di astensione da una determinata attività. Diversamente, l'obbligo di tenere una determinata azione presuppone un "*besonderer Rechtsgrund*", la legge o il contratto appunto. Solo in tal caso la relativa trasgressione può integrare un reato commissivo (*Unterlassungsverbrechen*).

¹⁴⁹ TRAEGER L., *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1913; MAYER M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, 1915; FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1925; LISZT F.-SCHMIDT E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit.; HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht*, cit.; MEZGER E., *Strafrecht*, München, 1949.

¹⁵⁰ GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, cit., 60 ss; ANTOLISEI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 134; SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, 178 ss; NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, cit., 193 s.; BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, 290; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003, 365.

¹⁵¹ La concezione tripartita del reato, all'epoca di recente elaborazione, dà infatti autonomo rilievo all'elemento dell'antigiuridicità, che può così assurgere a sede dell'equivalenza tra cagionare e non impedire un evento. In particolare, sulla tripartizione delle componenti del reato in tipicità, antigiuridicità e colpevolezza: BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 6 e, in partic., 164 ss in relazione all'antigiuridicità nell'omissione. Interessante notare la distinzione operata dall'Autore in ordine ai requisiti dell'antigiuridicità dell'azione da quelli dell'omissione. Mentre l'azione è antigiuridica in senso negativo, ovvero in assenza di determinate circostanze idonee a qualificare l'azione come legittima

In base alle teorie causali, che fondavano la punibilità dell'omissione su una precedente azione pericolosa dell'omittente, poteva sempre individuarsi un nesso eziologico di tipo naturalistico o sociologico tra evento e comportamento umano, sì da spiegare sul piano causale l'equiparazione tra azione ed omissione e quindi la configurabilità dei reati omissivi impropri¹⁵².

nonostante la sua conformità al *Tatbestand*, l'antigiuridicità dell'omissione dipende dalla sussistenza di condizioni positive (*bei Gegebensein besonderer positiver Voraussetzungen*), che fondino un dovere di agire. Il dovere di agire è quindi presupposto dell'antigiuridicità del mancato impedimento di un evento tipico di una fattispecie commissiva. E l'antigiuridicità si pone come requisito essenziale della rilevanza penale del fatto omissivo.

Chiara riferimento all'antigiuridicità quale elemento fondante la rilevanza penale dell'omissione si legge in FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, cit., 17, secondo cui penalmente rilevante è il mancato impedimento di un evento connotato da antigiuridicità (*rechtswidrige unterlassene Verhinderung des Erfolgs*), a sua volta consistente nella violazione di un obbligo giuridico dal contenuto impeditivo; HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht*, 161, il quale dà atto che la sussistenza di uno specifico dovere giuridico (*besondere Rechtspflicht*), impeditivo di eventi lesivi, sia riconosciuto come fondamento della punibilità dell'omissione, sia nella dottrina che nella giurisprudenza a lui contemporanee; MEZGER E., *Strafrecht*, cit., 137, il quale individua nell'azione attesa da terzi (*erwartete Handlung*) il perno (*Angelpunkt*) dei reati omissivi, che deve essere altresì doveroso (*gebotene Handlung*), al fine di assumere interesse per il diritto penale. Nella dottrina italiana SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, cit., 182, il quale inquadra senza esitazione l'obbligo giuridico nella struttura antigiuridica delle fattispecie commissive mediante omissione.

¹⁵² Evidente è il tentativo della *formelle Rechtspflichttheorie* di superare le teorie causali e l'intento, da queste propugnato, di giustificare la punibilità del mancato impedimento di un evento sul solo piano causale, in termini naturalistici, a partire dall'assunto della identità strutturale tra agire ed omettere. In particolare, si affermava la punibilità dell'omissione impropria in considerazione del nesso eziologico tra l'evento lesivo e il momento attivo dell'omissione, consistente in una precedente azione (*Vorhandlung*) del soggetto stesso. In questo senso LUDEN H., *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht*, cit., 474; GLASER O., *Abhandlungen aus dem österreichisches Strafrecht*, Wien, 1858, 289 ss.; MERKEL A., *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, 76 ss.; in particolare KRUG A.O., *Kommentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königsreich Sachsen vom 11 August 1855 und den damit in Verbindung stehenden Gesetzen*, Leipzig, 1855, 26, il quale identificava la precedente azione nell'assunzione di un impegno di protezione di un determinato bene (mediante atti negoziali pubblici o privati), tale da indurre il titolare ad affidarsi ad un intervento del soggetto obbligato e pertanto ad esporre ad un rischio il bene.

Tra le teorie causali si annoverano le *Ingerenztheorien*, secondo cui però l'omissione stessa poteva estrinsecare un'efficacia attiva, in quanto repressione dell'impulso ad agire da parte del soggetto, che quindi vi opporrebbe un'energia contraria idonea ad interferire in modo manifesto sul comportamento, che risulterebbe passivo. Principale esponente delle *Interferenztheorien* fu BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1914, 546 ss., il quale, riprendendo le teorie causali pure, individuava nella precedente azione per metà una causa impeditiva, per l'altra metà una causa efficiente del pericolo, dalla quale discende quindi l'assunzione della qualità di garante in capo all'agente. Questi, successivamente e per sua volontà, omette nel momento decisivo di attivarsi come garante (frenando appunto l'impulso ad agire). In senso analogo, BURI V. M., *I Willensfreiheit. II. Unterlassung. III Kausalität und Teilnahme*, in GS, 1899, 190 ss. Semplice obiezione a queste teorie, fondanti la rilevanza penale dell'omissione impropria esclusivamente sul piano causale, è la mancanza in alcuni casi di *Vorhandlungen*, connotate o meno dal carattere della garanzia. Infine, si ricordano le teorie della causalità sociale-normativa, le quali, in estrema sintesi, richiedevano la sussistenza di un'aspettativa dei consociati rispetto all'azione impeditiva omessa, affinché si potesse rinvenire un nesso causale tra l'omissione e l'evento naturalistico. Principali esponenti furono ROHLAND V. W., *Die strafbare Unterlassung*, I, Dorpat, 1887, 121 ss.; BAR V. C. L., *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, II, Berlin, 1906, 244 ss.; KOHLER J., *Studien aus dem Strafrecht*, I, Mannheim, 1890, 45 ss..

L'abbandono di una concezione naturalistica di omissione e, conseguentemente, di una concezione materiale del nesso causale omissivo¹⁵³, spinse i sostenitori della *formelle Rechtspflichttheorie* ad individuare nella sussistenza di una norma giuridica, di legge o di altra fonte subordinata¹⁵⁴, di diritto pubblico o privato, contrattuale o di diverso atto negoziale¹⁵⁵, il fulcro del reato commissivo mediante omissione.

Gli esponenti della teoria in esame dovettero tuttavia derogare alla primazia del carattere formale delle fonti, per l'esigenza, avvertita sul piano equitativo, di ricomprendere tra le stesse anche la *negotiorum gestio*, ovvero l'assunzione di fatto di obblighi di agire¹⁵⁶, nonché il precedente comportamento pericoloso, in quanto

¹⁵³ Ricependo gli insegnamenti di LISZT F., *Lehrbuch*, Berlin, 1894, 108 ss., gli Autori della *formelle Rechtspflichttheorie* abbandonavano gli sforzi della *kausale Lehre* di ricondurre la causalità omissiva a quella attiva, ricercando ad ogni costo il fondamento di entrambe nel dato naturalistico, al fine ultimo di fondare l'equiparazione (*Gleichstellung*) tra il cagionare e il non impedire sul piano della causalità. Essi tuttavia non limitavano il problema della rilevanza penale dell'omissione alla sola sfera dell'antigiuridicità.

In particolare FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, cit. 17 s. e MEZGER E., *Strafrecht*, cit., 136 ss. rilevano che la sussistenza di un obbligo giuridico costituisce solo uno dei due presupposti, sebbene quello qualificante, della configurabilità di un reato omissivo improprio. L'altro deve essere sempre e comunque individuato nell'esistenza di un nesso causale tra omissione ed evento, da ritenersi verificata in primo luogo qualora proprio l'azione pretesa dalla norma sarebbe stata idonea ad impedire l'evento verificatosi; in secondo luogo qualora vi fosse per il soggetto la possibilità materiale di tenere l'azione richiesta. Efficaci a tal riguardo le parole di HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht*, 158 s., secondo cui il nesso causale nell'omissione sussiste quando l'azione attesa (*erwartet*), sia anche possibile (*möglich*) ed idonea ad impedire l'evento (*die Handlung...den Eintritt des Erfolges gehindert hätte*). Per MAYER M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, cit., 189 e SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, cit. 178, ritengono invece che l'accertamento dell'antigiuridicità debba seguire quello della sussistenza di un nesso causale, sì da limitare la rilevanza penale del nesso casuale stesso, di modo che possa ritenersi penalmente rilevante il mancato impedimento di un evento solo da parte di alcuni, coloro cioè che erano tenuti ad impedirlo. Per un maggiore approfondimento della tematica della causalità omissiva tema di causalità omissiva, si veda oltre § 2.5.

¹⁵⁴ TRAEGER L., *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1913, 77; MAYER M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, cit., 191; LISZT F.-SCHMIDT E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., 179 s.; MEZGER E., *Strafrecht*, cit., 138 ss., il quale annovera tra le fonti formali del dovere di impedire un evento altresì gli ordini di servizio e la consuetudine; per HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht*, 162, le stesse pronunce giurisprudenziali possono essere produttive di obblighi di impedire un evento. Nella dottrina italiana ANTOLISEI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, cit. 134 ss; GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, cit., 60.

¹⁵⁵ HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht*, cit., 168, il quale prevede che la durata dell'obbligo di impedimento di un certo evento, assunto contrattualmente, possa essere dilatata in base ad un'interpretazione della relativa clausola contrattuale conforme al principio della buona fede (*Treu und Glaube*) nell'esecuzione del contratto; MEZGER E., *Strafrecht*, cit. 144.

¹⁵⁶ In particolare, con riferimento alla *negotiorum gestio*, si veda FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, cit. 19, il quale, non fa esplicito riferimento alla categoria negoziale formalmente intesa, ma si riferisce all'impegno giuridicamente vincolante assunto da un soggetto nei confronti di un altro, sia espressamente che *per facta concludentia*.

produttivo del dovere di rimuovere i fattori di rischio realizzati mediante una precedente azione¹⁵⁷.

L'incapacità delle fonti formali di individuare tutte le ipotesi penalmente rilevanti di mancato impedimento di un evento e la necessità di ricorrere anche a fonti fattuali, prestarono la teoria in esame a facili critiche di incoerenza da parte dei suoi stessi sostenitori. Parte della dottrina italiana, in particolare, osservava che la formulazione di una norma come l'art. 40, comma 2 c.p., assente per contro nell'ordinamento tedesco, non consente di annoverare il precedente agire pericoloso tra le fonti degli obblighi giuridici impeditivi¹⁵⁸.

Per altro verso se ne rilevò l'effetto di eccessiva dilatazione delle fattispecie omissive penalmente rilevanti, in quanto consentiva di inscrivere indiscriminatamente nel novero dei reati omissivi impropri qualsivoglia condotta omissiva, purché consistente nella violazione di un obbligo di fare previsto da una fonte giuridica formale di diritto pubblico e soprattutto privato¹⁵⁹.

¹⁵⁷ FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, cit. 19, riconduce il precedente comportamento pericoloso alla categoria dell'assunzione di fatto dell'obbligo di impedire il verificarsi di un evento lesivo; TRAEGER L., *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, cit., 104, fonda invece la giuridicità del precedente agire pericoloso nel diritto consuetudinario. Peculiare la posizione di HIPPEL R., *Deutsches Strafrecht*, cit. 164, il quale ritiene rilevante non solo il precedente agire pericoloso in senso stretto, bensì anche il più ampio esercizio di qualsivoglia attività o ambito di attività, che possa toccare interessi giuridicamente tutelati, di titolarità di terzi. In tal caso, sorge un dovere di adottare, secondo la specifica prassi, le misure preventive necessarie a scongiurare possibili pericoli o infortuni; GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, 61.

¹⁵⁸ Contrari, nella dottrina italiana, all'annoverabilità del precedente agire pericoloso tra le fonti degli obblighi giuridici rilevanti ex art. 40, comma 2 c.p., ANTOLISEI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, cit., 138; SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, cit., 179, secondo il quale dalla precedente azione pericolosa si innesterebbe un processo causale attivo e non sarebbe pertanto configurabile alcuna fattispecie omissiva.

¹⁵⁹ Gli stessi sostenitori della *formelle Rechtspflichttheorie* appaiono talora consapevoli del limite in esame. Si veda ad esempio MEZGER E., *Strafrecht*, cit., 138; 144, il quale avverte la necessità di limitare il novero degli obblighi impeditivi penalmente rilevanti posti da norme di legge o fonti ad esse subordinate. Il Mezger riconosce come problematica l'individuazione di tale ulteriore requisito e giunge genericamente ad affermare che il fondamento dell'obbligo impeditivo (*Begründung der Pflicht*) deve contemporaneamente contenere in sé la possibilità di una responsabilità penale (*ein strafrechtliches Haftbarmachen für den Erfolgseintritt in sich einschließt*). L'Autore esclude quindi che tale caratteristica sia propria delle norme incriminatrici di reati omissivi propri, rispetto ai quali l'omissione viene punita di per sé stessa, a prescindere dalla ulteriore realizzazione dell'evento lesivo, come ad esempio accade nel caso di un soggetto, il cui soccorso sia richiesto dalla polizia o da un'altra autorità in caso di incidente o altro pericolo per la pubblica incolumità e costui non intervenga, pur non essendo esposto ad alcun pericolo. Poiché una norma penale prevede che il soggetto sia punito per l'omissione in sé, deve escludersi che l'obbligo di intervento, da essa imposto, possa altresì fondare una responsabilità per il mancato impedimento dell'evento occorso ed integrante una fattispecie attiva. A sostegno dell'insufficienza di una fonte giuridica dell'obbligo di agire anche TRAEGER L., *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, cit., 82 ss.

Infine, inammissibilmente restrittive, dal punto di vista logico-giuridico, erano ritenute le conseguenze di una coerente applicazione del principio-base ad essa sottostante: la rilevanza penale dell'omissione doveva essere esclusa, infatti, ogniquale volta la fonte dell'obbligo fosse invalida o comunque improduttiva di effetti e quindi l'obbligo impeditivo giuridicamente inesistente, nonostante l'effettiva assunzione dell'incarico da parte del soggetto obbligato e il conseguente affidamento ingenerato nel titolare del bene circa la sua protezione da eventuali eventi dannosi o pericolosi¹⁶⁰.

Al superamento di tali contraddizioni tesero le teorie della *materielle Rechtspflicht* (o dell'obbligo materiale), le quali presentarono per contro l'opposto ed altrettanto intollerabile difetto dell'indeterminatezza della fonte dell'obbligo impeditivo, esaltandone esclusivamente il momento contenutistico-funzionale.

Sorte e sviluppatasi nella Germania nazionalsocialista, le teorie materiali¹⁶¹ mirarono a rimodellare l'istituto del reato omissivo improprio, per renderlo coerente e funzionale alle finalità del nuovo Stato totalitario, così come l'intero sistema penale subiva l'adattamento ai principi etico-sociali propri della retorica nazionalsocialista, per divenire anch'esso uno strumento a disposizione del regime autoritario¹⁶².

Prioritario fu quindi l'affrancamento del diritto penale, e della teoria del reato omissivo in particolare, dagli altri rami dell'ordinamento e specialmente da quello civile, espressione delle istanze individualistico-liberali, antitetiche alla concezione totalitaria del potere¹⁶³.

¹⁶⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 161; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 65 ss.

¹⁶¹ A seconda degli assunti di fondo, si distingue tra la *materielle Rechtspflichttheorie*, la Tätertyptheorie e la Garantenlehre, che maggior peso assunse nei successivi sviluppi teorici.

¹⁶² FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit. 28 ss..

¹⁶³ In particolare, sulla concezione del reato propria del diritto penale nazionalsocialista, si veda SCHAFFSTEIN F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935, 9 ss. La "ristrutturazione" del diritto penale in funzione dello stato totalitario fu caratterizzata dalla negazione della teoria classica del reato, inteso quale *Rechtsgutverletzung*, ovvero lesione di un bene giuridico, riconosciuto all'individuo dallo Stato e adeguatamente tutelato mediante il ricorso alla sanzione penale. Si trattava infatti di impostazione conforme alla ricordata concezione liberale dei rapporti tra Stato ed individuo, il primo legittimato ad esercitare esclusivamente un'attività negativa di tutela della sfera di libertà del secondo (*auf die negative Tätigkeit des Schutzes der individuellen Freiheitsphäre beschränkt*), ma radicalmente incompatibile con l'ideologia nazionalsocialista della identificazione del singolo nella *Volksgemeinschaft*. Secondo l'Autore, portavoce delle istanze del regime, l'unico modo di concepire un diritto penale rivolto alla comunità (*eine an der Gemeinschaft ausgerichtete strafrechtliche Denkweise*) era quello di escludere la sussistenza di sfere di libertà individuale e di negare al singolo una personalità giuridica che potesse contrapporsi a quella statale nella pretesa di tutela dei beni giuridici riconosciutigli. Perciò il nucleo del reato non poteva che essere individuato nella *Pflichtverletzung*, ovvero nella violazione di un dovere imposto dallo Stato all'individuo e a questi facente capo nei confronti dell'intera comunità.

Sotto tale luce deve essere letto l'assunto fondamentale della *materielle Rechtspflichttheorie*, affermatasi negli anni immediatamente antecedenti all'ascesa al potere di Hitler¹⁶⁴.

I sostenitori di tale teoria ricorrevano ad una concezione sostanziale di anti giuridicità, intesa quale idoneità di un comportamento a determinare più danni che vantaggi alla collettività, in base ad una sua normale tendenza, intendendosi per tale l'adeguatezza dell'evento rispetto al comportamento tenuto¹⁶⁵. Pertanto qualora dall'omissione derivassero più danni che vantaggi, il dovere impeditivo violato poteva indifferentemente essere previsto da fonti formali o sorgere *de facto* da una precedente azione pericolosa, dalla posizione sociale, dal ruolo o dalla professione svolta dal singolo nella comunità¹⁶⁶.

La determinazione dei concetti di "danno" e "vantaggio" era poi prerogativa della volontà dello Stato, a sua volta espressione di un non meglio definito "spirito dell'ordinamento in generale", piuttosto che di un'"idea di diritto" o di una "legge giuridica fondamentale", non sempre e comunque non necessariamente avente espressione scritta¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Consolidatosi il terzo Reich scrive HARTUNG G., *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*, Breslau, 1939, 9, 18 che l'anti giuridicità può esistere solo in senso materiale, ovvero quale contrarietà all'ordine morale del popolo tedesco. L'ordine morale a sua volta deriva dall'unione delle sue radici di sangue, dal suo sviluppo storico e dalle sue esigenze di vita. In particolare, parametro dell'anti giuridicità è la contrarietà al sano sentimento del popolo (*gesundes Volksempfinden*), di cui la massima espressione e statuizione è il comando del Führer. L'errore della teoria formale dell'obbligo giuridico, consisterebbe dunque proprio in ciò, ovvero nel separare in modo netto l'obbligo giuridico da quello morale e di individuare nel primo esclusivamente un obbligo di diritto positivo.

¹⁶⁵ SAUER W., *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin, 1921, 286, 447; KISSIN S., *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, Breslau-Neukirch, 1933, 65.

¹⁶⁶ SAUER W., *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, cit., 221. Nella categoria della responsabilità omissiva da posizione, l'autore collocava i classici esempi dell'educatore, del bagnino, del pompiere. In questa serie di ipotesi, alla *Selbstverschuldung* sussistente in caso di precedente agire pericoloso del singolo, deve sostituirsi, a fondamento della punibilità, una *eigenartige rechtlich-soziale Stellung*, cui l'ordinamento ricollega un aumento del novero di doveri gravanti sul medesimo. Per l'Autore, quindi, non chiunque si trovi coinvolto nel processo causale sfociante nell'evento lesivo deve considerarsi tenuto ad impedirlo, ma solo colui, nella cui sfera di signoria (*Herrenschaftsbereich*) subentra lo stato di pericolo, a prescindere dal compimento di una previa azione pericolosa e sempreché egli sia nella condizione di impedire il verificarsi dell'evento.

¹⁶⁷ Parlano indifferentemente di „*Geiste unserer Gesamtrechtsordnung*“, „*Idee des Rechts*“ o ancora di „*juristisches Grundgesetz*“, quale fondamento ultimo della punibilità dell'omissione materialmente anti giuridica: SAUER W., *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, in HEGLER A. (a cura di), *Festgabe für Reinhard Frank*, Tübingen, 1930, 214 ss; KISSIN S., *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, cit., 68 e 112.

Svincolati dal concetto di reato come condotta tipica lesiva di un certo bene giuridico, ed infine, dallo stesso dato formale-normativo, furono gli esiti della *Tätertyplehre*¹⁶⁸.

Al fine di determinare la rilevanza penale di una condotta, la teoria del tipo di autore valorizzava ora le caratteristiche intrinseche di un certo tipo criminale, emergenti dalla personalità dell'imputato o dal singolo fatto concreto e corrispondenti alla rappresentazione che dell'autore davano le norme incriminatrici, a loro volta cristallizzazione dell'idea di autore radicata nella coscienza popolare¹⁶⁹; ora invece l'atteggiamento interiore, spirituale¹⁷⁰ dell'autore (*Gesinnung*), con riguardo non tanto ai tratti psicologici e caratteriali in senso scientifico-naturalistico, quanto piuttosto alla visione complessiva dell'interiorità dell'autore, così come emergente dal tipo di dovere violato, nucleo del reato quale appunto *Pflichtverletzung*¹⁷¹.

Secondo i teorici del *Täter* e del *Gesinnungsstrafrecht*, il richiamo alla figura dell'autore o alla sua interiorità esprimeva il massimo valore precipuamente rispetto al reato omissivo improprio, integrato da una condotta non espressamente ricondotta dalla legge al *Tatbestand*.

Il giudizio di conformità dell'omittente al tipo criminologico o al tipo di atteggiamento interiore proprio di una determinata fattispecie consentiva, infatti, di superare la limitatezza del dato normativo e di affermare l'equivalenza tra azione tipica ed omissione non espressamente tipizzata e così la punibilità dell'autore per il mancato impedimento dell'evento tipico di una certa fattispecie commissiva¹⁷².

¹⁶⁸ Per un'approfondita disamina della teoria del tipo d'autore, nell'ambito delle tipologie normative, d'autore e a confronto con quelle criminologiche, si veda l'opera di CALVI A. A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, 108 ss.

¹⁶⁹ WOLF E., *Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau, 1931, 22 ss.; DAHM G., *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, in *ZStW*, 1940, 134 ss., secondo il quale *Tätertyp* è colui il quale, tra le proprie qualità personali (*in seiner individuellen Persönlichkeit*) ovvero attraverso l'unico fatto concreto posto in essere (*durch die einzelne Tat*), presenti le caratteristiche di un certo tipo di criminale (*bestimmte kriminelle Eigenschaften*). Così, ad esempio, ricettatore è sia il venditore di oggetti usati che in locali malfamati contratti con ladri, sia chi, dal singolo fatto concreto posto in essere, dimostri di avere le caratteristiche proprie del ricettatore. Secondo Dahm le *bestimmte kriminelle Eigenschaften* si rinvencono nella legge stessa, più precisamente nell'incriminazione del fatto tipico, corrispondente alla concezione vigente nella coscienza popolare. Infatti, alla norma incriminatrice corrisponde necessariamente la rappresentazione che il popolo già ha del determinato tipo di autore.

¹⁷⁰ In questo senso ne riferisce CALVI A. A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., 110.

¹⁷¹ SCHAFFSTEIN F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit., 17 ss., il quale individuava nella *Pflichtverletzung* (o violazione di un dovere) l'essenza del reato. In particolare, l'Autore chiarisce che violazione del dovere e diritto penale dell'autore non sono fra loro incompatibili, in quanto la natura e le peculiarità del dovere violato consentono di individuare e differenziare i vari tipi di autore.

¹⁷² DAHM G., *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, cit., 149. Così ad esempio, colui che non soccorre l'annegato, risponde per omicidio laddove ne emergano i caratteri dell'autore tipico del reato di omicidio. Diversamente potrà al più ritenersi responsabile per omissione di soccorso. In questo senso,

Parte della dottrina ad essa contemporanea, in particolare Nagler, accusò la *Tätertyplehre* di rifuggire dalla formulazione del legislatore e di optare per un'incertezza del diritto “fuori dall'ordinario”, rimettendo alla sola ponderazione del giudice, nel caso concreto, la determinazione delle tipologie di autore, cui ricondurre l'imputato per affermarne la punibilità¹⁷³.

In controtendenza fu dunque la proposta dell'Autore di analizzare le fattispecie di mancato impedimento di un evento espressamente punite dalla legge, sì da ricavarvi un criterio generale che fungesse da antecedente logico-giuridico dell'imputazione obiettiva di quest'ultimo al comportamento passivo, criterio quindi applicabile anche nelle ipotesi di commissione mediante omissione non previste dalla legge¹⁷⁴.

Approdo di tale ricerca è l'individuazione, in tutte le fattispecie legalmente disciplinate, di un termine medio (*Zwischenglied*) tra azione ed omissione, consistente nella particolare posizione di “garante” del soggetto tenuto all'impedimento di un certo evento attraverso la neutralizzazione di forze esterne idonee a cagionare esiti contrari al diritto¹⁷⁵.

Di qui la denominazione di *Garantenlehre* della teoria in esame¹⁷⁶, giustificata dalla centralità, nella struttura del delitto omissivo improprio, della posizione di garanzia, quale peculiare vincolo giuridico (*besonderes Rechtspflichtverhältnis*) sussistente tra un

l'Autore rileva come dal *Tätertyp* derivi la possibilità di individuare altresì il contenuto dell'obbligo giuridico effettivamente gravante sull'autore; in termini analoghi SCHAFFSTEIN F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, cit., 38 ss.

¹⁷³ NAGLER J., *Die Problematik der Begheug durch Unterlassen*, cit., 110, ove in particolare viene attaccata la teoria di Schaffstein, secondo la quale la sussistenza di una previsione normativa non farebbe alcuna differenza, in quanto la *Tätertypisierung* costituisce diritto già vigente *ex se*, che non abbisogna di previsione legislativa, ma solo della valutazione dell'ordinamento e del manifestarsi in concreto del tipo di autore. La legge, ove presente, non farebbe quindi che confermare l'esistente. In questo senso, secondo l'Autore, una simile ricostruzione non può che condurre ad una *unerhörte Rechtsunsicherheit*, una straordinaria insicurezza del diritto, privando il teorico di ogni possibilità di costruire un sistema giuridico di portata generale ed affidando esclusivamente alla ponderazione del giudice la rilevanza penale del comportamento umano.

¹⁷⁴ NAGLER J., *Die Problematik der Begheug durch Unterlassen*, cit., 55.

¹⁷⁵ NAGLER J., *Die Problematik der Begheug durch Unterlassen*, cit., 58 ss. In particolare, l'evoluzione tecnologica della società impone la creazione di un numero sempre crescente di garanti, meccanismo fondamentale di sicurezza sociale, necessario all'impedimento di pericoli antiggiuridici.

¹⁷⁶ NAGLER J., *Die Problematik der Begheug durch Unterlassen*, cit., 59. Rileva l'Autore come già in precedenza SAUER W., *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, cit., 214 s., si fosse avvicinato al concetto di garante, rilevando che solo in presenza di una peculiare relazione giuridica tra l'autore e la persona offesa. Si noti come la formulazione del Nagler riprende inoltre un concetto già elaborato nella teoria della causalità sociale da KOHLER J., *Studien aus dem Strafrecht*, cit. 45 ss.

soggetto ed un bene, alla cui incolumità l'azione doverosamente impeditiva del primo deve tendere¹⁷⁷.

Nella ricostruzione prospettata da Nagler, il giudizio di equivalenza tra azione ed omissione slitta dal piano dell'antigiuridicità a quello del fatto tipico¹⁷⁸: l'omissione infatti, per il tramite della posizione di garanzia, diviene condotta conforme al *Tatbestand* e ciò senza comportare, nella visione dell'Autore, un'estensione della fattispecie legale. Per effetto dell'individuazione di una posizione di garanzia in capo all'omittente, la norma incriminatrice subisce piuttosto un'interpretazione correttiva, in senso maggiormente conforme allo scopo perseguito dal legislatore, attraverso il chiarimento di quanto già da questi inteso ma non espresso per ragioni di tecnica legislativa¹⁷⁹.

In base a tale assunto, la fonte dell'obbligo giuridico impeditivo può essere allora di qualsivoglia natura e consistere tanto nella legge o nel contratto, quanto in una precedente azione del soggetto omittente¹⁸⁰. Ciò che conta ai fini della rilevanza penale dell'obbligo di agire è infatti il solo contenuto impeditivo dello stesso in *funzione di garanzia*, appositamente conferita al garante dalla *Volksgemeinschaft*, sì che questi contribuisca al funzionamento della società¹⁸¹.

¹⁷⁷ NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, cit., 61. In controtendenza rispetto agli altri teorici della concezione materiale del dovere, è da notare la rilevanza attribuita nella ricostruzione di Nagler al bene giuridico. Il garante assume infatti, in funzione di tutela dell'incolumità del bene giuridico, un vincolo nei confronti di questo. Pertanto deve escludersi la rilevanza penale di tutti quegli obblighi di agire che, nonostante siano posti da una legge, non presuppongano la sussistenza di un legame tra il soggetto ed il bene giuridico

¹⁷⁸ NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, cit., 51 ss., in particolare a pag. 55 ss, l'Autore afferma chiaramente che il presupposto più importante per l'equiparabilità dell'omissione alla azione non sono causalità, antigiuridicità, colpevolezza né il tipo d'autore, bensì solo ed esclusivamente la conformità al fatto tipico (*Tatbestandsmäßigkeit*) degli accadimenti. Tale conformità non è ipotizzabile rispetto ad ogni fattispecie. In particolare, con riferimento a quelle fattispecie per l'integrazione delle quali il legislatore prevede una condotta specifica, o un'azione altamente personale, non è possibile estendere il *Tatbestand* al punto da ricomprendervi altre forme di causazione dell'evento.

¹⁷⁹ NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, cit., 61.

¹⁸⁰ NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, cit., 62..

¹⁸¹ NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, cit., 62 s. Si noti come l'impostazione del Nagler riprenda sul punto concetti già elaborati dalla teoria della causalità sociale di KOHLER J., *Studien aus dem Strafrecht*, cit. 45 ss., che per primo si richiama ad un concetto di posizione del singolo all'interno della società, a giustificazione della sussistenza di un nesso causale (di natura sociale-normativa) tra omissione ed evento. Secondo questo Autore, la punibilità di un'omissione impropria discende dalla sussistenza di una pretesa, da parte dell'ordinamento giuridico, al compimento di una certa attività per il perseguimento dei relativi interessi. In particolare, tale pretesa si rivolge nei confronti di una persona che viene posta dalla società nella posizione di ingerirsi nel meccanismo delle forze fisiche e sociali, per impedire determinati pericoli. Pertanto, l'omissione dell'attività richiesta integra una deviazione dal funzionamento del meccanismo sociale, così come voluto dall'ordinamento.

Il contenuto dell'attività impeditiva varia allora da caso a caso e la sua ampiezza dipende infine soltanto da una considerazione etico-sociale degli accadimenti¹⁸².

All'evidenza nemmeno la *Garantenlehre* rimase del tutto immune dall'influenza dell'ideologia nazionalsocialista, perpetrando il vizio di incertezza e manipolabilità delle fattispecie omissive, perlomeno sotto il profilo delle fonti dell'obbligo impeditivo¹⁸³. Ciò non impedì, tuttavia, che il nucleo concettuale della teoria dei garanti si imponesse nei successivi sviluppi dottrinali e giurisprudenziali in materia di reato omissivo improprio, e ciò, pur nella differente compagine normativa, sia in Germania che, successivamente, in Italia.

2.3 La Garantenstellung nelle elaborazioni dottrinali, legislative e giurisprudenziali tedesche dal secondo dopoguerra.

Il codice penale in vigore nella Germania Federale fino al 1975, a differenza del codice Rocco, non conteneva alcuna norma sulla responsabilità per il mancato impedimento dell'evento¹⁸⁴.

Per tale motivo, nel secondo dopoguerra, le elaborazioni della dottrina tedesca in materia scandagliavano l'istituto della posizione di garanzia sotto il profilo contenutistico-materiale, al fine di renderlo un effettivo criterio di equivalenza tra l'azione e l'omissione.

Pur accogliendo la ricostruzione di Nagler¹⁸⁵ nella parte in cui individuava l'essenza dell'istituto nella posizione di garanzia come vincolo di tutela che lega un soggetto ad un certo bene giuridico, sì da imporgli un intervento impeditivo di eventi lesivi, gli Autori impegnati nella ricerca riconoscevano la necessità di definire il contenuto ed i

¹⁸² NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, cit., 64.

¹⁸³ FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit. 31, rileva come tuttavia la *Garantenlehre* rappresenti il miglior tentativo di superamento della teoria formale, ricercando un fondamento sostanziale, senza tuttavia trascurare la rilevanza del dato normativo. Pertanto, secondo l'Autore, la rilevanza attribuita alla componente etico-sociale esprime la necessità di contemperare diversi punti di vista.

¹⁸⁴ Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione delle norme in materia di omissione nei progetti di riforma del previgente *Strafgesetzbuch* si veda GRASSO G., *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo § 13 del codice penale della repubblica federale tedesca*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1978, 880 ss..

¹⁸⁵ Dà conto di una crescente adesione alla *Garantenlehre*, tanto da parte della dottrina quanto della giurisprudenza, KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1988 ried., 250, con particolare riferimento alle note n. 78-79. L'Autore riconosce a Nagler il merito di aver individuato nella figura della posizione di garanzia, come elemento del fatto tipico omissivo improprio, la chiave di volta del problema dell'equiparabilità del non impedire un evento al cagionarlo

contorni di tale vincolo, da un lato onde evitare la creazione di una formula vuota, che recepisce le carenze della *formelle Rechtspflichttheorie*, dall'altro allo scopo di epurare l'istituto dalla retorica nazionalsocialista.

Senza pretesa di completezza, in questa sede si darà brevemente conto delle teorie che hanno avuto maggiore fortuna nel segnare l'evoluzione storico-dogmatica del reato omissivo improprio, con evidenti influssi anche sulla scienza penalistica italiana, come si avrà modo di accertare nel proseguo della trattazione.

In generale si osserva che la posizione di garanzia è sempre rilevata in presenza di peculiari tipi di rapporto tra l'omittente e un certo bene giuridico o il suo titolare ovvero tra l'omittente e una fonte di pericolo¹⁸⁶. A seconda delle teorie varia però la situazione fattuale originante il rapporto di tutela.

Ad Armin Kaufmann risale l'elaborazione del criterio funzionale, in base al quale sussiste una *Garantenstellung* qualora l'omittente svolga una funzione di difesa, in termini di protezione di un certo bene ovvero di controllo di una certa fonte di pericolo¹⁸⁷.

L'oggetto della posizione di garanzia può dunque consistere in una difesa a 360° di un determinato bene (*Rundumverteidigung des konkreten Rechtsgutes*), contro pericoli di ogni tipo e a prescindere dalla relativa causa, oppure nella sorveglianza di una determinata fonte di pericolo (*Überwachung einer bestimmten Gefahrenquelle*), la cui neutralizzazione si risolve in una tutela indiretta dei beni giuridici di volta in volta ed in concreto minacciati¹⁸⁸.

Tale criterio, cui in Germania - così come nel nostro ordinamento- viene attualmente attribuito valore meramente classificatorio, era invece concepito dall'Autore quale vero e proprio fondamento della posizione di garanzia, elemento di equivalenza tra l'agire e l'omettere. In altre parole, proprio la funzione di protezione o controllo svolta dal

¹⁸⁶ Come si avrà modo di approfondire oltre, risale a KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 283 ss., la distinzione in obblighi di protezione e di controllo, a seconda che la funzione del garante consista nella tutela specifica di un certo bene giuridico dagli svariati pericoli cui può essere sottoposto ovvero nel controllo di una fonte di pericolo, a garanzia dell'incolumità dei beni giuridici che occasionalmente ne risultino minacciati.

¹⁸⁷ KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 283.

¹⁸⁸ KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 283 s.

garante determinava la rilevanza penale del dovere di attivarsi per impedire l'evento anti-giuridico¹⁸⁹.

In questo senso, la posizione di garanzia, quale dovere di impedire un evento in funzione di difesa o di controllo, secondo Kaufmann, deve essere intesa tanto come *Tätermerkmal* quanto come *Tatbestandsmerkmal*, ovvero come connotato, elemento identificativo, non solo della persona del garante, bensì della stessa situazione conforme al fatto tipico¹⁹⁰.

A differenza della *Garantenlehre*, quindi, l'Autore ritiene del tutto autonoma la fattispecie omissiva impropria rispetto all'originaria fattispecie commissiva, in quanto la sussistenza della posizione di garanzia, come elemento del fatto tipico che si aggiunge alla condotta, all'evento ed al nesso causale di tipo omissivo, non può che determinare un fatto tipico diverso, non previsto espressamente dalla legge e quindi ulteriore rispetto a quello commissivo legalmente disciplinato¹⁹¹.

Sempre come elemento del fatto tipico omissivo o come qualifica dell'autore viene concepita la posizione di garanzia nelle teorie sociologiche. Sotto tale denominazione sono ricomprese tutte quelle concezioni materiali che deducono dalla realtà delle relazioni sociali il nucleo costitutivo del dovere di attivarsi per l'impedimento di eventi lesivi. Tale nucleo viene ravvisato ora nella vicinanza sociale al bene o alla fonte di pericolo¹⁹², ora nel ruolo sociale indispensabile al vivere comune¹⁹³ o nell'aspettativa

¹⁸⁹ In senso critico circa l'apporto conoscitivo della teoria funzionale JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 1993, 799, il quale ravvisa rispetto ad entrambe le categorie di posizioni lo scopo comune di garantire la tutela di beni giuridici. Infatti, la protezione di una certa persona comporta necessariamente un compito di vigilanza sui pericoli che la minacciano, mentre il controllo su fonti di pericolo esplica una forma di tutela per i soggetti da queste minacciati

¹⁹⁰ KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 305.

¹⁹¹ KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit. 261, 281 specifica che si tratta di un fatto tipico specifico e non previsto dalla legge (*ein besonderer ungeschriebener Tatbestand*), caratterizzato da un elemento a sua volta non contenuto nella descrizione legislativa di una fattispecie, quale appunto la *Garantenstellung*. Ma vi è di più. Secondo Kaufmann, infatti, l'esito cui non può che pervenirsi è quello di creare una fattispecie del tutto indipendente dal modello legale commissivo, anche sotto i profili dell'anti-giuridicità e della colpevolezza. In senso critico si esprime sul punto FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit. 73, che, pur collocando la posizione di garanzia nell'ambito del *Tatbestand*, aderisce alla qualificazione della fattispecie commissiva mediante omissione come *Erscheinungsform* di quella commissiva. Tale elemento varrebbe quindi ad integrare il deficit di probabilità insito nell'accertamento del nesso causale omissivo, di natura ipotetica, consentendone così la corrispondenza alla causalità attiva. In questo senso, pur trattandosi effettivamente di due distinti fatti sotto il profilo degli elementi costitutivi, non può negarsi che ad essere applicata sia pur sempre la fattispecie di parte speciale di natura commissiva. In virtù della formula di equivalenza, i due fatti strutturalmente diversi sarebbero nondimeno caratterizzati dal medesimo disvalore penale e quindi integrerebbero una medesima fattispecie.

¹⁹² ANDROULAKIS N. K., *Studien zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, München, 1963, 159, 205. L'Autore attribuisce la qualifica di garante a colui che si trova in "vicinanza sociale" (*soziale Nähe*)

sociale¹⁹⁴, ora infine nell'affidamento riposto dai consociati nell'adozione del comportamento impeditivo, tenendo conto del quale essi agiscono in modo da esporre a pericolo i propri beni giuridici o comunque tralasciano misure di sicurezza o di controllo delle fonti del pericolo¹⁹⁵.

rispetto alla fonte di pericolo o al titolare del bene giuridico, con tale intendendosi non una vicinanza di carattere spaziale, bensì di tipo interiore, sociale o tra compagni di vita (*innere, soziale, mitmenschliche Nähe*). L'essere vicino significa essere vicino al pericolo, a ciò che si svilupperà nella linea causale sfociante nell'evento lesivo¹⁹².

¹⁹³ BÄRWINKEL R. B., *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1968, 108 ss. L'Autore prende le mosse dalla considerazione secondo cui ogni individuo svolge una funzione materiale specifica all'interno del gruppo, la quale determina in modo non interscambiabile la sua posizione all'interno del gruppo stesso. Dalla posizione discende a sua volta un ruolo, che corrisponde al modo in cui il soggetto deve adempiere alle pretese vantate nei suoi confronti. L'omesso impedimento di un evento può quindi essere penalmente imputato ad un soggetto solo quando l'azione impeditiva sia richiesta dal ruolo e il compimento della stessa è a sua volta indispensabile per evitare il turbamento del vivere comune. In altre parole, solo quando lo svolgimento del ruolo sociale è necessario all'utilità del vivere in comunità, esso costituisce un elemento strutturale del rapporto di garanzia, e l'omittente assume la funzione di garante.

¹⁹⁴ BRAMMSEN J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, Berlin, 1986, 95; OTTO H.-BRAMMSEN J., *Die Grundlagen der strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, in *Jura*, 1985, 530 ss.; L'uomo non può curare i propri interessi senza interagire con altri uomini, nei cui confronti egli sviluppa delle aspettative comportamentali, aventi ad oggetto azioni od omissioni. Solo le aspettative comportamentali, che divengono oggetto di previsione normativa, e che quindi assumono un carattere vincolante (*Muß-Erwartungen*), possono costituire oggetto di tutela penale e venire in rilievo con riferimento alla configurabilità dei reati omissivi impropri. Le stesse posizioni di garanzia trovano fondamento in *Muß-Erwartungen*, ovvero in aspettative vincolanti, aventi ad oggetto un comportamento positivo, con efficacia impeditiva di eventi lesivi, nonché normativamente riconosciute e collegate all'assunzione di una peculiare posizione nella società. Da questa discendono specifici poteri di influenza di natura pre-penalistica (*besondere vorstrafrechtliche Eingriffsbefugnisse*) ed obblighi di protezione o di sicurezza. Pertanto l'aspettativa comportamentale rivolta ad un garante si concretizza nell'affidamento allo stesso di uno specifico ambito di influenza sociale (*Überantwortung eines sozialen Einflussesbereiches*), con attribuzione della responsabilità per il medesimo. Ciò consente ai consociati di organizzare la propria vita quotidiana nella prospettiva dell'adozione, da parte del garante, del comportamento impeditivo di eventi lesivi dei propri beni giuridici. Una violazione dell'affidamento della sfera di influenza costituisce pertanto fattore di anti-giuridicità, ogni qualvolta il garante sapeva o avrebbe dovuto sapere che altre persone confidavano nel suo intervento impeditivo. In questo senso la condizione del garante si manifesta nelle "aspettative dell'aspettativa" (*Erwartungserwartungen*), ovvero nell'attesa, da parte del garante, della pretesa altrui di un proprio comportamento impeditivo di eventi lesivi di beni giuridici.

¹⁹⁵ In tal senso in particolare VOGLER T., *Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt*, in *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1976, 271. Tra i teorici dell'affidamento come criterio di individuazione di posizioni di garanzia, si vedano altresì: WOLFF E.A., *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg, 1965, 33 ss., in base alla quale la posizione di garanzia si fonda sulla preesistenza di un rapporto di dipendenza tra persona offesa ed omissente, tale per cui la prima è eccezionalmente carente di autonomia e della facoltà di auto-organizzarsi, che può tuttavia essere compensata da una attività altrui; WELP J., *Vorangeganes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin 1968, 171 ss.; 221, il quale riconduce all'ipotesi dell'ingerenza tutti i tipi di posizioni di garanzia, comunque sorte, ritenendo che, nell'indagine sull'equivalenza tra agire ed omettere, *tertium comparationis* debba essere sempre e comunque un'azione. In base a tale assunto dunque il contenuto proprio di una posizione di garanzia consiste nell'affidamento che un soggetto ripone nell'adozione da parte di un altro delle misure impeditive di un evento lesivo, il cui pericolo è stato creato da quest'ultimo con una precedente azione illecita o lecita. Con riferimento all'azione penalmente rilevante, infatti, si instaura tra autore e vittima una relazione di dipendenza dell'una dall'altro, consistente nell'affidamento che la vittima ripone

Infine deve darsi conto delle impostazioni dottrinali imperniate sul concetto di signoria (*Herrschaft*), intesa come signoria dell'autore sul decorso causale sfociante nell'evento lesivo del bene giuridico¹⁹⁶.

In particolare si fa riferimento alla teoria di Bernd Schünemann, che elegge l'*Herrschaft über den Grund des Erfolgs* (signoria sulla causa dell'evento) ad elemento fondante la responsabilità tanto commissiva quanto omissiva¹⁹⁷.

Rispetto alle fattispecie commissive, l'Autore osserva che ciò che consente di imputare personalmente un evento ad un soggetto non può essere la sola sussistenza del nesso causale, di natura materiale, tra il movimento corporeo e il verificarsi dell'evento: in ipotesi di caso fortuito, infatti, benché il movimento corporeo inneschi il decorso causale, l'evento non è imputato alla persona dell'autore, che non ne risponde. Pertanto, oltre al nesso eziologico di tipo naturalistico, tra la persona e il movimento corporeo deve intercorrere una relazione, che si risolve nel dominio della prima sul secondo, ovvero sulla causa dell'evento¹⁹⁸.

Il dominio sul movimento corporeo non è che la specificazione, nel campo dei delitti commissivi, di un generale criterio di imputazione di un evento ad un soggetto¹⁹⁹: se al

nell'omissione del comportamento lesivo. Parimenti la stessa confida nell'omissione dell'azione precedente, dalla quale insorge il pericolo, affidamento che assume poi ad oggetto l'adozione delle misure necessarie ad evitare l'insorgere dell'evento; KÜHNE H.H., *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug. Wettbewerbspraktiken im Lichte des Paragraphen 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Kehl am Rhein, 1978, 81, per il quale l'affidamento produttivo di una posizione di garanzia è solo quello determinato alternativamente dalla causazione, mediante azione precedente, di una situazione di pericolo da parte di un certo soggetto ovvero da un rapporto fiduciario di natura contrattuale o di diritto pubblico

¹⁹⁶ ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2003, 9 ss. Il concetto di *Herrschaft* affonda le proprie radici nella concezione roxiniana del reato, imperniata attorno alla figura dell'autore. I delitti, infatti, si distinguono in tre categorie: sono definiti *Herrschaftsdelikte* quei delitti in cui l'autore (*Täter*) è chiunque detenga la signoria sul fatto (*Tatherrschaft*), ovvero colui che esercita un dominio, esclusivo o condiviso con altri soggetti, sul decorso causale e quindi sulla realizzazione del reato stesso. In questo senso *Täter* è chi si pone al centro del decorso causale e ne è *Zentralgestalt*, ovvero il fulcro. Si rinvia quindi alla prima opera dell'Autore in tema di autoria e partecipazione, cui si ispirarono altresì le teorie in esame: ROXIN C., *Täterschaft und Teilnahme*, Berlin, 1963.

¹⁹⁷ SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971.

¹⁹⁸ SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit. 236. In particolare, l'Autore rileva come una persona sana a livello fisico-psichico sia in grado di dominare i propri movimenti corporei, si da minimizzare o comunque mediare rispetto a qualunque ricaduta che da essi possa derivare. In un diritto penale fondato sulla personalità della responsabilità penale, la punibilità di un movimento corporeo non può che fondarsi sulla signoria che l'autore ha sulla propria persona. Per contro, quindi, spasmi epilettici o movimenti corporei, cui si è costretti da una forza invincibile, pur potendo cagionare delle lesioni, non sono attribuibili alla persona, in quanto non consistono in un'espressione del dominio personale sul corpo. Quindi, poiché nell'azione il movimento corporeo si profila quale causa diretta dell'evento in virtù del nesso causale, l'Autore ritiene che il "dominio diretto sulla causa diretta dell'evento" funga da causa mediata rispetto all'evento stesso.

¹⁹⁹ SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit. 237.

movimento corporeo si sostituisce un fattore esterno, l'evento da questo determinato può essere imputato a colui il quale, pur dominando il decorso causale, non è intervenuto per impedirne la completa realizzazione.

Pertanto la signoria sulla causa dell'evento, qualunque essa sia²⁰⁰, assurge a *tertium comparationis* per l'equiparabilità dell'omissione alla commissione e costituisce il fondamento della posizione di garanzia²⁰¹.

Garante è dunque il soggetto vincolato alla tutela di un bene giuridico in ragione del rapporto di signoria con l'elemento causale, un rapporto sostanziale, di natura penalistica, necessariamente attuale (*aktuell*), concreto e non meramente potenziale²⁰², nonché preesistente rispetto all'insorgere del pericolo, in quanto la relativa fonte o il bene giuridico minacciato sottostanno già anticipatamente al controllo del garante²⁰³.

Carattere comune alle teorie esposte è lo scarso interesse per la fonte giuridica dell'obbligo di impedire l'evento, per l'insorgere del quale si ritiene sufficiente l'instaurarsi di fatto dei rapporti esaminati. Con l'eccezione di una parte dei sostenitori

²⁰⁰ SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit. 241. Ai fini di una concretizzazione del generale principio enunciato, l'Autore individua la causa dell'evento in un dato esterno alla persona dell'omittente, più precisamente in uno degli anelli del decorso causale stesso (*eine Station des Kausalverlaufs selbst*) ovvero nella vulnerabilità della vittima (*Anfälligkeit des Opfers*). Evidente, quindi, è la corrispondenza della bipartizione della causa dell'evento con la contemporanea distinzione tra posizioni di garanzia di controllo e posizioni di garanzia di protezione, così come chiaramente delineata da Kaufmann.

²⁰¹ Analogamente RUDOLPHI H. J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, 98 s., procedendo alla ricognizione dell'elemento comune ad azione ed omissione, rileva che al centro dell'azione, elemento di base tipico di ogni reato commissivo, vi è l'uomo. Questi, potendo calcolare il decorso causale e comprenderlo nella sua portata sociale, nonché avendo la forza di guidare la propria azione ad uno scopo e ad un determinato contenuto, "ha in mano la realizzazione del disvalore tipico dell'azione". Esso cioè è pienamente riposto in una decisione determinante (*maßgebliche Entscheidung*) dell'agente circa il se (*Ob*) realizzare o meno l'evento lesivo. Parimenti, dunque, affinché l'omissione sia equiparabile ad un'azione, l'omittente deve esercitare nella vita sociale una funzione di protezione nel senso sopra descritto, in forza della quale sia chiamato ad impedire i pericoli che minacciano il bene giuridico sottoposto alla propria tutela. Nell'espletamento di tale funzione deve quindi spettare al soggetto la decisione determinante circa il verificarsi dell'evento lesivo, sì da poter essere riconosciuto come detentore di una posizione centrale nel decorso causale (*Zentralgestalt*) e, quindi, come garante.

²⁰² SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit. 242.

²⁰³ SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit. 243 ss. Un potere meramente "potenziale", deve infatti essere ritenuto privo di qualsivoglia rilevanza, in quanto non rientra nel significato letterale del concetto di *Herrschaft*, né può fondare un'imputazione in un diritto penale basato sul principio della responsabilità personale dell'uomo e sulla libera autodeterminazione dello stesso. In tal senso l'Autore assume più chiara posizione successivamente in SCHÜNEMANN B., *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, in GIMBERNAT E., SCHÜNEMANN B., WOLTER T., *Internationale Dogmatik der Objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1995, 72, ove supera le critiche rivoltegli da parte della dottrina, circa la consistenza meramente potenziale della sua *Herrschaft*, affermando che in realtà deve trattarsi non solo di un dominio preesistente.

delle teorie sociologiche²⁰⁴, nel vigore del previgente codice penale, la dottrina tedesca vedeva nell'assenza di un dettato normativo la causa ostativa al fondamento giuridico della responsabilità omissiva impropria e, pur riconoscendo la carenza di determinatezza e tassatività delle fattispecie così enucleate²⁰⁵, affermava la necessità di desumere la posizione di garanzia dell'omittente dalla "realità delle cose"²⁰⁶ ovvero dai fatti della vita reale²⁰⁷, eventualmente ma non necessariamente riconosciuti dalla legge o da altre fonti formali.

Sotto questo profilo, l'adozione del nuovo *Strafgesetzbuch* e l'introduzione al § 13 StGB di un'espressa disciplina della commissione di reati mediante omissione (*Begehen durch Unterlassen*), non ha portato tuttavia al definitivo superamento dell'applicazione di criteri esclusivamente materiali per l'individuazione della posizione di garanzia. Per comprendere l'attuale stato della materia nell'ordinamento tedesco appare opportuna una breve analisi della norma.

²⁰⁴ OTTO H.- BRAMMSEN J., *Die Grundlagen der strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, 537; BRAMMSEN J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, cit., 96 s. Secondo gli Autori della teoria sociologica dell'aspettativa quale fondamento della posizione di garanzia, le aspettative rilevanti si originano ed esistono nella vita reale ed è poi il legislatore a selezionarle e cristallizzarle, rendendole certe ed indirizzando i comportamenti dei consociati. Dunque solo le aspettative comportamentali, che divengono oggetto di previsione normativa, e che quindi assumono un carattere vincolante (*Muß-Erwartungen*), possono costituire oggetto di tutela penale e venire in rilievo con riferimento alla configurabilità dei reati omissivi impropri.

²⁰⁵ KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 281. Ad avviso dell'autore, infatti, il problema di un contrasto con il principio di legalità, palese rispetto ad un'affermazione di assoluta mancanza di un fondamento normativo delle fattispecie omissive improprie, non è superato nemmeno dalle teorie della causalità e della giuridicità, formali e materiali, se coerentemente sviluppate. Nessuna ricostruzione dogmatica può "riempire le lacune evidentemente insite nella struttura normativa della fattispecie attiva".

²⁰⁶ SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit. 231 ss., in particolare 233-234, ove l'Autore esprime l'esigenza di individuare nell'azione quella struttura immanente (*der sachlogische Grund*), che la rende penalmente rilevante e che pertanto deve essere individuata altresì nell'omissione per dichiararne l'equivalenza rispetto all'azione e la relativa punibilità. Solo successivamente in SCHÜNEMANN B., *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, in GIMBERNAT E., SCHÜNEMANN B., WOLTER T., *Internationale Dogmatik der Objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, in risposta alle critiche di indeterminatezza del concetto di *Herrschaft*, l'Autore afferma la necessità altresì di un fondamento giuridico della signoria, rilevando tuttavia soltanto come in una società, che non conosce l'istituto giuridico del possesso, non sia concepibile nemmeno il dominio fattuale. Inoltre riconosce di aver da sempre ritenuto necessaria la sussistenza di un potere giuridico di comando ai fini della configurazione di una posizione di garanzia di impedimento del fatto di persone capaci (sul punto SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., 330).

²⁰⁷ KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 305 e 283 si riferisce in un passo della sua opera, alla posizione di garanzia come *Lebensverhältnis*, rapporto concreto, reale, letteralmente "di vita". In quanto, poi, alle relazioni di protezione e controllo, formalmente previste da una fonte giuridica, come ad esempio le relazioni sorgenti da obblighi contrattuali ma di per sé non esistenti in natura, a differenza dei vincoli familiari o del legame tra bene giuridico posto in pericolo da una precedente azione pericolosa e l'agente, ne afferma la necessaria assunzione di fatto.

Il § 13 StGB prevede che colui il quale omette di impedire l'evento di una fattispecie tipica prevista da una legge penale, è punibile in base a tale legge se *giuridicamente tenuto a garantire* (*rechtlich dafür einzustehen hat*) che lo stesso evento non si verifichi e soltanto qualora vi sia una *corrispondenza* tra omissione e causazione della fattispecie mediante azione (*das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht*)²⁰⁸.

Il legislatore tedesco ha così esplicitamente riconosciuto rilevanza penale al mancato impedimento di un evento in presenza di due requisiti: la sussistenza di un dovere giuridico di garanzia e la corrispondenza tra azione ed omissione.

A partire da quest'ultimo, si rileva come l'introduzione di un'*Entsprechungsklausel* abbia suscitato non pochi dubbi in ordine a significato ed ambito applicativo²⁰⁹.

L'opinione tuttora dominante la interpreta come requisito di equivalenza delle modalità dell'azione (*Modalitätenäquivalenz*), il quale trova applicazione soltanto nell'ambito dei delitti a forma vincolata. Poiché infatti l'omissione non può corrispondere alla condotta così come descritta dalla fattispecie legislativa, sarebbe necessario un *quid pluris* per compensare l'assenza delle specifiche modalità dell'azione normativamente prescritte.

In particolare, l'equivalenza delle modalità della condotta consisterebbe nel "medesimo significato sociale" del comportamento attivo ed omissivo²¹⁰.

²⁰⁸ Il secondo comma prevede poi la facoltà per il giudice di ridurre la pena, motivo per cui al primo comma si richiede che azione ed omissione non siano equivalenti (*gleichwertig*), bensì meramente corrispondenti (*entsprechend*). Sul punto GRASSO G., *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo § 13 del codice penale della repubblica federale tedesca*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1978, 906 ss., riferisce come l'introduzione di tale attenuante sia avvenuta su spinta di quella parte della dottrina (Gallas, Kaufmann, Jescheck, Grünwald) che attribuiva all'omissione un'inferiore misura di colpevolezza.

²⁰⁹ GRASSO G., *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo § 13 del codice penale della repubblica federale tedesca*, cit., 899, il quale rileva come una simile clausola, concepita dal legislatore tedesco allo scopo di restringere la sfera delle omissioni penalmente rilevanti, possa essere fonte di una maggiore incertezza nella ricostruzione delle fattispecie omissive improprie. I dibattiti che ne sono nati hanno infatti dimostrato la possibilità che essa apra un varco alla discrezionalità del giudice, che in concreto dovrà individuare gli elementi su cui si basano la corrispondenza di azione ed omissione e quindi la punibilità del mancato impedimento di un evento.

²¹⁰ SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, 279; JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 629; KÜHL K., *Die strafrechtliche Garantenstellung- Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung*, in *Jus* 2007, 498; RANSIEK A., *Das unechte Unterlassungsdelikt*, in *Jus* 2010, 589; STREE W.- BOSCH N., *sub § 13*, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2014, 207 s.. Un'opinione minoritaria ritiene invece applicabile a qualsiasi fattispecie la clausola di equivalenza, ravvisando la necessità cioè che, in una valutazione complessiva del relativo disvalore, la fattispecie omissiva corrisponda a quella attiva. In tal senso, di recente, KARGL W., *Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen*, in *ZStW*, 2007, 250. Come riporta HAAS V., *sub § 13*, in (a cura di) MATT H.-RENIKOWSKI J., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2013, 132, in giurisprudenza non sembra esservi unanimità di vedute, dal momento che talora la corrispondenza è stata interpretata come equivalenza delle modalità

In quanto invece al secondo requisito di punibilità, che più rileva ai fini della presente analisi, il § 13 *StGB* prevede esplicitamente la titolarità, in capo all'omittente, di un dovere *giuridico* di garantire l'impedimento dell'evento. A sua volta, dunque, il requisito in esame si scompone di due elementi: la giuridicità dell'obbligo e il carattere sostanziale-funzionale, che consenta di distinguere tra obblighi di agire effettivamente dotati di rilevanza penale e obblighi che ne siano privi.

Ad un'analisi della dottrina e della giurisprudenza più recenti, il requisito della giuridicità appare tuttavia inteso in modo elastico, non strettamente formale.

Sono infatti usualmente annoverate tra le fonti degli obblighi di garanzia per l'omesso impedimento dell'evento non solo la legge ed il contratto, ma altresì la creazione di un pericolo mediante l'azione precedente, la sussistenza di una stretta comunità di vita, sorretta dall'affidamento nell'altrui intervento a tutela dei propri beni giuridici, nonché l'assunzione di fatto di compiti di tutela²¹¹. Rimangono privi di rilevanza penale i doveri di natura morale (*sittliche Pflichten*)²¹², nonché la mera possibilità di fatto di impedire l'evento²¹³.

Del resto, il riferimento ad un non definito dovere "di garanzia" non ha risolto il problema della determinazione dei contorni della fattispecie di omesso impedimento

della condotta passiva a quella attiva a forma vincolata, talaltra invece la ricerca di una corrispondenza tra azione ed omissione è stata talora condotta anche con riferimento a fattispecie causalmente orientate, quale il delitto di omicidio di cui al § 212 *StGB*.

²¹¹ JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 621; KINDHÄUSER U., *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden, 2013, 142; STREE W.- BOSCH N., *sub § 13*, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., 209 e giurisprudenza ivi richiamata.

²¹² In tal senso KINDHÄUSER U., *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, cit., 142; STREE W.- BOSCH N., *sub § 13*, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit. 209; HAAS V., *sub § 13*, in (a cura di) MATT H.-RENIKOWSKI J., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, cit., 134, sottolinea come alcune pronunce, soprattutto relative ad obblighi di protezione in ambito familiare, si siano richiamate a doveri di natura morale, sebbene la giurisprudenza abbia in generale stabilito che solo quegli obblighi, che per volontà della comunità giuridica devono essere ritenuti giuridicamente vincolanti, assumono appunto natura giuridica e possono acquisire altresì rilevanza penale ai sensi del § 13 *StGB*. Per una riflessione sulla difficile distinzione tra doveri giuridici e morali si veda in particolare VOGEL J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte*, Berlin, 1993, 125 s. Sull'interpretazione dell'aggettivo „*rechtlich*“ si veda in particolare KÜHL K., *Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Rechtsdogmatik und Verfassungsrecht*, in *Festschrift für R.D.Herzberg zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2008, 184, il quale, chiarendo come lo stesso possa essere inteso in contrapposizione all'aggettivo „*etico-morale*“ ovvero all'aggettivo „*sostanziale*“, esprime una preferenza per il primo significato, con conseguente rilevanza penale degli obblighi non meramente morali. Il rinvenire infatti la giuridicità nelle sole norme formali comporterebbe inevitabilmente una esclusione di situazioni meramente sostanziali che sono tradizionalmente riconosciute idonee a fondare una posizione di garanzia.

²¹³ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), 21. 11. 2002 - 2 BvR 2202/01, in *NJW*, 2003, 1030.

dell'evento²¹⁴, imponendo e allo stesso tempo consentendo all'interprete di ricorrere ai criteri di tipo sostanziale elaborati dalla dottrina negli ultimi decenni del secolo scorso²¹⁵.

Tuttavia questi ultimi, talora indicati quali veri e propri “*caratteri non descritti della fattispecie tipica*”²¹⁶, sulla scia della tradizione dottrinale antecedente all'adozione dell'attuale codice penale, non assumono soltanto una funzione selettiva degli obblighi giuridici impeditivi penalmente rilevanti, ma possono costituirne il primario fondamento, a prescindere da previsioni espresse²¹⁷.

Così, se si riconosce rilevanza penale agli obblighi di protezione tra coniugi previsti dal § 1353 BGB, purché sussista altresì un rapporto di reciproca fiducia ed affidamento²¹⁸, quest'ultimo è talora ritenuto di per sé sufficiente a produrre i medesimi obblighi tra soggetti avvinti da una stretta comunità di vita eppure non coniugati, quindi non soggetti alla disciplina legale, né a qualunque altro obbligo scritto²¹⁹.

Il ricorso ad interpretazioni integrative della norma in esame attraverso il richiamo a fonti fattuali e principi materiali, per poter definire il contenuto della posizione di garanzia e così delimitare il novero degli obblighi impeditivi penalmente rilevanti, ha

²¹⁴ In tal senso si veda GRÜNWARD G., *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, in *ZStW*, 1970, 413, a proposito dei lavori di riforma del codice penale condotti dalla *Große Strafrechtskommission*.

²¹⁵ STREE W.- BOSCH N., *sub § 13*, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., 206. In particolare, WEIGEND T., *sub § 13*, in (a cura di) LAUFHÜTTE H. W., RISSING – VAN SAAN R., TIEDEMANN K., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2007, 817, riferisce come la norma in esame non contenga alcun riferimento a possibili parametri contenutistici della posizione di garanzia per esplicita volontà del legislatore che ritenne non ancora maturi i tempi per una tale determinazione. Ciò a differenza degli autori dell'*Alternativ-Entwurf*, i quali al § 12 dell'*AE* avevano previsto due elementi costitutivi della posizione di garanzia, al fine di delimitare la sfera della responsabilità omissiva impropria: 1) l'assunzione spontanea o in forza di legge, nei confronti della collettività o del danneggiato, dell'obbligo giuridico di impedire un evento; 2) la creazione di un pericolo prossimo alla verifica dell'evento lesivo.

²¹⁶ BGH, 29.05.1961 - GStt 1/61, in FISCHER T., *sub § 13*, in *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München, 2014, 96.

²¹⁷ STREE W.- BOSCH N., *sub § 13*, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., 209.

²¹⁸ BGH, 24.07.2003 - 3 StR 153/03, in *NJW*, 2003, 3212, ove si riconosce che la posizione di garanzia di protezione gravante sui coniugi ai sensi del § 1353 BGB sopravvive anche ad una temporanea separazione di fatto o al distacco emozionale tra i coniugi, fondandosi quindi il dovere di impedire eventi lesivi dell'altrui vita od integrità fisica meramente sulla norma di legge.

²¹⁹ FISCHER T., *sub § 13*, in *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., 101. In questo senso, se da un lato si nega che rapporti simili a quello coniugale, quale la convivenza domestica o il fidanzamento, possano di per sé fondare posizioni di garanzia, non applicandosi nel caso di specie la disciplina legale di cui al § 1353 BGB, cionondimeno un dovere impeditivo può sorgere in presenza di particolari caratteristiche del rapporto, come ad esempio l'assunzione di fatto dell'impegno a garantire la reciproca sicurezza e il rapporto fiduciario che così si instaura tra i conviventi.

suscitato dubbi di legittimità costituzionale della stessa per contrasto col principio di legalità di cui all'Art. 103, comma 2 GG²²⁰.

In particolare, alcuni Autori rilevano come il § 13 StGB contrasti con il principio di legalità e determinatezza, non offrendo la norma alcun parametro immediato di corrispondenza tra il mancato impedimento di un evento e la causazione attiva dello stesso, con conseguente deficit di precisione nella descrizione della fattispecie omissiva impropria²²¹.

In base a tale opinione minoritaria, il superamento del deficit di determinatezza potrebbe essere perseguito attraverso la trasformazione delle fattispecie omissive da improprie a proprie²²², con espressa previsione nella parte speciale del codice, ovvero limitando gli obblighi penalmente rilevanti a quelli previsti dalla legge o in via contrattuale, nell'effettivo rispetto così del principio *nulla poena sine lege*²²³.

I rilievi di incostituzionalità non sono stati accolti tuttavia dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*²²⁴, secondo cui il requisito della sufficiente determinatezza non impedisce al legislatore di ricorrere anche a concetti che necessitano di un'interpretazione giurisprudenziale.

²²⁰ ROXIN C., *Kausalität und Garantstellung bei den unechten Unterlassungen*, GA, 09, 73; OTTO H., *Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung*, in *NJW*, 1974, 528. Prima dell'entrata in vigore del § 13 StGB, con riferimento all'incriminazione delle condotte omissive improprie si ravvisava una violazione del principio di legalità sotto il profilo del divieto di interpretazione analogica. In assenza di esplicite previsioni legislative, l'applicazione della norma incriminatrice di una fattispecie commissiva ad una condotta omissiva comportava infatti un'estensione della sfera del penalmente rilevante a situazioni non tassativamente contemplate dalla legge. Tale opinione non era condivisa da FREUND G., *Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für R.D. Herzberg*, Tübingen, 2008, 241, secondo cui alla base dell'azione e dell'omissione vi è un comune principio di imputazione (nel caso di specie una *Sonderverantwortung*), motivo per cui l'applicazione delle norme incriminatrici di condotte attive non avrebbe costituito alcuna violazione del divieto di analogia nemmeno prima dell'introduzione di un'apposita disciplina dei reati omissivi impropri. Secondo ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 637; JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 609, con la previsione nel § 13 StGB del requisito della punibilità dell'omissione in base ad una norma incriminatrice di parte speciale ed in presenza di una posizione di garanzia, si ritiene superato il vizio di applicazione analogica delle fattispecie commissive. Per contro rileva OTTO H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtlehre*, Berlin-New York, 2000, 154, come non sia possibile superare la censura di legittimità costituzionale per violazione del divieto di analogia, nemmeno attraverso il ricorso alla norma di cui al §13 *StGB*, laddove si ritenga che le fattispecie commissive descrivano condotte attive specifiche, cui non possa essere ricondotta alcuna forma di omissione senza violare il divieto di analogia.

²²¹ KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit. 280 ss; GRÜNWARD G., *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, cit. 425; SCHÖNE W., *Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz*, Köln, Berlin, Bonn, München, 280, 342 ss..

²²² GRÜNWARD G., *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, cit. 425; SCHÖNE W., *Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz*, Köln, Berlin, Bonn, München, 280, 342 ss.

²²³ SEEBODE M., *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts*, in *FS für Günther Spindel*, Berlin-New York 1992, 328, 344.

²²⁴ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 21. 11. 2002 - 2 BvR 2202/01, cit., 1030.

In particolare, per quanto concerne le posizioni di garanzia, la Corte Costituzionale tedesca ha riconosciuto che la presenza di un obbligo giuridico, nell'ampia accezione di cui si è detto, e di un'impostazione giurisprudenziale chiara e consolidata consentono di prevedere la punibilità del proprio comportamento omissivo, soddisfacendo l'esigenza alla base del principio di determinatezza: rendere riconoscibile, già in base alla lettera della norma, l'ampiezza e la sfera di applicazione della fattispecie tipica, la cui concretizzazione può essere poi lasciata all'interprete²²⁵.

Cionondimeno la posizione di garanzia, invocata come fondamento della punibilità per omesso impedimento, è innegabilmente un concetto che di per sé individua solo la sussistenza di un particolare rapporto tra l'omittente e il decorso degli eventi²²⁶. La determinazione di tale rapporto, tuttavia, richiede- secondo unanime opinione- un'ulteriore sforzo interpretativo, con conseguente allontanamento dal dato strettamente normativo.

Perciò, a seguito dell'accoglimento dell'istituto della *Garantenstellung* anche da parte di dottrina e giurisprudenza italiane, la nostra scienza penalistica ha avvertito la necessità di conciliare con i principi costituzionali in materia penale l'esigenza di un fondamento misto formale-sostanziale del dovere di impedire l'evento ex art. 40, comma 2 c.p..

Nel paragrafo seguente si darà conto, quindi, dell'evoluzione della materia in Italia, fino all'attuale ricostruzione costituzionalmente orientata della posizione di garanzia, quale presupposto oggettivo della responsabilità commissiva per omissione.

2.4 Il recepimento della posizione di garanzia nell'ordinamento italiano: la rilevanza del potere-dovere giuridico impeditivo in una ricostruzione costituzionalmente orientata.

Nel nostro Paese l'esigenza di individuare il fondamento sostanziale della punibilità del mancato impedimento di un evento emerge più tardi.

²²⁵ Accolgono l'orientamento dei giudici costituzionali JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 786 s.; ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 637 s., il quale osserva che, attenendosi strettamente all'ulteriore requisito della corrispondenza (*Entsprechungsklausel*) in fase di interpretazione, la norma appare essere sufficientemente determinata, senza per altro contare che l'esigenza di determinatezza deve essere limitata in tutti quei casi- come quello di cui al §13- in cui il legislatore ha consapevolmente lasciato a dottrina e giurisprudenza il compito di definire ulteriormente la portata delle norme;

²²⁶ In questo senso si condivide la posizione di GRÜNWARD G., *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., 413.

Il legislatore italiano del 1930, infatti, aveva provveduto a disciplinare l'omissione impropria con il disposto di cui all'art. 40, comma 2 c.p., ricalcando gli assunti della *formelle Rechtspflichttheorie* e favorendo così un'adesione unanime della dottrina dell'epoca all'equiparazione dell'omettere all'agire sul piano dell'antigiuridicità, attribuendo rilevanza penale alla violazione di qualsivoglia obbligo giuridico dal contenuto impeditivo, purché posto da una fonte formale dell'ordinamento²²⁷.

Anche la giurisprudenza aderì ai principi della teoria formale, subordinando la punibilità per il mancato impedimento di un evento alla sussistenza di una norma comportamentale di comando²²⁸.

A partire dagli anni '70 del secolo scorso, l'avvertita insufficienza della spiegazione formale e l'influsso delle elaborazioni dottrinali d'oltralpe solleccarono l'indagine sul profilo sostanziale-contenutistico della responsabilità commissiva per omissione.

Fu dunque recepita ed applicata la figura della posizione di garanzia così come elaborata in Germania, quale perno della struttura obiettiva del reato omissivo improprio, senza che da ciò derivasse un abbandono o un ridimensionamento delle istanze formali.

Salvo l'eccezionale adesione di Fiandaca all'impostazione materiale dell'*Herrschaftstheorie*²²⁹, nel nostro ordinamento si è venuta infatti ad affermare la

²²⁷ Si rinvia sul punto agli Autori citati al § 2.3.

²²⁸ Si richiamano le rassegne giurisprudenziali di SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 122 ss, nota 11 e, con specifico riferimento alla responsabilità per il mancato impedimento del reato altrui, BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1352 ss., dalle quali emerge, in seno alla giurisprudenza italiana fino agli anni '70 del secolo scorso, la stretta osservanza degli assunti della teoria formale, con conseguente affermazione della responsabilità commissiva mediante omissione solo in presenza di obblighi giuridici di impedimento. Paradigmatico in tal senso il caso deciso nel 1932 dalla Corte di Cassazione con sentenza assolutoria a favore di un figlio imputato di parricidio, per non aver impedito alla moglie di uccidere il proprio padre, nonostante la preventiva conoscenza, da parte dell'imputato, dei piani omicidi di lei, e ciò in ragione dell'assenza di un obbligo giuridico di protezione espressamente imposto da una norma al figlio nei confronti dei genitori, obbligo esistente sul solo piano morale, ma perciò penalmente irrilevante. Per contro, essendo espressamente sancito nella legislazione vigente un corrispondente dovere del genitore nei confronti del figlio, con una sentenza degli stessi anni la Suprema Corte condannava il padre per il mancato impedimento del delitto di omicidio pianificato in ambito familiare a danno del ragazzo.

²²⁹ FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 134 ss; 162 ss. Nell'affermare la necessità di un ridimensionamento dell'istanza di giuridicità formale, recepita dall'art. 40, comma 2 c.p., l'Autore individua il fondamento dell'equivalenza tra azione ed omissione in "criteri di derivazione penalistica", ovvero essenzialmente nella posizione di garanzia, quale "signoria su alcune delle condizioni essenziali del verificarsi dell'evento tipico". Il concetto di signoria è a sua volta alla base del generale principio di imputazione di un evento ad un soggetto, che funge da *tertium comparationis* ai fini del giudizio di equivalenza, così come rilevato da Schünemann. Il garante, pertanto, è colui che, al pari dell'autore, interviene sul processo causale, innescato tuttavia non dal proprio movimento corporeo, bensì da forze esterne, naturali o umane, con il potere di frustrarne l'attivazione stessa. Per Fiandaca, il dominio sul

teoria c.d. mista della responsabilità commissiva mediante omissione, in quanto volta a conciliare il dato formale richiesto dall'art. 40, comma 2 c.p., con quello strettamente materiale-funzionale della posizione di garanzia, al fine di selezionare i soli obblighi impeditivi, la cui violazione equivalga alla causazione dell'evento tipico verificatosi²³⁰.

Tra le prime espressioni della concezione mista si deve ricordare l'impostazione di Sgubbi, la cui peculiarità consiste nell'aver distinto sul piano ontologico e normativo la posizione di garanzia dall'obbligo di attivarsi per impedire l'evento lesivo: la prima troverebbe fondamento nella legge extrapenale o nella Costituzione²³¹, che individuano il destinatario dell'obbligo giuridico impeditivo, investendolo della funzione di tutela di un bene giuridico bisognoso di protezione²³².

L'obbligo impeditivo, invece, si innesterebbe nel vincolo di garanzia e, al pari delle norme cautelari, la cui violazione è presupposto della responsabilità colposa, avrebbe contenuto preventivo: scopo del dovere di attivarsi, infatti, sarebbe quello di evitare il verificarsi di eventi lesivi dello stesso tipo di quello verificatosi, discendano essi direttamente dall'attività pericolosa svolta da un soggetto, perciò vincolato all'osservanza di misure cautelari, ovvero da fattori gestiti dal soggetto, gravato perciò da una posizione di garanzia di controllo. Ove invece il vincolo di salvaguardia sia volto

decorso causale non può essere caratterizzato soltanto dall'attualità: lo stesso deve altresì preesistere all'insorgenza del pericolo per il bene giuridico. Diversamente sarebbe vanificata la funzione di tutela rinforzata di un certo bene, che *ab origine* si trova in una condizione di maggiore fragilità e quindi di inferiorità, da riequilibrarsi proprio mediante l'instaurazione del vincolo di tutela. Per una più compiuta esposizione dell'*Herrschaftstheorie* si rinvia al § 2.3

²³⁰ Innanzitutto a sostegno della impostazione mista si devono ricordare i lavori monografici di SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 187 ss., 206 e GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 197 ss. Aderiscono inoltre alla teoria in esame MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 215 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, 115 ss.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I, art. 1-84*, cit., 391 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 160 ss.; Id., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 65 ss., questi ultimi rilevando, tuttavia, la necessità di un adeguamento della concezione mista ai principi costituzionali in materia penale, come si avrà modo di approfondire nel proseguo della trattazione. Anche in giurisprudenza si nota un'adesione alla concezione mista, con maggiore o minore dilatazione del requisito della giuridicità formale dell'obbligo impeditivo. Per una ricognizione degli orientamenti dominanti si veda BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, Bologna, 2011, 273 ss.

²³¹ SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 200 ss. In particolare sono rinvenibili posizioni di garanzia di rango costituzionale ogni qualvolta si prevedano dei vincoli di natura gerarchica tra beni, come ad esempio prevede l'art. 41, comma 2 Cost. tra la libertà di iniziativa economica privata e gli interessi della sicurezza, libertà e dignità umana.

²³² SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 191. L'Autore si rifà alla definizione di posizione di garanzia enucleata dalla dottrina tedesca, affermando che essa consiste in "una relazione di vincolo fra un soggetto ed un bene, per la quale quello è reso funzionale alla tutela di questo ed al punto che il bene della sua libertà personale risulta subordinato al bene da proteggere.

ad incrementare la protezione di un certo interesse rispetto al livello di autotutela di cui lo stesso è dotato, viene a configurarsi una posizione di garanzia di protezione, orientata all'impedimento di qualunque pericolo minacci il bene giuridico²³³.

In entrambi i casi alla posizione di garante “*fanno capo certi poteri di signoria sulla fonte da controllare o sul bene da proteggere, poteri il cui conferimento da parte dell'ordinamento è giustificato dalla necessità di un ottimale espletamento del compito suddetto*”²³⁴.

Individuato il fondamento legale o costituzionale del vincolo di tutela, secondo Sgubbi l'obbligo impeditivo che da esso scaturisce dovrebbe invece ritenersi affrancato dall'esigenza di un fondamento giuridico-formale, potendo essere dedotto dagli stessi parametri di prevedibilità ed evitabilità, in base ai quali si evince la norma comportamentale di natura cautelare²³⁵.

In base a tale ricostruzione il ruolo dell'art. 40, comma 2 c.p. ne esce fortemente ridimensionato, non valendo a fondare la responsabilità commissiva mediante omissione, ma soltanto a dichiarare quale ne sia il fondamento (la posizione di garanzia), altrove disciplinato²³⁶.

Secondo Grasso, al contrario, oggetto di previsione normativa dovrebbe essere proprio l'obbligo impeditivo²³⁷, così come richiesto dall'art. 40, comma 2 c.p., disposizione fondamentale- e non meramente dichiarativa- nel sistema della responsabilità omissiva impropria, in quanto consente che la fattispecie commissiva disciplinata da una norma

²³³ SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 141 s, 234 ss.

²³⁴ SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 142.

²³⁵ SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 161. La responsabilità colposa e quella omissiva sono, secondo l'Autore, espressione di una medesima realtà, poiché in entrambi i casi si imputa un evento tipico di una fattispecie di parte speciale a seguito della violazione di una norma di carattere comportamentale extrapenale. Pertanto gli artt. 40, comma 2 e 43 c.p., disciplinando lo stesso fenomeno, devono possedere i medesimi requisiti di operatività, consistenti nello svolgimento di un'attività pericolosa o nell'investitura di una posizione di garanzia. Inoltre, tanto l'obbligo di garanzia, quanto le regole cautelari devono individuarsi attraverso i parametri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento concretamente verificatosi, talora, ma non necessariamente, cristallizzati in norme scritte.

²³⁶ SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 116, 187 ss.

²³⁷ GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit. 242, poiché comunque contribuiscono alla formazione del precetto penale, gli obblighi dal contenuto impeditivo devono essere senz'altro posti da una norma di legge ordinaria per aversi il pieno rispetto del principio di legalità e di riserva di legge. Una certa rilevanza alle norme contenute in fonti secondarie può essere riconosciuta qualora si limitino ad una funzione specificativa della fattispecie già precedentemente delineata nei suoi elementi essenziali dal legislatore, il che accade qualora sia necessario un apporto tecnico che solo il potere normativo secondario può dare.

penale di parte speciale sia integrata altresì mediante condotta passiva, contraria alla norma extrapenale di comando²³⁸.

La punibilità dell'omissione, tuttavia, non deriva dalla mera giuridicità dell'obbligo di attivarsi, il quale deve poter essere ricollocato, alla stregua di criteri funzionali, nell'alveo di una più complessa situazione di garanzia. Secondo l'Autore, tali criteri consisterebbero: nella corrispondenza tra l'evento verificatosi e quelli che l'obbligo era finalizzato ad evitare; nell'esistenza di un'istanza di protezione di determinati interessi, direttamente indicati dalla fonte giuridica dell'obbligo oppure indirettamente emergenti, in quanto minacciati dalla fonte di pericolo oggetto del controllo imposto dalla norma giuridica; nella specialità dell'obbligo giuridico, in quanto rivolto a determinati destinatari ed in funzione di protezione di determinati beni soltanto; nonché nella funzione di tutela dell'intervento del garante, dovendo essere la protezione di un bene l'oggetto immediato dell'obbligo, anche se indirettamente perseguita mediante il controllo di fonti di pericolo²³⁹.

Contrariamente agli assunti dell'*Herrschaftstheorie*²⁴⁰, per Grasso non assumerebbe generale rilievo, tra i requisiti materiali della fattispecie, il dominio fattuale sulla causa dell'evento, ovvero la possibilità di controllare ed influenzare i processi causali connessi alla posizione di garanzia ricoperta. Si tratterebbe infatti di un presupposto caratterizzante le sole posizioni di garanzia di controllo, consistenti proprio nell'esercizio di un potere di fatto su una cosa rientrante nella sfera di signoria del garante o su un'attività da lui gestita o controllata. Viceversa, le posizioni di protezione, così come quelle di impedimento del fatto illecito altrui postulerebbero soltanto un potere giuridico in capo al garante, che può prescindere dalla sussistenza di un dominio attuale sui fattori causali esterni,²⁴¹.

²³⁸ GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 249.

²³⁹ GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 252 ss.

²⁴⁰ Ci si riferisce in particolare all'elaborazione di Schünemann in Germania, per la cui disamina si rinvia al § 2.3 e di Fiandaca in Italia, che nella propria opera monografica aderisce all'impostazione dell'autore tedesco.

²⁴¹ GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 260 ss. La posizione dell'Autore trova corrispondenza nelle obiezioni mosse alla teoria di Schünemann da MAIWALD M., *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *JuS*, 1981, 480 e BRAMMSEN J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, cit. 76, circa l'inidoneità del concetto di signoria come potere di fatto a spiegare l'equivalenza tra l'agire e l'omettere. Secondo gli Autori, nonostante la presenza di un dominio di tipo fisico-materiale, non sempre è possibile attribuire a taluno il dovere di attivarsi per la tutela di un determinato bene. Viceversa, qualora la signoria in concreto manchi e tuttavia il soggetto detenga sul bene un dominio giuridico, può parimenti configurarsi un dovere di attivazione a sua tutela, così come frequentemente accade con riferimento alle posizioni di garanzia di protezione

In tali prospettazioni è agevole individuare l'influenza delle teorie materiali elaborate dalla dottrina tedesca: l'ancoraggio della responsabilità penale alla sussistenza di una posizione di garanzia come vincolo di tutela, la distinzione tra obblighi di protezione e controllo, la rilevanza (o meno) del dominio sul decorso causale, sono tutti fattori che gli Autori italiani, impegnati nella complessa ricostruzione della struttura del reato omissivo improprio, hanno recepito e coniugato con l'elemento della giuridicità imposto dall'art. 40, comma 2 c.p., inteso nel nostro ordinamento sempre in senso stretto, senza aperture a fonti di carattere fattuale, quale il precedente agire pericoloso o l'assunzione di fatto di compiti di tutela o la mera comunità di vita.

Secondo un più recente orientamento, tuttavia, un'adesione acritica alla teoria mista comporterebbe il perpetrarsi dei limiti delle teorie formali e sostanziali, consistenti da un lato nell'indiscriminata estensione della responsabilità penale per mancato impedimento di un evento, stante l'incapacità selettiva del criterio della giuridicità formale, dall'altro invece nella violazione del fondamentale principio di legalità, sotto i profili della riserva di legge e della determinatezza nella previsione di fattispecie penalmente rilevanti²⁴².

Perciò da alcuni Autori viene avanzata la proposta di una ricostruzione costituzionalmente orientata dell'obbligo di garanzia, improntata ai principi fondamentali del diritto penale: il principio di legalità-determinatezza, di libertà individuale, nonché di personalità della responsabilità penale²⁴³.

Procedendo con l'analisi di tale proposta, in base al principio di legalità, *sub specie* dei corollari della riserva di legge e della determinatezza, viene in rilievo la problematica delle fonti della posizione di garanzia. Soltanto la violazione di un obbligo impeditivo previsto da una fonte giuridica formale, non meramente morale, determina l'insorgere di

nell'ambito dei rapporti familiari. In particolare si cita ad esempio la figura della madre, sempre giuridicamente tenuta a prendersi cura dei propri figli, pertanto, anche se fuori casa e quindi priva di un dominio fattuale sul bene giuridico tutelando, tenuta a provvedere alla loro cura investendo un altro soggetto (babysitter, insegnante..) del proprio compito di tutela. Non così invece il ladro che, introdotto in casa in assenza dei genitori, si ritrovi nella possibilità di fatto di attivarsi per proteggere i bambini.

²⁴² Per una più diffusa esposizione della problematica si rinvia sul punto ai §§ 2.2 e 2.3.

²⁴³ MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 ss.; ID., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 163 s.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 79 ss.

una responsabilità penale per mancato impedimento di un evento dannoso o pericoloso²⁴⁴.

Il rispetto del principio di tassatività impone poi la sufficiente specificità del contenuto dell'obbligo giuridico: contrariamente all'impostazione di Sgubbi, ne risultano così esclusi gli stessi obblighi di natura costituzionale, che, per la genericità della relativa formulazione, sono inidonei a fondare la punibilità dell'omittente, necessitando di una determinazione mediante norme giuridiche di dettaglio²⁴⁵.

La punibilità della condotta omissiva, inoltre, si pone in tensione con l'art. 13 Cost., in quanto l'obbligo di assumere un determinato contegno comporta una restrizione della libertà personale più pervasiva del divieto di porre in essere una determinata condotta²⁴⁶.

Per questo una restrizione costituzionalmente conforme della libertà individuale non può che sottostare a due ordini di limiti: 1) con riferimento al bene giuridico, essa deve trovare giustificazione in esigenze di solidarietà alla stregua dell'art. 2 Cost.: l'obbligo di attivarsi deve tendere cioè alla tutela di specifici beni giuridici, ovvero quelli bisognosi di protezione rinforzata, attesa l'incapacità dei rispettivi titolari di ricorrere ad un adeguato livello di autotutela²⁴⁷; 2) sul versante soggettivo, inoltre, si richiede la specificità dei soggetti destinatari dell'obbligo giuridico di impedire l'evento: lungi dall'essere rivolto a qualunque consociato, esso può gravare soltanto su colui che intrattiene un peculiare rapporto giuridico con il bene o con la fonte di pericolo da neutralizzare, nell'ambito del quale l'obbligo impeditivo si innesta²⁴⁸.

Oltre a porsi in contrasto con il diritto inviolabile di libertà, un'indiscriminata riferibilità dell'obbligo giuridico impeditivo a tutti i consociati risulterebbe altresì incompatibile

²⁴⁴ Per una ricognizione delle fonti giuridiche idonee a produrre obblighi di garanzia si veda *infra*, § 1.5.

²⁴⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 163. Contrariamente a tale impostazione si veda SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 206, secondo cui l'espressa ed inequivoca previsione costituzionale di un vincolo gerarchico tra interessi diversi fonda una posizione di garanzia in capo al titolare dell'interesse subordinato rispetto al bene giuridico di grado più elevato.

²⁴⁶ Per una prospettiva storica del rapporto tra istanze liberistiche e solidaristiche si rinvia al § 2.1

²⁴⁷ SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 182; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 167; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 163; Id., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, 337 ss; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 38 ss.. Descrive la tensione tra istanze liberali e solidaristiche, quest'ultime come necessario fondamento della restrizione della libertà operata dal diritto penale mediante l'introduzione di fattispecie omissive FIANDACA G., *Omissione*, in *Dig. Disc. Pen.*, 549.

²⁴⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 163; Id., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, 337 ss.

con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1 Cost., in virtù del quale un fatto di reato può essere addebitato ad un soggetto soltanto in quanto gli sia "proprio", ovvero sia a lui obiettivamente addebitabile per la sussistenza di un rapporto di causalità tra la sua condotta e l'evento ai sensi dell'art. 40 c.p., nonché soggettivamente riferibile, qualora il fatto, oltre che tipico, sia colpevole perché psicologicamente riferibile all'autore ai sensi dell'art. 43 c.p.²⁴⁹.

Prescindendo momentaneamente dall'aspetto della colpevolezza²⁵⁰ e soffermandosi su quello dell'imputazione obiettiva, si rammenta che nei reati omissivi impropri manca un nesso eziologico di tipo naturalistico tra la condotta e l'evento, dato che ha lungamente impegnato la scienza penalistica nella ricerca dell'elemento di equivalenza tra azione ed omissione, dei cui approdi, dalla *formelle Rechtspflichttheorie* alla elaborazione del concetto di posizione di garanzia, si è dato conto nel presente lavoro.

Appurata l'insufficienza dell'obbligo giuridico impeditivo e recepito dall'ordinamento tedesco l'istituto della posizione di garanzia, ci si deve chiedere se ed in che modo questa- concepita come vincolo di tutela tra soggetto e bene giuridico in ragione dell'esistenza di determinato rapporto tra gli stessi- possa consentire di imputare un evento al soggetto che omette di impedirlo e così realizzare il requisito di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2 e, conseguentemente, quello di personalità della responsabilità penale previsto dall'art. 27, comma 1 Cost..

A tal fine, si osserva che la condotta attiva, volta all'impedimento di eventi dannosi o pericolosi per l'interesse protetto e richiesta al garante, non potrebbe essere pretesa ove quest'ultimo non sia al contempo dotato dei poteri necessari ad agire in senso impeditivo, secondo il noto brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*²⁵¹.

Tuttavia non ci si può accontentare di una mera possibilità materiale ed occasionale di impedire l'evento lesivo, ovvero della mera impedibilità: sebbene questa sia necessaria all'insorgere della responsabilità penale in capo all'omittente, il potere di impedire

²⁴⁹ Per tutti, di recente, PULITANÒ D., *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1231 ss.

²⁵⁰ Si rinvia sul punto al § 2.5.

²⁵¹ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 164; Id., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, 337 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 48 ss. L'Autrice in particolare sottolinea l'importanza

L'evento deve esistere *ex ante* ed avere una veste giuridica²⁵², che da un lato ne legittimi l'esercizio e dall'altro consenta di distinguere il garante dal resto dei consociati che si trovino nelle condizioni materiali di contrastare l'evento dannoso o pericoloso, nel rispetto altresì del principio di legalità²⁵³.

L'elemento del potere giuridico impeditivo, già enucleato dai primi sostenitori della teoria c.d. mista²⁵⁴, nella sua formulazione costituzionalmente orientata, assurge quindi ad elemento determinante la sussistenza della posizione di garanzia ed individua i contorni dell'obbligo impeditivo ex art. 40, comma 2 c.p.: soltanto ciò che l'omittente è giuridicamente e materialmente nelle condizioni di fare, può essere da lui preteso e soggetto a sanzione penale²⁵⁵.

Quest'ultima può essere quindi ridefinita, in chiave strutturale, come il potere- dovere giuridico impeditivo di eventi lesivi, attribuito dall'ordinamento ad un soggetto nell'ambito di una relazione diretta tra questo e il bene tutelato (posizione di garanzia di protezione) ovvero indiretta con la fonte di pericolo che minaccia il bene giuridico (posizione di garanzia di controllo). In entrambi i casi l'assetto di poteri-doveri impeditivi connota una funzione, rivestita dal garante, di tutela rinforzata di interessi giuridicamente rilevanti.

²⁵² LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 48 ss. L'Autrice sottolinea la rilevanza del potere giuridico di impedire l'evento con riguardo alle fattispecie di impedimento di fatti illeciti altrui, osservando che soprattutto in relazione a queste il rischio di una violazione del principio di personalità della responsabilità penale si fa elevato attraverso imputazioni di fatti che potevano essere meramente ostacolati, ma non impediti.

²⁵³ Sull'importanza, ai fini del rispetto del principio di legalità, della natura giuridica del potere-dovere di impedire l'evento, come elemento qualificante la condizione personale dell'autore nei reati omissivi impropri si veda MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 268 s.. Cionondimeno deve condividersi la posizione di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 69 s., secondo cui il carattere della giuridicità non richiede l'esplicita previsione normativa del rapporto di tutela: diversamente opinando ne rimarrebbero escluse tutte quelle situazioni in cui ad essere disciplinata è solo una relazione tra il garante e la fonte di pericolo dalla quale il bene giuridico, non preventivamente determinato, deve essere protetto, ovvero le ipotesi di posizioni di garanzia di controllo. Contra SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., per il quale è proprio la posizione di garanzia, come subordinazione di un interesse giuridico ad un altro, e non l'obbligo di agire, a dover essere prevista in senso formale da una fonte giuridica.

²⁵⁴ SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 142; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 260 ss.

²⁵⁵ MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, cit., 337 ss.; FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Milano, 1985, 203; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 68; BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, cit., 269 s.

Pertanto, dal punto di vista della collocazione nella struttura del reato omissivo improprio, riducendosi ad una qualificazione giuridica, cui è riconducibile il dovere-potere di agire preesistente alla necessità dell'intervento impeditivo, la posizione di garanzia integra il fatto tipico di reato in veste di particolare condizione personale dell'autore²⁵⁶, con conseguente attrazione delle fattispecie commissive mediante omissione al *genus* dei reati propri²⁵⁷.

Concludendo sul punto, soltanto così delineata, la posizione di garanzia può essere accolta nel nostro ordinamento, quale parametro di natura giuridica e sostanziale, ermeneuticamente idoneo a risolvere il problema dell'equivalenza tra agire ed omettere, in armonia con i principi di legalità, tassatività, libertà, e personalità della responsabilità penale.

2.4.1 (Segue): fonti del potere-dovere impeditivo. In particolare: il negozio giuridico.

Poiché la clausola generale di cui all'art. 40, comma 2 c.p. rinvia a disposizioni esterne al tessuto del codice penale per l'individuazione dei doveri-poteri impeditivi, giova a questo punto soffermarsi sulle relative caratteristiche fondamentali: la giuridicità della fonte e il contenuto impeditivo. La predeterminazione in astratto di tali elementi e dei loro confini diviene, infatti, un'operazione essenziale ai fini dell'affermazione della sussistenza di una posizione di garanzia in capo ad un soggetto nel rispetto dei principi costituzionali e, conseguentemente, della sua responsabilità penale per mancato impedimento di un evento.

Prendendo le mosse dall'aspetto formale delle fonti idonee a prevedere il potere-dovere penalmente rilevante ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., si osserva come anche la dottrina italiana, al pari di quella tedesca con riguardo al § 13 StGB, abbia nutrito

²⁵⁶ Tra i molti, definiscono le condizioni personali dell'autore, da cui discende la natura di reato proprio, come qualità personali o posizioni, naturalistiche o giuridiche, che riflettono un peculiare rapporto col bene giuridico FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2012, 159, 202; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 201 s.

²⁵⁷ In tal senso MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 163; Id., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, 337 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 80 s.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I, art. 1-84*, cit., 379 ss., i quali affermano conseguentemente la natura di reato proprio dei reati commissivi mediante omissione. Già GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 256 ss., come si è visto, individuava tra i parametri sostanziali identificanti gli obblighi di garanzia carattere della specialità, riconoscendo la necessità che esso sia indirizzato soltanto ad alcuni e non a tutti i consociati e a favore soltanto di alcuni beni giuridici, quelli cioè bisognosi di una protezione ulteriore.

perplexità circa la tenuta costituzionale della norma rispetto ai principi di legalità e determinatezza²⁵⁸.

A fronte del naufragio, ad oggi, dei progetti di riforma del codice penale, impegnati in materia nella riduzione del margine di contrasto con la Costituzione²⁵⁹, ci si deve attualmente attenere ai criteri individuati dalla dottrina, elasticamente seguiti in giurisprudenza, per mantenere le fattispecie commissive mediante omissione nell'alveo della legittimità costituzionale²⁶⁰.

Esclusa la rilevanza di qualsivoglia fonte di natura meramente fattuale, quale la precedente azione pericolosa²⁶¹ o la presenza di una comunità di vita o vicinanza sociale

²⁵⁸ ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I, art. 1-84*, cit., 392; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 67; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 164; BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, cit., 261. Più di recente, CALCAGNO R., *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra contatto sociale e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2014, 3582.

²⁵⁹ In particolare si rammenti la proposta avanzata dal progetto di riforma Grosso di catalogare alcune tipologie di posizioni di garanzia nella parte generale, sì da arginare le incertezze dovute alla generica formulazione di una clausola di equivalenza come quella di cui all'art. 40, comma 2 c.p., nel progetto sostituito dall'art. 16, rubricato "Posizioni di garanzia", in base al quale "1. *Le posizioni di garanzia rilevanti ai fini della responsabilità penale per omissione sono stabilite dalla legge con disposizione espressa. 2. I doveri inerenti alle posizioni di garanzia sono determinati in conformità alla disciplina speciale delle situazioni considerate*". L'intero capo III, titolo II del progetto di codice penale conteneva il catalogo delle posizioni enucleate dalla Commissione, nella consapevolezza dell'inesaustività e quindi della necessità di integrazioni all'insorgere di nuove esigenze di tutela. In particolare, gli articoli 17-24 prevedevano come categorie di posizioni individuate in via generale e a cui faceva diretto richiamo l'art. 16, comma 1, rispettivamente: Art. 17. Protezione di soggetti incapaci; Art. 18. Attività terapeutica; Art. 19. Attività di polizia o di controllo; Art. 20. Protezione di persone o beni; Art. 21. Controllo su fonti di pericolo; Art. 22. Adempimenti nell'ambito di organizzazioni complesse; Art. 23. Posizioni di garanzia nell'ambito di organizzazioni complesse; Art. 24. Omesso impedimento di reati commessi col mezzo della stampa e della radio-televisione.

²⁶⁰ BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato. Il reato*, cit., 274 e repertorio giurisprudenziale, dimostra la tendenza della giurisprudenza di legittimità e di merito a ricorrere senza distinzioni a qualsiasi norma scritta, anche di rango costituzionale; CALCAGNO R., *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra contatto sociale e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, 3565 ss, 3582, il quale osserva, a proposito della individuazione, in alcune sentenze di legittimità, del contatto sociale come fonte idonea a produrre posizioni di garanzia, in assenza quindi di qualsivoglia norma scritta e sulla base del solo affidamento nell'adempimento degli obblighi di protezione scaturenti dal contatto, con tendenza della giurisprudenza ad "avanzare illegittimamente verso fonti di fatto". Per l'ammissione delle singole fonti, si veda *infra*.

²⁶¹ MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 216, negano l'idoneità della precedente attività pericolosa a fondare posizioni di garanzia. stante la mancanza di una norma giuridica che, in capo a chi abbia creato la situazione pericolosa, preveda l'obbligo di attivarsi per neutralizzare il pericolo. Se, a seguito della creazione di una fonte di pericolo mediante il proprio agire, deriva un danno all'altrui bene giuridico, colui che ha originato la causa della lesione risponderà a titolo di colpa per questo stesso fatto.

al bene o alla fonte del pericolo²⁶², in relazione all'ammissibilità delle fonti giuridiche in senso formale si registrano due principali, opposti orientamenti.

Taluni, interpretando letteralmente il requisito della giuridicità richiesto dall'art. 40, comma 2 c.p., affermano l'idoneità costitutiva di posizioni di garanzia rispetto a qualunque fonte giuridica, pubblicistica o privatistica, senza distinzioni tra fonti di rango sovra e subordinato. Viene ammessa quindi non solo la legge ordinaria, ma anche le fonti di rango inferiore quali gli atti normativi della pubblica amministrazione centrale e degli enti locali (regolamenti, decreti ministeriali, ordinanze prefettizie, leggi regionali) e, tra le fonti di diritto privato, sia il contratto che gli atti unilaterali con cui si assumono obblighi di impedimento di determinati eventi²⁶³.

Altri, invece, limitano il novero delle fonti pubblicistiche alla sola legge, con diverse posizioni in ordine alla rilevanza esclusivamente della legge extrapenale o anche di quella penale, ed escludono pertanto le fonti subordinate, le quali al più possono specificare obblighi posti dalla legge²⁶⁴.

²⁶² Per quanto concerne l'assunzione volontaria, meramente fattuale, della posizione di garante, sussistente quando taluno svolga spontaneamente dei compiti di tutela, ne viene negata da taluni Autori l'attitudine a creare nuovi obblighi di garanzia, per l'eccessiva portata espansiva che essa avrebbe (MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 173). Per contro, altra parte della dottrina (GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 274 s.) ritiene di poter ricondurre tale figura alla *negotiorum gestio*, con rinvio agli obblighi prodotti ex artt. 2028 ss. Altri, al fine di limitare gli eccessi del formalismo che il riferimento alla disciplina della gestione di affari altrui comporterebbe, ritengono di limitare la rilevanza dell'assunzione spontanea di compiti di tutela ai casi in cui, per effetto della stessa, il titolare del bene si espone ad un rischio maggiore ovvero rinuncia a mezzi alternativi di protezione (in questo senso FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 614).

²⁶³ MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 216; PADOVANI T., *Diritto penale*, 115; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 370; BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, cit., 272 s.. La giurisprudenza appare egualmente seguire tale tendenza estensiva del catalogo delle fonti: Cass. pen., sez. IV, 16 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, 691; Cass. pen., sez. IV, 4 maggio 2000, in *Cass. pen.*, 2002, 1024; Cass. pen., sez. IV, 7 dicembre 1999, in CED Cass., rv.215660. Talora, poi, il fondamento della posizione di garanzia viene rinvenuto in norme di rango costituzionale, in special modo- per quanto riguarda la responsabilità dell'esercente una professione sanitaria- negli artt. 2 e 32 Cost., previsioni a presidio del bene della salute, ritenute di per sé idonee a fondare l'obbligo di intervento a carico del sanitario.

²⁶⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 167; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 195; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit. 244; CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005, 265, 267. Gli Autori citati escludono l'attitudine anche della legge penale a porre obblighi di garanzia, in base all'assunto secondo cui la legge penale pone solo obblighi di agire e non prevede invece anche i corrispondenti poteri impeditivi. La pena inflitta per un obbligo posto dalla legge penale può dunque dar luogo esclusivamente a reati omissivi propri. Si osserva, in ogni caso, che le norme incriminatrici contenenti obblighi di agire, generalmente si richiamano ad obblighi previsti da leggi extrapenali. Ammette invece anche la legge penale tra le fonti degli obblighi di garanzia FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 611; FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 611, purché si tratti di obblighi riferiti a particolari soggetti soltanto e non alla generalità dei consociati. Diversamente verrebbe meno il peculiare legame di tutela che individua il garante. Per

Alla prima impostazione si perviene a partire da due diverse concezioni dell'art. 40, comma 2 c.p.. In base ad un primo assunto, si tratterebbe di norma diversa da una norma penale in bianco: le fonti dell'obbligo di garanzia non sarebbero quindi norme integratrici del precetto, ben potendo quest'ultimo richiamare disposizioni di qualsivoglia grado in funzione meramente descrittiva o specificativa di elementi in esso predeterminati²⁶⁵. Ad identiche conclusioni perviene anche chi, pur qualificando l'art. 40, comma 2 c.p. come norma penale in bianco, concepisce in modo meno stringente il principio di riserva di legge, ovvero non come *riserva di materia*, bensì *di modo di disciplina*: al legislatore sarebbe cioè riservata la scelta della connessione tra fatto illecito e sanzione penale, potendo rinviare a qualsivoglia altra fonte giuridica per l'individuazione del primo. E ciò non soltanto mediante rinvii ricettizi, ma altresì con la tecnica del rinvio mobile²⁶⁶. Per tali Autori, quindi, il fatto che una norma penale di rango ordinario faccia riferimento esplicito ad altre fonti giuridiche per completare la propria disciplina, non comporta rischi di incostituzionalità per violazione della riserva

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, 218 anche la legge penale produce obblighi impeditivi rilevanti ex art. 40, comma 2 c.p., quando la sanzione penale non sia comminata per mera disobbedienza, ma giustificata dalla funzione preventiva, frustrata dall'inottemperanza dell'obbligo, con conseguente creazione di un pericolo concreto. In tali casi, infatti, si realizza pur sempre lo schema inosservanza dell'obbligo-verificazione dell'evento che l'obbligo mirava a prevenire, con conseguente sussistenza dei requisiti della fattispecie omissiva impropria, secondo l'Autore.

²⁶⁵ In tal senso, in effetti, MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 216, 60, 174, qualificano l'obbligo giuridico ex art. 40, comma 2 c.p. come un elemento normativo della fattispecie.

²⁶⁶ PAGLIARO A., (voce) *Legge penale*, Vol. XXIII, in *Enc. Dir.*, 1973, 359; ID., *Principio di legalità ed indeterminazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 694 secondo cui qualsiasi norma, di qualsivoglia rango, se richiamata dalla legge ordinaria, potrebbe integrare la norma penale in bianco. Pur non essendo questa la sede per soffermarsi sulle diverse ricostruzioni del principio di riserva di legge e dei suoi limiti (per le quali si rinvia, tra i molti a BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La Quest. Crim.*, 1980, 191 ss. e, sui più recenti fattori erosione del principio, si veda FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, Pisa, 2011, 81 ss.), tale impostazione non appare condivisibile: la riserva di legge deve avere ad oggetto non solo l'*an* della pena, ma anche il fatto soggetto a sanzione, sebbene tale estensione non risulti chiaramente dall'art. 25, comma 2 Cost., che sembra limitarsi a formulare il principio di irretroattività della legge penale. In tal senso deve opinarsi non solo in ragione della più chiara formulazione dell'art. 1 c.p., ma altresì in considerazione della *ratio* di garanzia della libertà personale contro gli arbitri del potere esecutivo e giudiziario, la quale informa la norma costituzionale e verrebbe frustrata dalla delegabilità della potestà penale a fonti di grado subordinato. Così MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 50 ss. Deve per altro sottolinearsi che, nel caso dell'art. 40, comma 2 c.p., nemmeno il richiamo alla norma integratrice è determinato, bensì - similmente all'art. 51 c.p. - il legislatore ha optato per un rinvio aperto a fonti giuridiche non meglio specificate, produttive di obblighi impeditivi, lasciando all'interprete un ampio margine di discrezionalità nella selezione delle stesse, al punto, secondo taluni (GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 626) che la norma in esame fuoriesce addirittura dallo schema della norma penale in bianco, imponendo una selezione ancora più cauta delle fonti idonee ad integrarla.

di legge ed, anzi, a parere di alcuni, il ricorso a fonti di grado subordinato o di natura privatistica gioverebbe alla determinatezza delle stesse, stante l'attitudine di tali fonti a dettare una disciplina maggiormente dettagliata anche sotto il profilo tecnico²⁶⁷.

Diversamente per chi qualifica la clausola generale di cui all'art. 40, comma 2 c.p. come una norma penale in bianco²⁶⁸: in tal caso, infatti, non è ammissibile un'integrazione attraverso fonti di grado subordinato alla legge, a pena di attribuire alla pubblica amministrazione, nell'esercizio della propria potestà normativa, la facoltà di individuare un fatto tipico di reato²⁶⁹.

Sul punto si ritiene di aderire a tale seconda, più restrittiva impostazione: la norma di cui all'art. 40, comma 2 c.p. è infatti una norma penale in bianco, in quanto la disposizione esterna, che disciplina il potere-dovere impeditivo, enuclea il comportamento doveroso, definendo così il precetto da osservare in concreto²⁷⁰.

²⁶⁷ BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, cit., 272. In base a tale assunto, l'Autrice tende quindi ad escludere l'idoneità della consuetudine, per la tendenziale incapacità della fonte non scritta a garantire un sufficiente livello di specificità e determinatezza della fattispecie.

²⁶⁸ Esplicitamente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 242 ss., in particolare 248 s.; RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale, Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 186; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2004, 59 ss.

²⁶⁹ L'integrazione attraverso fonti di grado subordinato si porrebbe, infatti, in irrimediabile contrasto con il principio di riserva di legge, la cui funzione, come si è accennato *supra*, è quella di riservare il monopolio penale al potere legislativo, negando alle fonti scritte diverse dalla legge, nonché a ogni altro atto normativo del potere esecutivo, la capacità di integrare/formare il precetto penale. In tal senso, espressamente, FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 614. Per altri, MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 52; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 110; RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale, Profili generali e problemi applicativi*, cit., 100 le norme penali in bianco sarebbero suscettibili di essere integrate anche da fonti di grado subordinato, purché consistenti in provvedimenti di natura individuale, che costituiscano il presupposto di fatto della fattispecie che incrimina la relativa violazione, come accade con riferimento all'art. 650 c.p. (Inosservanza dell'ordine dell'autorità). Per altri ancora, RONCO M., *Il principio di legalità*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario al codice penale. La legge penale*, Bologna, 2006, 37 anche i provvedimenti amministrativi di carattere generale ed astratto possono dettare il precetto della norma penale in bianco, se preesistenti alla sua adozione e richiamati dalla stessa con rinvio recettizio.

²⁷⁰ Sul concetto di norma penale in bianco non vi è unanimità di posizioni. Tra i molti: FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 58, ritengono che l'apporto delle norme integratrici di norme penali in bianco si estenda al punto, che esse stesse pongono la regola di comportamento da osservare in concreto. Secondo RONCO M., *Il principio di legalità*, in (a cura di) RONCO M., *Commentario al codice penale. La legge penale*, cit., 38 ss., il contenuto del precetto di una norma penale in bianco è individuato da una norma diversa rispetto a quella che statuisce la sanzione, con conseguente diversa tecnica normativa. Per MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 50, secondo cui il precetto non sarebbe inesistente, ma solo indeterminato, consistendo nell'enunciazione di un generico obbligo di ubbidienza. Pertanto, per l'Autore, che accoglie l'orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia, la conformità al principio di riserva formale non verrebbe meno se la fonte integratrice fosse sufficientemente determinata nei presupposti, contenuto e limiti dalla legge extrapenale. MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 57, definisce la norma penale in bianco come norma il cui precetto è posto in tutto o in parte da una norma di fonte inferiore alla legge riconosce

Analogamente deve ritenersi per quanto concerne la fonte contrattuale, stante la contrarietà al principio di legalità dell'attribuzione ai privati di potestà normativa in materia penale, con la creazione *ad libitum* di fattispecie criminose mediante lo strumento negoziale²⁷¹.

Nonostante ciò gran parte della dottrina riconosce allo strumento negoziale idoneità a creare *ex novo* posizioni di garanzia, sulla base delle seguenti argomentazioni.

In primo luogo si ritiene che il fondamento ultimo delle posizioni di garanzia *ex contracto* siano gli artt. 1372 c.c. e 1322 del codice civile, i quali attribuiscono alle parti il potere di regolare con forza di legge i propri interessi, purché questi siano meritevoli di tutela secondo l'ordinamento e l'autonomia negoziale non contrasti con la legge²⁷².

La volontà delle parti assumerebbe quindi forza di legge, quanto meno sotto il profilo della cogenza e delle sanzioni comminate per la relativa inosservanza, e ciò in base ad una espressa disposizione legale, che farebbe salvo il rispetto del principio di riserva di legge in materia penale²⁷³.

l'illegittimità costituzionale della norma penale in bianco integrata da fonte di rango subordinato consistente nel provvedimento amministrativo generale ed astratto, salvo questo non dia un apporto di carattere meramente tecnico, ovvero la fonte sia un atto amministrativo individuale, la cui categoria sia precisamente individuata dalla norma incriminatrice.

²⁷¹ SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 190 ss.

²⁷² GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 262 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 169; Id., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, 337 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 230 ss.; BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in (a cura di) RONCO M., *Il reato*, cit., 300 s. In quanto elemento normativo della fattispecie omissiva impropria, l'obbligo giuridico può essere originato in via contrattuale anche secondo MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 216. Tra le figure contrattuali più citate, si deve ricordare non solo l'accordo concluso dal gruppo di scalatori con la guida alpina, ma anche il contratto tra paziente ed esercente una professione sanitaria (medico, infermiere domestico, fisioterapista ecc.).

²⁷³ Anche nella dottrina tedesca più sensibile al problema della conciliabilità del § 13 StGB con il principio di legalità, si ammette la fonte negoziale sulla base di analoghe argomentazioni: SEEBODE M., *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts*, in *FS für Günther Spendel*, cit., 241, secondo il quale il contratto si fonda a sua volta e produce effetti in forza di legge. Nel senso della natura di elementi normativi della fattispecie, con possibilità di un richiamo generalizzato ad altre fonti dell'ordinamento, si veda BERGMANN M., *Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens*, Baden-Baden, 2012, 212 s.. La giurisprudenza, nel segno del superamento della *formelle Rechtspflichttheorie*, dimostra di non ritenere il contratto di per sé idoneo a porre obblighi impeditivi dell'evento. *Ex multis* BGH, Urteil vom 6.11.2002- 5 StR, in BGHSt 48, 77, 91 f., afferma la necessità di un *quid pluris*, generalmente ravvisato nel particolare rapporto di fiducia tra le parti circa il reciproco intervento impeditivo, instauratosi ad esempio in anni di rapporti contrattuali o grazie all'esistenza di un rapporto di amicizia o sulla base di una inferiorità tecnica di uno dei contraenti, costretto a fare affidamento nell'azione protettiva dell'altro (emblematico il caso del contratto tra consumatore e produttore, con dovere del secondo di proteggere i beni del primo da danni cagionati dal prodotto). Analogo requisito si pone come necessario anche in presenza di espresse *Integritätsklausel*, ovvero di clausole dedotte nel rapporto contrattuale, con le quali due imprese si impegnano reciprocamente all'impedimento di reati da parte dei propri dipendenti. Contrariamente, nella dottrina italiana, CALCAGNO R., *Reato omissivo improprio e*

In secondo luogo, ove un certo diritto sia riconosciuto dall'ordinamento ad un privato, con conseguente attribuzione del potere di autotutelarlo dalle aggressioni esterne, dovrebbe ammettersi altresì il potere di trasformare l'autotutela in eterotutela, attribuendo ad altri il potere-dovere di intervenire per neutralizzare i pericoli che minacciano il bene, specialmente in caso di incapacità del titolare di farvi fronte²⁷⁴. Ne deriverebbe, quindi, che soltanto quest'ultimo può essere parte di un accordo costitutivo di obblighi di garanzia, in quanto unico legittimato a disporre del proprio diritto di autotutela, mentre non sarebbero ammissibili contrattazioni a favore di terzi, conformemente, per altro, al principio di relatività del contratto sancito dall'art. 1372 c.c.²⁷⁵.

Infine un'applicazione dei principi costituzionali, su cui si fonda la ricostruzione più attuale dei presupposti della responsabilità omissiva impropria, consentirebbe di limitare l'autonomia dei privati nella creazione di fattispecie di omesso impedimento dell'evento e di evitare, così, l'espansione indiscriminata della sfera del penalmente rilevante. In particolare, un'esigenza di solidarietà, nell'ottica di una tutela rinforzata di beni maggiormente esposti a pericoli, deve sempre sussistere alla base di una posizione di garanzia.

Un ulteriore limite alla creazione di posizioni di garanzia mediante contratto deriverebbe poi dalla corretta applicazione del principio di personalità della responsabilità penale. Come si è visto, da un lato tale principio impone la preesistenza,

responsabilità contrattuale, tra contatto sociale e contratto: riflessioni sul principio di legalità, cit., 3576 ss..

²⁷⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 169; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 234; BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in (a cura di) RONCO M., *Il reato*, cit., 301.

²⁷⁵ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 233, 236. Alla dottrina in esame non appare invece invocabile, *de iure condito*, quale ulteriore criterio di limitazione, la natura del bene giuridico bisognoso di protezione, al fine di distinguere gli interessi meritevoli di tutela penale, da quelli cui è sufficiente accordare protezione mediante le forme di responsabilità civile. Il legislatore, infatti, nel prevedere fattispecie di reato anche a tutela di interessi patrimoniali, dimostra di non limitare la tutela penale ai soli beni di rango primario, quali quelli indisponibili o parzialmente disponibili (vita, integrità fisica, libertà personale). Una selezione delle modalità di condotta penalmente rilevanti, ispirata al principio di frammentarietà e alla funzione di *extrema ratio* del diritto penale, può essere operata infatti soltanto dal titolare delle scelte di politica criminale, ovvero il legislatore. I criteri costituzionalmente orientati di ricostruzione della posizione di garanzia consentono di restringere l'operatività dell'art. 40, comma 2 c.p. ai soli beni bisognosi di tutela per l'incapacità del titolare di attendervi, ma non permettono un'ulteriore selezione, tra questi, dei soli beni della persona, dovendo perciò ammettersi la possibilità di creare posizioni di garanzia anche a tutela di beni giuridici di natura patrimoniale, sia con legge che mediante contratto, sebbene di inferiore rilievo pubblicistico. In senso contrario, a favore di una restrizione delle posizioni di garanzia ai soli beni personali, FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 612.

quindi la predeterminazione formale del potere-dovere impeditivo rispetto all'insorgere della situazione²⁷⁶; dall'altro alla previsione formale devono accostarsi l'effettiva immissione del garante nei poteri impeditivi dell'evento, nonché il concreto affidamento dell'interesse tutelando, con possibilità non soltanto giuridica, ma altresì materiale di un intervento in senso impeditivo²⁷⁷.

Nessuna delle suddette argomentazioni appare tuttavia convincente, a partire dalla prima, che opererebbe una sorta di "legificazione" dello strumento contrattuale, richiamandosi al principio espresso dagli artt. 1322, 1372 c.c., secondo cui "*pacta sunt servanda*". È stato correttamente osservato come in seno alla dottrina civilistica tale espressione sia considerata enfatica, in quanto la fonte negoziale non può essere paragonata per forza ed effetti alla legge, tanto meno a quella penale²⁷⁸.

Caduto l'argomento della parificazione alla legge, tutti gli altri appaiono privi di valore rispetto ad uno dei principi cardine del diritto penale, quale quello di legalità.

Pressoché pacifica è, invece, la possibilità di trasferire mediante contratto obblighi di garanzia già previsti dalla legge: tale facoltà, oltre ad essere sorretta dagli argomenti testé esposti, è confermata dal previo riconoscimento, da parte del legislatore, della meritevolezza dell'eterotutela, attraverso l'istituzione in capo al garante originario dell'assetto dei doveri-poteri impeditivi, nonché dalla previsione di specifiche ipotesi di delega temporanea previste dalla legislazione civilistica²⁷⁹. Parte necessaria del

²⁷⁶ MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., 259, 262.

²⁷⁷ MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 217; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 170: essa pertanto non coincide né con il momento conclusivo del contratto, né con quello dell'effettiva presa in carica del bene giuridico tutelato; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 237 ss.. Secondo la teoria in esame, per altro, non sono indiscriminatamente ostative all'insorgere di obblighi di garanzia nemmeno le cause di invalidità del contratto. Piuttosto, devono trovare applicazione i criteri prettamente penalistici, di conformità alla costituzione. In particolare, se la causa di invalidità travolge altresì taluno dei requisiti su cui si fonda la posizione di garanzia, allora è chiaro che la posizione di garanzia non può essere fatta valere. Quindi, in caso di annullabilità, il contratto, pur produttivo di effetti, non potrà ritenersi fondante una posizione di garanzia ove questa sia stata assunta da persona incapace, stante l'inefficienza della stessa a svolgere il proprio compito di tutela del bene giuridico bisognoso. Di regola, in caso di nullità sarà inesistente altresì la posizione di garanzia (ad. es. per indeterminatezza o impossibilità dell'oggetto, che vanno contro la necessaria determinatezza della fattispecie e la possibilità materiale per il garante di adempiere al proprio compito). Tuttavia, in caso di illiceità della causa, ad es., in caso di contratto avente causa illecita, quale la vendita di sostanze esplosive: l'affidamento del materiale esplosivo comporta l'insorgenza di una posizione di protezione dell'altrui incolumità.

²⁷⁸ CALCAGNO R., *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra contatto sociale e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, cit., 3576 ss..

²⁷⁹ In tale senso anche quanti negano idoneità creativa al contratto, in particolare SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 190 ss.; GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, 626, CALCAGNO R., *Reato omissivo improprio*

contratto è in questo caso il garante primario, che solo può spogliarsi della propria funzione ed attribuirla ad un terzo. Concludendo sul punto, non ogni dovere-potere giuridico di impedire un determinato evento è sintomatico di una posizione di garanzia: tra i molteplici obblighi che l'ordinamento prevede in capo ai soggetti, soltanto quelli aventi fonte legale o negoziale, e tra questi, soltanto quelli preposti alla tutela di beni giuridici sensibili, perché maggiormente esposti al pericolo di lesioni, possono assumere rilevanza ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p..

2.4.2 (Segue): il contenuto del potere impeditivo. Discrimen tra obblighi di garanzia, di sorveglianza e di attivazione.

È giunto il momento di affrontare una questione di massima importanza nel presente lavoro: la determinazione del contenuto del potere impeditivo. Ci si chiede, cioè, quando un determinato potere di intervento sia tale da legittimare la pretesa di un comportamento, penalmente sanzionabile a titolo di omissione impropria.

Si tratta di una domanda di capitale importanza nell'ambito della presente ricerca, perché, come si vedrà nel capitolo seguente, la partita della responsabilità degli organi societari di controllo per il mancato impedimento di un reato, si chiude (o dovrebbe chiudersi) dinnanzi all'insussistenza dei requisiti che saranno in questa sede individuati. Trattandosi di una disamina da condurre sulla "carta", ovvero alla stregua della norma giuridica che tratteggia e fonda la posizione di garanzia, un'attenta verifica del carattere impeditivo o meno del potere attribuito dalla norma consentirebbe di escludere a monte il coinvolgimento di presunti garanti nel procedimento penale, evitando così agli

e responsabilità contrattuale, tra contatto sociale e contratto: riflessioni sul principio di legalità, cit., 3575 s., sulla scorta dell'argomento secondo cui il trasferimento comporterebbe un mero mutamento del soggetto vincolato alla posizione di garanzia, senza alcuna estensione della sfera del penalmente rilevante. Condivisibile, sul punto, la critica di FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 147, che rileva la contraddittorietà di quanti ammettono il trasferimento e non la creazione di posizioni di garanzia mediante contratto, per impedire che sia rimesso anche ai privati il potere di espandere la sfera del penalmente rilevante. Infatti, anche col trasferimento della funzione si estende la sfera del penalmente rilevante, investendo di responsabilità un soggetto che non ne sarebbe dotato originariamente. Coerentemente, seppur in senso contrario alla tesi sostenuta nel presente lavoro, CAMAIONI S., *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1628, esclude l'idoneità della fonte negoziale tanto a creare quanto a trasferire posizioni di garanzia, stante la contrarietà del comune effetto espansivo della responsabilità penale, con attribuzione delle funzioni di garanzia a soggetto diverso da quello designato dal legislatore e conseguente violazione del monopolio legislativo della tutela penale dei beni.

Nel senso del dovere di ricorrere ad una delega di funzioni nell'ambito di organizzazioni complesse, ove la struttura e la complessità dell'organizzazione rendano impossibile al responsabile adempiere ai propri compiti di sicurezza PULITANÒ D., *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1985, 11.

operatori del processo di addentrarsi nei terreni paludosi dell'accertamento della causalità omissiva e dell'elemento soggettivo del reato omissivo improprio, a giovamento non solo della libertà o quanto meno della serenità individuale dell'imputato, compresse dal peso di un procedimento penale, ma altresì a tutto vantaggio dell'economia processuale.

Venendo al punto, si è detto che l'elemento del potere giuridico impeditivo costituisce il nucleo fondamentale della posizione di garanzia²⁸⁰: la preesistenza della possibilità giuridica e l'attualità della possibilità materiale di impedire un certo evento giustificano il dovere di intervenire e, in caso di omissione, l'addebito di responsabilità per il fatto di reato integrato dall'evento concretamente verificatosi²⁸¹.

Vi è poi unitarietà di vedute nel ritenere che la natura impeditiva consti da un lato del potere di vigilare sull'insorgere di possibili pericoli per i beni tutelati, dall'altro del potere di intervenire sulla situazione pericolosa²⁸².

L'atteggiarsi di tale intervento divide invece la dottrina in due orientamenti, specie nell'ambito del diritto penale dell'economia e della configurazione dei rapporti tra organo gestorio ed organi di controllo.

Secondo una prima impostazione, l'intervento del garante deve avere attitudine risolutiva della situazione pericolosa, ovvero deve essere configurato dalla norma giuridica come essenziale per la salvezza del bene²⁸³. Il potere impeditivo assume quindi le fattezze del dominio sul decorso causale di schünemanniana memoria e il garante diviene vero *Zentralgestalt* del corso degli eventi²⁸⁴. Con la differenza, nell'ottica costituzionalmente orientata in cui ci si muove, che tale posizione centrale non gli deriva da mere circostanze fattuali, ma dall'attribuzione, ad opera

²⁸⁰ In tal senso anche alcune pronunce giurisprudenziali, in tal senso anche giuri: Cass. pen., Sez. IV., 29 settembre 2005, n. 47145, con nota di IADECOLA G., La responsabilità medica nell'attività d'equipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera, in *Cass. pen.*, 2007, 149 sebbene sia ravvisabile in generale una tendenza a non approfondire la ricerca di tali poteri sulla base del dato normativo, in particolare con riferimento all'ambito della responsabilità nelle società, come si avrà modo di verificare nel proseguo della trattazione.

²⁸¹ Si rinvia sul punto al § 2.4

²⁸² FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 203 ss; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 163 s.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 74;

²⁸³ FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 203 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 77; GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, cit., 51.

²⁸⁴ Per l'esposizione dei punti centrali delle teorie della signoria sugli eventi, si rinvia al § 1.3.

dell'ordinamento, dei mezzi giuridici ed eventualmente materiali atti a paralizzare i fattori causali sfocianti nell'evento lesivo del bene protetto²⁸⁵.

A questa prima impostazione si contrappone un orientamento più recente e meno restrittivo, ispirato soprattutto all'esigenza di arginare il fenomeno della frammentarietà e conseguente volatilizzazione della responsabilità nelle organizzazioni complesse, nell'ambito delle quali, la ripartizione dei ruoli e l'intreccio dei rapporti tra molteplici attori, impedisce la concentrazione in capo ad un unico soggetto del potere di impedire in senso risolutivo eventi lesivi, in particolare gli illeciti promananti dall'organizzazione. A tale scopo si suggerisce una concezione più tenue di natura impeditiva, attribuendo quest'ultima anche a quei poteri, il cui esercizio interviene su una o più fasi di un complesso processo causale e può così contribuire a paralizzarlo attraverso l'attivazione di altri soggetti, interni od esterni all'organizzazione, i quali si trovano nella condizione giuridica e materiale di bloccare il corso degli eventi. L'efficacia risolutiva o meno del potere, secondo tale opinione, è questione che attiene alla causa: il potere è un elemento astratto, che connota la posizione di garanzia e si atteggia a mera possibilità impeditiva;

²⁸⁵ I concetti di *Herrschaft* e *Zentralgestalt*, privi di fondamento giuridico-formale ed indeterminati, quindi scarsamente compatibili coi principi di legalità e tassatività, assumono in tale concezione una veste compatibile con i principi di legalità e determinatezza, divenendo utili strumenti di comprensione teorica del meccanismo di equiparazione dell'azione all'omissione. Per una critica al pensiero di Schönemann, sotto il profilo della tenuta della sua ricostruzione rispetto ai principi legalità e tassatività, si vedano BRAMMSEN J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten*, Berlin, 1986, 70 ss., 76., il quale rileva come Schönemann, deducendo l'*Herrschaft* dalla "natura delle cose" (*Natur der Sache*), crei un concetto vuoto, dal contenuto indefinibile, mediante il quale è possibile quindi sostenere qualsivoglia argomentazione. In particolare, il carattere dell'indeterminatezza discenderebbe dallo stesso procedimento analogico in base al quale devono rinvenirsi anche nell'omissione gli elementi identificativi delle fattispecie commissive, di natura oggettiva, elementi la cui individuazione ed interpretazione è assolutamente discrezionale. VOGEL J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, 351. 352, il quale critica in particolare la pretesa di Schönemann di far discendere da un concetto meramente fattuale, quale quello di *Herrschaft*, così come dedotto analogicamente "dalla natura delle cose", una responsabilità di rilevanza normativa. I caratteri normativamente rilevanti dell'*Herrschaftsbereich*, come ambito di responsabilità, dovrebbero infatti prima essere dimostrati e non dati per presupposti. In questo senso la leggerezza dell'Autore sarebbe consistita nel concepire il criterio guida della propria costruzione teorica a metà strada tra il fatto e la norma, senza darvi adeguato fondamento giuridico. L'*Herrschaft*, dunque, consisterebbe più in un'immagine che non in un preciso istituto giuridico di natura dogmatica e teoretica. Nella dottrina italiana si vedano in proposito i contributi di GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit. 238 ss., che, nella disamina della teoria di Fiandaca, sottolinea l'eccessiva genericità del concetto di signoria per poter essere non solo parametro di equivalenza, ma altresì criterio di imputazione generale di un evento ad un soggetto. L'autore sottolinea per altro l'irrinunciabilità, nel nostro ordinamento, di un fondamento di natura normativa per la responsabilità penale. In senso analogo LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 73; GARGANI A., *Ubi culpa ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. Pen.*, 2000, 584, secondo cui la volatilità del concetto di signoria, così come degli altri contenuti attribuiti alla posizione di garanzia dalla dottrina tedesca, non consentirebbe di colmare il deficit di tipicità già insito nella norma di cui all'art. 40, comma 2 c.p., essendo a loro volta concetti astratti e privi di fondamento normativo.

la sua attitudine a salvare il bene giuridico esposto al rischio di lesioni non va misurata *ex ante*, bensì *ex post* ed in concreto, sul piano del nesso eziologico²⁸⁶.

Tra le due ricostruzioni del carattere impeditivo del potere si ritiene di aderire alla prima per un triplice ordine di ragioni.

Innanzitutto soltanto la sufficienza del potere impeditivo a paralizzare il corso degli eventi già in astratto assicura al bene quella protezione contro i pericoli cui è esposto e che il titolare non è nella capacità di fronteggiare autonomamente, ovvero consente l'espletamento di quella funzione di tutela che costituisce il *fondamento solidaristico* delle posizioni di garanzia. Un garante privo di poteri necessari e sufficienti a scongiurare l'evento lesivo, che è tenuto a neutralizzare, non è un garante e l'obbligo che gli si pone non è un *obbligo di impedire l'evento* ex art. 40, comma 2 c.p., ma soltanto di attivare i meccanismi necessari ad impedirlo²⁸⁷.

Sotto tale luce si comprende quindi il secondo rilievo all'impostazione criticata: in assenza di un nesso eziologico di tipo materiale tra la condotta dell'omittente e l'evento imputato, il fatto di reato diviene proprio ai sensi dell'art. 27, comma 1 Cost., soltanto se sussiste un potere-dovere giuridico di *impedire* l'evento, nel quale si sostanzia la posizione di garanzia. Ebbene, interpretando nel senso più tenue il potere impeditivo e, specularmente, l'obbligo di garanzia, come potere-dovere di attivare un meccanismo impeditivo non pienamente dominato dal garante, si ammette un eccessivo allontanamento dell'evento dalla condotta omissiva, con conseguente rarefazione della personalità della responsabilità penale²⁸⁸.

L'intervento del garante è così uno dei molteplici anelli del procedimento impeditivo: la ricostruzione del nesso causale tra l'omissione e l'evento, già di per sé impervia²⁸⁹, è

²⁸⁶ CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in Riv. Soc., 2012, 334, 354; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 162 ss, in particolare 169, il quale si richiama sul punto alla distinzione tra causalità individuale e generale; ALAGNA R., *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in ius@17unibo.it, 2008, 575; NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 283, 285, 294.

²⁸⁷ Per una disamina del significato e dell'importanza del fondamento solidaristico delle posizioni di garanzia, si rinvia al § 2.4.

²⁸⁸ Si rinvia sul punto al § 1.4.

²⁸⁹ Circa la compatibilità della nozione di potere proposta dalla teoria in esame con la nozione di causa, NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 296, afferma come la causa debba essere intesa quella condizione necessaria sebbene non sufficiente di un determinato evento, ammettendosi il concorso tra più fattori causali ai sensi dell'art. 41 c.p.. Indubbiamente la pluralità di variabili in gioco in un decorso causale e l'intensità della relativa efficacia è problema che l'ordinamento risolve ricorrendo al principio di equivalenza delle cause, per cui

connotata da ancora più improbabili *chances* di successo, ove il comportamento doveroso del garante consista in un intervento di tipo mediato, stante l'imprevedibilità del comportamento dei soggetti tenuti ad attivarsi dopo il primo "garante", che svolge funzioni di mera sorveglianza ed allerta.

Quando, infatti, gli interventi dei soggetti coinvolti si inseriscono in un meccanismo tale, per cui l'attivazione dell'uno dipende da quella dell'altro, come nelle "filiera di garanti" all'interno delle società²⁹⁰, e tuttavia l'azione decisiva dipende in ultima istanza dall'atto volontario, incontrollabile, dell'ultimo soggetto coinvolto, con estrema difficoltà si potrà accertare l'efficacia causale dell'intervento di chi poteva meramente vigilare ed allertare²⁹¹.

Il che porta ad affermare, e con ciò termina la terza obiezione, la scarsa efficacia deterrente di un simile sistema di posizioni di garanzia "deboli", giustificato proprio dalla preoccupazione di una dispersione della responsabilità penale nelle organizzazioni complesse, ove si verifica una ripartizione dei ruoli e del controllo sui rischi. Infatti, la rilevanza ex art. 40, comma 2 c.p. dei poteri-doveri mediatamente impeditivi non fa

l'insieme delle condizioni necessarie, tra loro indipendenti, si pone come causa sufficiente, mentre nessuno dei singoli fattori, pur essendo necessario, risulta di per sé sufficiente a produrre l'evento. Di qui, il mancato intervento del garante equivale, nel decorso causale, al fattore umano o naturalistico che ha innescato il processo causale. In tal senso, NAPPI A., *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. pen.*, 2004, 4296. Cionondimeno il discorso cambia, quando più interventi umani doverosi siano tra loro concatenati: in questo caso può rilevare tra i fattori causali dell'evento soltanto l'omissione di colui che sia vincolato al bene da una relazione forte, ovvero di colui che dispone di poteri aventi immediata efficacia impeditiva. Altri tipi di interventi, prima ancora di essere valutabili sotto un profilo causale, non superano la prova di resistenza dei requisiti imposti per la configurazione di una posizione di garanzia, motivo per cui è irrilevante porsi il problema di una relativa efficacia causale concorrente con altri fattori.

²⁹⁰ L'espressione è tratta da NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 297, nt. n. 288. L'Autore osserva come in numerosi altri settori del diritto penale si conosca il fenomeno della pluralità di garanti, per fondare l'attribuzione di una posizione di garanzia anche in capo a chi, pur non potendo intervenire direttamente sul processo causale, nondimeno dispone di poteri di controllo ed allerta. Si deve nondimeno rilevare che una cosa è il fenomeno del cumulo di garanti, caratterizzato dalla pienezza dei poteri-doveri di garanzia in capo a più soggetti. Altro invece è la frammentazione dei poteri tipici di una posizione di garanzia tra più soggetti.

²⁹¹ Per una breve descrizione delle problematiche in tema di nesso causale nel reato omissivo improprio, si rinvia al paragrafo seguente. Sin d'ora, tuttavia, si avverte la necessità di precisare che, aderendo alla concezione più restrittiva di potere impeditivo, non si giunge a negare la necessità di una verifica del nesso causale, come invece affermato dai sostenitori della tesi avversa, i quali accusano la concezione più restrittiva di potere impeditivo di confondere il piano del potere con quello dell'accertamento causale. In tal senso: NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit. 290 ss., in particolare, 294. In realtà si ritiene che l'adesione alla teoria della concezione di potere impeditivo in astratto, non elimini il problema dell'accertamento causale. Concependo, infatti, il potere in senso risolutivo, si richiede soltanto la necessità e sufficienza dell'intervento del garante a scopo protettivo, senza necessità di intermediari. Tuttavia, alla stregua del giudizio controfattuale ipotetico, e soltanto alla luce delle circostanze del fatto concreto, è possibile stabilire se quell'intervento avrebbe potuto impedire quell'evento.

altro che moltiplicare il numero di soggetti imputabili sulla carta, l'efficacia causale del cui intervento è tuttavia assai complessa da dimostrare in sede processuale, con difficoltà di giungere ad una dichiarazione di responsabilità penale per omissione, quanto meno nel rispetto dei principi fondamentali del diritto penale. E ciò al prezzo del sacrificio del principio di personalità della responsabilità penale.

In adesione alla connotazione più restrittiva del potere giuridico impeditivo, è possibile dunque distinguere gli obblighi di garanzia, rilevanti ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., da quelli di attivazione²⁹² e di sorveglianza²⁹³ che, pur avendo ad oggetto il compimento di una determinata azione, non possono fungere da elemento di equivalenza, idoneo a compensare l'assenza del nesso di causalità naturalistico. La relativa violazione, pertanto, non configura mai un reato omissivo improprio, ma assume rilevanza penale solo ed esclusivamente se espressamente incriminata.

Gli obblighi di attivazione si distinguono dall'obbligo di garanzia, in quanto il titolare del dovere di attivarsi è privo di poteri di controllo ed impedimento di eventi lesivi: la sua attivazione è richiesta al verificarsi di una determinata situazione di fatto, prevista dalla norma e in genere consistente in un pericolo per il bene giuridico da tutelare. Pertanto il rapporto che lega l'obbligato al bene non preesiste, bensì sorge contestualmente al pericolo ed in ragione della presenza o della partecipazione del soggetto al verificarsi della situazione pericolosa o di altro presupposto di fatto²⁹⁴.

²⁹² MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 164 s.; ID., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, 337 ss. Gli obblighi di attivazione sono gli obblighi posti dalla norma penale che disciplina una fattispecie omissiva propria, quali ad esempio l'obbligo di soccorso di cui all'art. 593 ovvero di provvedere agli alimenti ex art. 570, comma 2 c.p. L'Autore specifica, tuttavia, che l'obbligo di attivarsi penalmente rilevante possa essere previsto altresì dalla legge extrapenale, rispetto a cui la norma penale ha funzione meramente sanzionatoria ovvero anche da fonti sublegislative integratrici di norme penali in bianco. Diffusamente sul tema LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 14, 55 ss., che esclude dal novero dei doveri di attivarsi penalmente rilevanti, quelli puramente civilistici o posti dalle norme processuali o disciplinari. Gli obblighi di attivazione si distinguono dall'obbligo di garanzia, in quanto il titolare del dovere di attivarsi è privo di poteri di controllo ed impedimento di eventi lesivi: la sua attivazione è richiesta al verificarsi di una determinata situazione di fatto, prevista dalla norma e in genere consistente in un pericolo per il bene giuridico da tutelare. Pertanto il rapporto che lega l'obbligato al bene non preesiste, bensì sorge contestualmente al pericolo ed in ragione della presenza o della partecipazione del soggetto al verificarsi della situazione pericolosa o di altro presupposto di fatto. Destinatario dell'obbligo può essere dunque un qualunque consociato ovvero anche un soggetto appartenente ad una specifica categoria, in capo a cui però l'obbligo sorge solo alla realizzazione del presupposto fattuale e non preventivamente

²⁹³ Si tratta di categoria di obblighi, la cui distinzione rispetto a quelli di garanzia risale a FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 201.

²⁹⁴ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 60. Destinatario dell'obbligo può essere dunque un qualunque consociato ovvero anche un soggetto appartenente ad una specifica categoria, in capo a cui però l'obbligo sorge solo alla realizzazione del presupposto fattuale e

Più labile è il confine con l'*obbligo di sorveglianza*, che consiste nell'obbligo gravante sui soggetti muniti di poteri di controllo e di intervento sull'altrui attività illecita o irregolare, limitato tuttavia all'allerta del titolare o del garante del bene giuridico e quindi privo di efficacia impeditiva diretta della stessa. In quanto al momento dell'assunzione dell'obbligo di sorveglianza e all'individuazione del titolare dello stesso, non vi è invece alcuna differenza tra le due tipologie di obblighi: si tratta pur sempre, infatti, di doveri attinenti a rapporti preesistenti all'insorgere del pericolo per il bene bisognoso di protezione, facenti capo a soggetti determinati, investiti dei suddetti poteri di controllo ed informativa. Tali poteri non possono essere attribuiti alla generalità dei consociati, bensì soltanto a chi si trova in una posizione di particolare vicinanza al bene giuridico tutelando²⁹⁵.

Le due tipologie di obblighi appaiono quindi in gran parte sovrapponibili, con il rischio, effettivamente concretizzatosi proprio nella realtà dei controlli societari, di confondere le rispettive conseguenze sanzionatorie.

Poiché il *discrimen* consiste nel tipo di poteri di intervento spettanti al garante e al sorvegliante, di natura impeditiva il primo, meramente informativo il secondo, ne discende che solo intendendo in senso immediato e risolutivo il concetto di impedimento, è possibile mantenere distinti obblighi di garanzia e di sorveglianza.

Tale distinzione rileva per altro nel campo della responsabilità per omesso impedimento di reati, in concorso con l'autore, ai sensi degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p., in cui può incorrere solo il garante²⁹⁶. Per contro, la violazione di un obbligo di sorveglianza può rilevare penalmente solo ove espressamente prevista come condotta tipica di un reato omissivo proprio. In questo secondo caso manca infatti quel requisito di equivalenza tra l'azione e l'omissione, che, come si è visto, può consistere esclusivamente nel potere idoneo ad incidere in modo risolutivo sulla situazione di pericolo²⁹⁷.

non preventivamente. Tali sono ad esempio i pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio, tenuti alla denuncia di fatti di reato perseguibili d'ufficio, di cui abbiano avuto notizia nell'esercizio o a causa della propria funzione o servizio (artt. 361-362 c.p.) o l'obbligo di redigere un referto da trasmettere all'autorità giudiziaria in caso

²⁹⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 164 s.; ID., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, 337 ss; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 151 ss..

²⁹⁶ Si rinvia sul punto al capitolo successivo.

²⁹⁷ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 151; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, cit., 69; GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto*

1.5 Cenni in materia di nesso causale ed elemento soggettivo nel reato omissivo improprio.

All'esito dell'*excursus* storico-dogmatico volto a comprendere i termini del problema dell'equivalenza tra azione ed omissione, si è riconosciuta alla posizione di garanzia funzione di tipizzazione della condotta omissiva. L'individuazione sul piano normativo di tale situazione giuridica, consistente nel compendio di poteri e doveri giuridici impeditivi, non consente tuttavia ancora di attribuire obbiettivamente e psicologicamente il fatto al garante, richiedendosi altresì l'individuazione dei requisiti della causalità omissiva e dell'elemento soggettivo richiesto per l'integrazione della fattispecie omissiva impropria.

In tale sede si darà conto delle ricostruzioni proposte da dottrina e giurisprudenza, delineando i caratteri essenziali degli istituti e senza indugiare nelle numerose problematiche che entrambi tali profili della responsabilità omissiva suscitano, soprattutto nella prassi. Un approfondimento degli aspetti più discussi in materia verrà invece condotto nel capitolo seguente, in relazione allo specifico ambito della responsabilità dei controllori per l'omesso impedimento di illeciti societari.

Sotto il primo profilo si deve ribadire che la presenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p. non consente alcuna presunzione di causalità: benché la norma sia collocata nell'ambito della disciplina del nesso causale, essa non pone un meccanismo di imputazione automatica dell'evento al garante.

Se è vero, infatti, che non esiste un nesso naturalistico del tipo "causa-effetto", poiché nessuna omissione, in quanto inerzia, può scatenare un certo processo causale²⁹⁸, è vero anche, tuttavia, che una determinata azione può concretamente paralizzare la verifica di un evento, esplicando efficacia impeditiva. Cionondimeno, tra le condotte attive concretamente impeditive, non tutte rilevano penalmente, ma solo quella doverosa del garante, individuato dalla legge in base al requisito del potere-dovere di garanzia.

In questo senso la causalità omissiva può ritenersi "normativa": il requisito di cui all'art. 40, comma 2 c.p. seleziona le sole condotte omissive penalmente rilevanti, di cui può

penale societario, cit. 608; FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 201

²⁹⁸ A monte di un processo causale che sfocia nell'evento di reato, vi sarà infatti un fattore, di qualsivoglia natura, umana o naturalistica, che innesca tale processo.

essere verificata l'efficacia causale secondo le modalità del giudizio ipotetico controfattuale²⁹⁹.

Quest'ultimo richiede una sostituzione mentale dell'azione doverosa all'omissione, per stabilire se in tale ipotesi l'evento si sarebbe o meno verificato.

Causalità attiva ed omissiva differiscono quindi sotto il profilo strutturale: nella prima, infatti, il nesso eziologico indagato avvince termini reali (la condotta concretamente tenuta dall'autore e l'evento concretamente verificatosi); nella seconda, invece, è di natura ipotetica, dovendosi immaginare per avvenuta la condotta doverosa omessa e verificare se l'evento si sarebbe egualmente realizzato o meno³⁰⁰.

La diversità strutturale, tuttavia, non incide sul tipo di procedimento logico di accertamento: in entrambi i casi, infatti, il giudice è chiamato a formulare un giudizio di tipo controfattuale o ipotetico, ovvero a sostituire la condotta tenuta con quella alternativa (l'omissione nel caso di reati commissivi, l'azione doverosa in quelli omissivi impropri), per stabilire se l'evento si sarebbe egualmente verificato³⁰¹.

²⁹⁹ FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 78; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 385, 417; MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984; PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2013, 226; RONCO M., *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in (opera diretta da) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, I, cit., 259 s.; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit. 221; MARINUCCI G., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 253. In giurisprudenza Cass. pen., sez. IV, 25 giugno 2013, n. 27781, in *Dir. Giust.*, 2013, 837.

³⁰⁰ Sul punto si rinvia agli Autori citati alla nota precedente, secondo i quali, dunque, solo impropriamente può parlarsi di causalità nell'omissione, in quanto la condotta imputata non esiste naturalisticamente, o meglio consiste in un *nihil*, cui viene nondimeno ricollegato un evento, ipotizzando la condotta doverosa e verificando la non verificazione altrimenti dell'evento. Per questo si preferisce parlare di causalità ipotetica o prognostica. Per contro STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1249, secondo il quale non sussisterebbe alcuna differenza nel processo esplicativo della realtà causale omissiva rispetto a quella attiva: l'omissione, infatti, al pari dell'azione, può configurarsi come un antecedente necessario della condotta, in quanto condizione statica che influenza il decorso causale. Infine, VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1679, parlando di giudizi esplicativi (o diagnostici) e giudizi predittivi (o prognostici) nell'imputazione di eventi penalmente rilevanti, ritiene di non riferire la distinzione ai differenti tipi di causalità, rispettivamente attiva ed omissiva, bensì alla causalità in generale e alla colpa, nel senso che il primo modello di spiegazione degli eventi si adatterebbe alla causalità tanto attiva quanto omissiva, il secondo invece alla forma di imputazione soggettiva.

³⁰¹ PALIERO C., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 839, pur aderendo alla concezione di Stella, precisa che una differenza tra i modelli esplicativi delle due causalità esiste: entrambi, infatti, sono di natura ipotetica, poiché impongono di supporre l'eliminazione della condotta realmente tenuta per stabilire se l'evento si verificherebbe ugualmente. Tuttavia, soltanto la causalità omissiva ha struttura doppiamente ipotetica, poiché, accanto all'eventuale diverso accadimento, deve mentalmente ipotizzarsi una diversa, determinata condotta. Sulla base di identica osservazione MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., conferma invece la diversità ontologica delle due causalità.

I parametri che consentono di pervenire a tale giudizio sono offerti dalle leggi di copertura scientifiche, matematiche o probabilistiche, che descrivono il rapporto di derivazione causa-evento rispettivamente in termini di certezza assoluta o di regolarità statistica, le quali sono applicabili quando il processo causale sia innescato da un fattore meccanico o naturale; viceversa, in mancanza di leggi scientifiche idonee a spiegare il susseguirsi degli accadimenti, come ad esempio qualora i fattori scatenanti il processo causale consistano in condotte umane o l'evento da impedire sia un fatto di reato, l'interprete non potrà che ricorrere a massime dell'esperienza umana per stabilire, secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, se l'intervento del garante avrebbe potuto, con probabilità vicina alla certezza, evitare l'evento³⁰².

In quanto al grado di probabilità richiesta, dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno ormai recepito la formula elaborata dalle Sezioni Unite Francese in tema di responsabilità medica, in base alla quale il grado di certezza necessario e sufficiente per affermare l'imputabilità oggettiva dell'evento al garante è quello della probabilità logica o elevata credibilità razionale, che, tradotto in termini processuali, significa superamento del ragionevole dubbio richiesto dall'art. 533 c.p.p.: al vaglio *ex post* di tutte le circostanze del caso concreto, se risulta razionalmente credibile che il fatto rientri nella sequenza condotta-evento, astrattamente descritta dalla legge di sussunzione, deve affermarsi la sussistenza del nesso eziologico di tipo omissivo, a prescindere, in caso di legge meramente statistica, dal valore più o meno elevato del coefficiente di probabilità che la connota³⁰³.

³⁰² *Ex multis* MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit. 223.

³⁰³ Cass. pen., SSUU, 10 luglio 2002, n. 30328, in www.iusexplorer.it. In modo tendenzialmente conforme la giurisprudenza successiva, così come riconosciuto da ultimo in Cass. pen., SSUU, 14 settembre 2014, n. 38343, in www.penalecontemporaneo.it. In dottrina MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984; PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., 226; RONCO M., *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in (opera diretta da) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, I, cit., 259 s.; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit. 221; MARINUCCI G., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 253. Per parte della dottrina, DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32, oggetto del giudizio di probabilità non è il sintagma condotta doverosa-mancata verifica dell'evento, bensì condotta doverosa-diminuzione del rischio. Una simile interpretazione, talora utilizzata in giurisprudenza per affermare la sussistenza del nesso causale tra l'inerzia dell'organo controllore e la commissione di illeciti aziendali, non appare condivisibile, in quanto si tratta di un'applicazione della teoria dell'imputazione obiettiva ai reati omissivi impropri, che ha come esito la trasformazione *contra legem* dei delitti di danno in delitti di pericolo, essendo sufficiente provare l'efficacia della condotta doverosa rispetto alla riduzione del pericolo, non alla lesione concretamente

La sussunzione del fatto nella legge scientifica o nella massima di esperienza, quindi, non può prescindere dalla considerazione delle circostanze del caso concreto, in particolare dalla presenza di fattori causali alternativi, escludenti l'efficacia causale dell'omissione, secondo il modello delle cause sopravvenute alla condotta omissiva, di per sé idonee a determinare l'evento.

In dottrina si è correttamente osservato che nell'indagine del nesso causale di tipo omissivo è fuorviante interrogarsi circa la sussistenza di cause alternative, atteso che esiste sempre, necessariamente, un fattore causale scatenante, di per sé idoneo a cagionare l'evento³⁰⁴. La questione assume rilevanza a monte, riferendo l'alternatività alle possibili concause scatenanti il processo sfociato nell'evento lesivo: qualora l'evento possa essere determinato da una molteplicità di fattori, di cui soltanto alcuni devono essere contrastati dal garante, la verifica dell'assenza di altre concause "attive" costituisce una condizione pregiudiziale all'indagine sulla causalità omissiva, come nell'ipotesi di malattie multifattoriali, potenzialmente contraibili anche all'esterno dell'ambiente di lavoro.

In estrema sintesi, dunque, a seguito della verifica della qualità di garante, un fatto di reato può essere obiettivamente imputato all'omittente soltanto previo accertamento dell'efficacia impeditiva del suo ipotetico intervento, ovvero quando all'esito del giudizio controfattuale, perpetrato attraverso l'applicazione della legge di copertura o della massima di esperienza individuata in via di deduzione, nonché tenuto conto delle circostanze del caso concreto, sia possibile concludere per la mancata verifica dell'evento a fronte dell'esercizio della condotta doverosa.

L'omissione causalmente efficace nei termini ora ricostruiti può essere addebitata al garante a titolo di dolo o colpa, salva la rilevanza di tale secondo stato ai fini dell'integrazione della fattispecie tipica.

Contrariamente all'orientamento dottrinale di matrice tedesca che nega la configurabilità del dolo nelle forme di manifestazione omissiva del reato³⁰⁵, nel nostro

verificatasi. In tal senso chiaramente MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1.

³⁰⁴ MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 223.

³⁰⁵ KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 66, 73, 126; Id., *Unterlassung und Vorsatz*, in *Festschrift für H. von Weber*, Bonn, 1963, 218 ss.; WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 193 ss. In una prospettiva finalistica, secondo cui la condotta consiste nel tradursi della volontà nel fine perseguito, rispetto all'omissione non può configurarsi una volontà di realizzare tipico quale fine

ordinamento tale forma di imputazione soggettiva è generalmente ammessa, in quanto appare innegabile che anche l'inerzia possa essere frutto di una decisione ponderata³⁰⁶.

Nondimeno la particolare struttura del reato omissivo improprio, che presuppone la violazione di una regola di condotta esterna al dettato della norma incriminatrice, influisce sull'estensione dell'oggetto del dolo in tali fattispecie.

In quanto al momento rappresentativo, pacificamente devono esservi ricompresi sia la situazione di pericolo che attiva l'obbligo di intervento, sia l'idoneità della propria capacità giuridica e materiale di neutralizzare il pericolo nella situazione concreta³⁰⁷.

Inoltre, se è indiscussa la sufficienza della mera conoscibilità della norma incriminatrice risultante dall'innesto della clausola generale di cui all'art. 40, comma 2 c.p. nella norma di parte speciale, non vi è al contrario unanimità di vedute circa la necessaria conoscenza dell'obbligo giuridico impeditivo. Qualora, come nel presente lavoro, si ritenga di attribuire una funzione integratrice alla norma che pone l'obbligo di agire rispetto alla previsione incriminatrice, con conseguente attrazione della prima nella seconda, ne è sufficiente la mera conoscibilità. Oggetto della rappresentazione del garante dovrebbe essere quindi la sola situazione tipica di fatto cui l'ordinamento ricollega l'insorgere dei doveri-poteri impeditivi³⁰⁸.

Per altri, invece, sarebbe necessaria la conoscenza altresì dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, versandosi altrimenti in un'ipotesi di errore sulla legge extrapenale che determina un errore sul fatto ai sensi dell'art. 47, comma 3 c.p., con conseguente esclusione della componente cognitiva del dolo³⁰⁹.

ultimo dell'autore, in quanto manca una condotta capace di tradurre nel mondo esterno la volontà, guidando il decorso causale.

³⁰⁶ MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 984.

³⁰⁷ MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 307; MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 984; RONCO M., *Il dolo*, in (opera diretta da) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, I, Bologna, 2011, 554; MILITELLO V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, 988. Secondo gli ultimi due Autori citati, in particolare, non sarebbe sufficiente una conoscenza meramente potenziale del pericolo, in forza di esperienze pregresse note all'autore, ma non rivissute psicologicamente nel momento dell'omissione tipica. In senso contrario CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 248.

³⁰⁸ RONCO M., *Il dolo*, in (opera diretta da) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, I, cit., 554. In tal senso anche MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 308, nonostante collochi la posizione di garanzia nella categoria degli elementi normativi della fattispecie.

³⁰⁹ PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit. 299. Sottolinea nondimeno MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 984, che in concreto, minima è la differenza tra le due posizioni, dal momento che la prima richiede comunque una cognizione delle circostanze di fatto cui l'ordinamento ancora la posizione di garanzia, con conseguente conoscenza, anche

Alla rappresentazione del pericolo e delle capacità impeditive, deve poi affiancarsi il momento volitivo del dolo omissivo, rivolto tanto all'astensione dalla condotta doverosa, ovvero all'omissione, quanto alla realizzazione dell'evento concretamente verificatosi³¹⁰.

Con riferimento all'intensità del volere del garante rispetto all'evento, si deve dare atto della compresenza di due contrapposti orientamenti circa l'ammissibilità delle forme oblique di dolo, specialmente del dolo eventuale, nelle forme omissive di manifestazione del reato. Tale questione non è di poco conto, se si considera che frequentemente il mancato impedimento di reati è imputato ai membri degli organi societari di controllo proprio nella forma del dolo eventuale³¹¹.

Consapevoli dell'impossibilità di soffermarsi in questa sede sulla rassegna delle teorie volte a spiegare l'essenza del dolo eventuale e ad individuarne i confini rispetto alla colpa cosciente³¹², basterà ricordare che nelle concezioni più accreditate in dottrina e giurisprudenza, esso è inteso come sintesi di un momento intellettuale, consistente nella previsione dell'evento lesivo quale possibile conseguenza accessoria della condotta, e di un momento volitivo, individuato- non senza varietà di sfumature- nell'accettazione dell'evento³¹³ ovvero del rischio della sua verificaione.³¹⁴

se profana, dei doveri di intervento, o perché connaturati alla posizione di fatto acquisita (es.- la madre) o perché negozialmente assunti (es.- la babysitter).

³¹⁰ MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 984; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 307; MILITELLO V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, cit., 984; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit. 298; RONCO M., *Il dolo*, in (opera diretta da) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, I, Bologna, 2011, 554. In particolare dall'accertamento della coscienza e volontà di omettere l'azione doverosa non può affermarsi in via presuntiva altresì la volontà dell'evento, con conseguente inversione della prova a carico dell'imputato.

³¹¹ Sul punto si rinvia al capitolo successivo.

³¹² Sul punto si rinvia a CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, cit., 33 ss.

³¹³ MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 299, afferma la necessità che oggetto del dolo sia non il semplice rischio, bensì l'evento stesso, a pena di una trasformazione, sotto il profilo soggettivo, di fattispecie ad evento lesivo in fattispecie di mero pericolo. Nello stesso senso RONCO M., *Dolo, preterintenzione e colpa: fondamento e struttura*, in (opera diretta da) RONCO M., *Commentario al codice penale. Il reato*, I, Bologna, 2011, 500. In giurisprudenza si segnala la recente presa di posizione in tal senso delle Sezioni Unite con la sentenza Cass. pen., SSUU, 14 settembre 2014, n. 38343, cit., 175 ss., conclusiva della nota vicenda Thyssenkrupp. Per una posizione critica delle impostazioni giurisprudenziali più recenti in materia di dolo eventuale, si rinvia a VIGANÒ F., *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in www.penalecontemporaneo.it.

³¹⁴ MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 984; ID., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 315; CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, cit., 194 ss, 256 ss, in particolare come assunzione di un rischio non consentito, il quale non sarebbe stato preso in considerazione da un agente *eiusdem condicionis ac professionis* dell'autore del reato; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 369.

Alla luce di tale definizione, appare quanto meno ipotizzabile in astratto che un soggetto, obbligato ad intervenire in funzione impeditiva di un evento, ometta di farlo per il perseguimento di un interesse ulteriore rispetto alla verifica dell'evento lesivo, a costo della quale agisce comunque.

Per contro l'orientamento più restrittivo, che nega la configurabilità del dolo eventuale (e financo di quello diretto) nelle fattispecie omissive improprie, afferma l'incompatibilità strutturale dell'omissione, volta ad un obiettivo lecito, con la compresenza di possibili risultati accessori, di cui l'autore accetti meramente il rischio, stante il “*carattere meno univoco della realizzazione fra il soggetto e la sua condotta omissiva*”³¹⁵.

In base a tale prospettiva, quindi, il contegno omissivo non potrebbe che essere direttamente finalizzato, nella psiche del garante, a realizzare l'evento lesivo: ogni altra finalità, con la mera accettazione del rischio della verifica di conseguenze accessorie, impedirebbe l'imputabilità dell'evento a titolo di dolo, potendo eventualmente rispondere l'omittente solo per colpa cosciente³¹⁶.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 283, secondo cui dall'accettazione deve trasparire un disprezzo per il bene giuridico particolare e concreto che viene leso. Il disprezzo attiene alla particolare condizione emotiva del reo nei confronti dell'evento: si tratta di una decisione contro il bene, dell'opzione per il sacrificio del bene; BORSARI R., *I confini della responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, in *Cont., fin., contr.*, 2009, 266. Nella letteratura tedesca: FRISCH W., *Vorsatz und Risiko*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, 484; JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 299; ROXIN C., *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, im *Jus*, 1964, 53; WESSELS J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2015, 66.

³¹⁵ Letteralmente MILITELLO V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, cit., 987. Nello stesso senso PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 294 ss.; ID., *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale dolus in re ipsa ed errore su legge penale)*, in *Cass. pen.*, 1991, 324; G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 469; EUSEBI L., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1053; ID., *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 207. Nemmeno l'argomento di natura quasi neuropsichica addotto da quest'ultimo Autore alla negazione della configurabilità di fattispecie omissive a dolo eventuale appare convincente. In base a tale argomentazione, l'effettiva adozione di una certa condotta deve essere psichicamente collegata alla prospettiva di realizzare un certo risultato nel momento cardine in cui la decisione di agire od omettere viene adottata, perché solo in tal caso il motivo interiore diviene causa psichica dell'atto volitivo, cioè il risultato perseguito “mette moto al movimento o all'inerzia corporei”, divenendo l'obiettivo principale dell'autore. Di qui si afferma che i motivi primi che inducono a non agire, come ad esempio il timore per la propria incolumità che trattiene il marito a gettarsi nelle acque in cui la moglie sta annegando, pur nella consapevolezza del possibile evento letale a danno di quest'ultima, sarebbero preesistenti, quindi non potrebbero ritenersi determinanti all'atto della decisione di astenersi. In realtà non si riesce a comprendere per quale motivo un risultato di per sé lecito (l'incolumità personale del garante) non possa svolgere tale ruolo, innescando così l'omissione nel momento stesso in cui viene adottata la decisione di non intervenire e degradando l'evento lesivo (la morte del soggetto tutelato) a conseguenza meramente accessoria.

³¹⁶ A tale esito giunse la stessa giurisprudenza di legittimità (Cass. pen. 13 dicembre 1983, in *Cass. pen.*, 1984, 2400 ss.) nel caso tristemente famoso della bimba affetta da morbo di Cooley, i cui genitori, testimoni di Geova, negarono il consenso alle trasfusioni di sangue che si sarebbero rivelate necessarie

A fronte della carenza e tautologia delle argomentazioni addotte dalla ricordata impostazione, non può che aderirsi all'orientamento assolutamente prevalente nella scienza penalistica italiana, secondo cui ogni forma di intensità della volontà, compresa quella minima propria del dolo eventuale, sarebbe compatibile con le forme omissive di manifestazione del reato³¹⁷.

Critica appare piuttosto la prova del dolo eventuale: alla costante difficoltà di dimostrare un elemento totalmente appartenente al foro interiore mediante le sole massime di esperienza³¹⁸, il pericolo di scorciatoie probatorie, diffuse nella prassi mediante il ricorso a meccanismi di presunzione della rappresentazione dell'evento e, a catena, del momento volitivo dell'accettazione del rischio.

Soprattutto nell'ambito dei controlli societari, infatti, viene data rilevanza ad indici quali la ripetuta negligenza nell'adempimento dei doveri di controllo gravanti sul garante³¹⁹, con pericoloso scivolamento nel terreno della responsabilità colposa, ovvero l'esistenza di "segnali d'allarme", la cui effettiva percezione, necessaria ai fini della rappresentazione del pericolo in corso, viene affermata in base a massime d'esperienza e generalizzazioni, prive di riferimento a dati empirici e riscontrabili nel caso di specie³²⁰, quale il ricorso alla formula del "non poteva non sapere" stante la posizione assunta³²¹.

Per contro in dottrina si afferma l'esigenza di ricorrere a regole di esperienza, altresì corroborate da elementi del fatto concreto, quali il grado di concreta pericolosità della condotta, il comportamento ad essa successivo, e, in ordine al momento volitivo, il

alla salvezza della piccola. Secondo EUSEBI L., *Il dolo come volontà*, cit. 209, in un caso del genere sarebbe sufficiente ad escludere la configurabilità del dolo eventuale il fatto che motivi di carattere religioso od etico, si opporrebbero soltanto alla condotta in sé e per sé considerata e non invece al risultato cui essa tende, cioè la salvezza del bene giuridico, perseguibile con altri mezzi. Si deve tuttavia osservare, come in realtà come l'oggetto del volere deve essere l'evento verificatosi, non quello non verificatosi, che si sarebbe potuto perseguire con la condotta doverosa (la salvezza della bambina). In base all'impostazione qui accolta, ben si può ammettere, per contro, l'accettazione del rischio o dell'evento letale, come conseguenza accessoria della mancata adozione della condotta doverosa per il rispetto di precetti religiosi.

³¹⁷ MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 308; MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 984; CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, cit., 257.

³¹⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 324 ss.; MARINUCCI G.- DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit. 309 ss.; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 367 s.. In giurisprudenza, per una ricognizione dei criteri di accertamento del dolo eventuale, si rinvia a Cass. pen., SSUU, 14 settembre 2014, n. 38343, cit., 183 ss.

³¹⁹ Cass. pen., sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, a conclusione della vicenda del Banco Ambrosiano.

³²⁰ Cass. pen., sez. V, 3 ottobre 2007, n. 1896

³²¹ Cass. pen., sez II, 12 febbraio 2009.

tempo avuto a disposizione dall'autore per ponderare la scelta di non agire, nonché il tipo e l'intensità dello scopo perseguito, a favore del quale il bene giuridico è stato sacrificato³²².

In quanto invece al coefficiente psicologico della colpa, il reato omissivo improprio può sempre essere commesso e punito a tale titolo, purché lo sia la corrispondente forma commissiva. E' sufficiente che il garante violi una regola cautelare, potendo rappresentarsi, sebbene non volendolo, che dal proprio comportamento negligente, imprudente o imperito, ovvero contrario a leggi, regolamenti, ordini o discipline, derivi l'evento lesivo che egli è tenuto ad impedire. Ai fini della sussistenza del nesso causale tra colpa ed evento, l'evento verificatosi deve coincidere con quello che la norma precauzionale mirava specificamente ad evitare e che pertanto sarebbe stato evitabile mediante l'omessa condotta doverosa³²³.

Il profilo più discusso in ordine ai reati omissivi impropri colposi attiene ai rapporti tra obbligo di intervento e dovere di diligenza.

Infatti, l'essenza del reato omissivo improprio consiste nell'astensione dal comportamento oggetto di un dovere penalmente sanzionato in forza del combinato disposto tra la norma di parte speciale e la clausola generale di cui all'art. 40, comma 2 c.p.. Parimenti, in ogni fattispecie colposa si ravvisa un profilo normativo, consistente nella violazione della regola cautelare, che reca in sé l'omissione della diligenza dovuta nello svolgimento di un'attività pericolosa per il bene penalmente tutelato contro aggressioni colpose (c.d. momento omissivo della colpa)³²⁴. Tuttavia non ogni atteggiamento umano che violi norme di diligenza consiste in un'omissione, potendo

³²² MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 328. Più diffusamente sul tema, CERQUETTI G., *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004, 345; PIERDONATI M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012, 1 ss..

³²³ Sulla struttura del reato colposo in generale, *ex multis*, CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa*, Torino, 2011; CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009; FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Milano, 1993; MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, 299 ss; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 333 ss.; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 313 ss; MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 103; ID., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss; ID., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1 ss.;

³²⁴ Nel senso della natura normativa di entrambe le forme di reato GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit. 96; NAPPI A., *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, cit. 4296.

concretizzarsi in un contegno attivo, soltanto qualificato dalla mancata adozione delle opportune cautele³²⁵.

Perciò la distinzione tra obbligo di garanzia e dovere di diligenza è imprescindibile al fine di determinare con precisione la reciproca funzione nell'individuazione della condotta doverosa, la cui omissione può essere penalmente imputata al garante ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p.³²⁶.

Per alcuni Autori i due doveri (di garanzia e di diligenza) coinciderebbero³²⁷. Per contro, secondo l'impostazione maggioritaria, essi si intersecano nel definire l'omissione, l'obbligo di garanzia fondando la responsabilità omissiva sotto il profilo del fatto tipico, mentre il dovere di diligenza determinando quando essa possa definirsi altresì colposa. Tuttavia essi differiscono in quanto a natura e contenuto, poiché il primo avrebbe natura precettiva, imponendo una certa azione di carattere impeditivo, mentre il dovere di diligenza avrebbe soltanto natura tecnica, descrittiva, in quanto indicherebbe le modalità con cui l'azione impeditiva deve essere tenuta, in funzione precauzionale³²⁸.

Quindi, mentre l'obbligo di garanzia, attribuito a determinati soggetti da una norma giuridica dell'ordinamento, si attiverebbe nel momento dell'insorgere del pericolo (così il medico chiamato ad impedire l'evento lesivo o letale del paziente attraverso la prescrizione di una certa terapia o lo svolgimento di un intervento chirurgico), il dovere di diligenza sorgerebbe in generale in connessione allo svolgimento di un'attività pericolosa consentita dall'ordinamento, al fine di prevenire l'insorgere del rischio di un

³²⁵ MILITELLO V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, cit., 988; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 121 s.

³²⁶ GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 96, secondo cui omissione e colpa confluiscono nel delineare la pretesa comportamentale complessiva, ma sono distinti logicamente e funzionalmente.

³²⁷ In questo senso MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 332, secondo cui la colpa omissiva si sostanzia si sostanzia nell'omesso controllo o nel mancato compimento delle azioni necessarie a neutralizzare l'evento. Inoltre MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 103; il quale si rifà a GALLAS W., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, 1963, Heidelberg, 32 s.; FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 106; SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 161.

³²⁸ CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 458; GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit. 94 ss.; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 372; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 118 ss.; MILITELLO V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, cit., 989; NAPPI A., *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, cit. 4296.

danno a terzi (così le *leges artis* che presidiano l'attività medico-chirurgica, posta in essere in funzione di garanzia)³²⁹.

Nella responsabilità omissiva, pertanto, l'esistenza del secondo presuppone quella del primo: solo il titolare di un obbligo di garanzia è tenuto ad intervenire al concretizzarsi di un certo pericolo per il bene giuridico³³⁰ e ad intervenire con determinate modalità, ovvero conformemente alla regola di diligenza, che deve essere individuata in base al parametro dell'agente modello, ovvero dell'*homo eiusdem condicionis ac professionis*, per la ricostruzione del quale si tiene conto altresì del novero di poteri di cui il garante è dotato³³¹. L'omissione del comportamento così delineato, in funzione di prevenzione del pericolo esterno, integra quindi l'omissione colposa, rilevante ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p.. Viceversa, un intervento del garante difforme dalle misure precauzionali, volte ad evitare che l'azione dello stesso cagioni la lesione di beni giuridici altrui, nel momento in cui la sua attività si connota per particolare pericolosità, consente di attribuire la causazione dell'evento all'azione piuttosto che all'omissione delle cautele dovute, con conseguente configurabilità di una responsabilità colposa ma di tipo commissivo³³².

³²⁹ In ordine al presupposto fattuale attivante i due doveri, nonché agli altri profili differenziali, si veda *funditus* LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 118 ss, nonché NAPPI A., *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, cit. 4296.

³³⁰ GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 104, secondo cui limite all'instaurarsi del dovere di diligenza non è solo l'esistenza dell'obbligo di agire, ma altresì la possibilità di attivarsi in uno dei modi rientranti nelle facoltà del garante. Si è visto che tale possibilità materiale costituisce il presupposto della stessa imputabilità al garante dell'obbligo di garanzia.

³³¹ GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 100. In questo senso può dirsi che l'obbligo di garanzia ha funzione limitante rispetto al dovere di diligenza, "*la cui caratteristica è quella di essere modellata sul parametro dell'esperto universale*". A tale argomento ricorrono gli stessi sostenitori della teoria che ravvisa una coincidenza tra obbligo di garanzia e di diligenza, in particolare: SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 161.

³³² LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 121 ss., alla stregua di tale impostazione, la categoria degli obblighi di garanzia di controllo deve essere allora ristretta, nel senso che il controllo su una situazione di pericolo originata dalla propria attività pericolosa integra il contenuto di una regola cautelare. Viceversa il dovere di controllo che sorge da una situazione statica, in ragione della signoria del soggetto su tale situazione (es.- immobile pericolante; animale pericoloso ecc..) integra il contenuto di un obbligo di garanzia.

CAPITOLO III

IL CONTROLLO SULLA GESTIONE SOCIETARIA: OBBLIGHI DI GARANZIA NELLO STATUTO DELLE SOCIETÀ PER AZIONI

SOMMARIO: 3.1 *Corporate governance* e responsabilità penale per l'omesso impedimento del reato. Finalità dell'indagine. - 3.2 Ammissibilità e presupposti del concorso omissivo nel reato commissivo ai sensi degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p. e dei §§ 13 e 25-27 *StGB*. - 3.2.1 (Segue) Morfologia del potere impeditivo di reati nell'ambito dei rapporti tra organi societari. Natura comminatoria o mediata? - 3.3 I poteri-doveri di controllo sulla gestione e di impedimento di reati in ambito societario: la posizione dei consiglieri di amministrazione.- 3.3.1 I doveri e poteri dei membri collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato di controllo sulla gestione.- 3.4. L'imputazione oggettiva e soggettiva del mancato impedimento del reato ai soggetti con funzioni di controllo all'interno delle società.- 3.5 Il modello tedesco. Obblighi di garanzia dei membri del *Vorstand* e dell'*Aufsichtsrat* nelle *Aktiengesellschaften* tedesche.- 3.5.1 Segue: la tutela "graduata" della *Garantenpflichtverletzung* (§ 13 *StGB*) e della *Verletzung der Aufsichtspflicht* (§ 130 *OWiG*): rilevanza dei controlli societari tra responsabilità penale e amministrativa.

3.1 *Corporate governance* e responsabilità penale per l'omesso impedimento del reato. Finalità dell'indagine.

L'analisi dell'istituto del reato omissivo improprio ha consentito di porre le basi per una riflessione sui presupposti e sui limiti della responsabilità concorsuale di soggetti con funzioni di controllo in ambito societario, per il mancato impedimento dell'altrui reato.

L'indagine si svolgerà su due piani, distinguendo tra controlli societari sulla gestione, oggetto del presente capitolo, e controlli sull'organizzazione, per la quale si rinvia al capitolo successivo.

Si è visto, infatti, come, accanto alle tradizionali funzioni di controllo sulla legalità dell'operato dei gestori, si aggiunga oggi un'ulteriore tipologia di vigilanza all'interno delle società: quella di controllo sull'organizzazione nel suo complesso, culminante nel dovere degli organi di amministrazione e controllo di dotare le società di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, di cui fanno parte i modelli di organizzazione e prevenzione di reati ex d.lgs. 231/2001: un insieme di procedure e protocolli, volti a garantire una costante monitorabilità dell'attività e dell'organizzazione societaria, al fine del raggiungimento degli scopi cui essa tende prevenendo errori, irregolarità ed illeciti, anche penali.

Una comprensione dell'*an* e del *quantum* tale "nuova generazione" di controlli influisca sui contorni della responsabilità penale dei soggetti incaricati della relativa predisposizione ed attuazione, presuppone una disamina dello stato dell'arte nell'ambito

dei controlli sulla gestione, oggetto di studio pluridecennale da parte della dottrina e della giurisprudenza italiane. Sarà utile soffermarsi altresì sull'esperienza tedesca, in cui è presente una disciplina sanzionatoria a garanzia dell'effettività di entrambe le forme di controllo.

Con riferimento al controllo sulla gestione societaria, si osserva che il c.d. di cui agli artt. 40, comma 2 e 110 c.p. ha trovato frequente applicazione in giurisprudenza a carico di amministratori non esecutivi e sindaci per il mancato impedimento dei reati commessi nell'esercizio della gestione economica, finanziaria e contabile delle società di capitali e soprattutto delle s.p.a., ciò spesso senza un adeguato vaglio della sussistenza degli elementi costitutivi di tale forma di responsabilità, *in primis* di una posizione di garanzia, dalla quale dipende la tipicità della condotta omissiva alla stregua delle norme ora richiamate.

Prima ancora della verifica dell'attitudine causale del comportamento omissivo del controllore, nonché dell'atteggiamento psicologico dello stesso nell'astensione dai propri compiti, essenziale è la determinazione della sussistenza o meno del presupposto oggettivo della fattispecie concorsuale- omissiva. Da tale questione preliminare dipende infatti il coinvolgimento o l'esclusione di tali soggetti da lunghi e complessi procedimenti penali, potendo così evitarsi il difficile accertamento del nesso di causalità omissiva e dell'elemento soggettivo del dolo eventuale rispetto a soggetti, la cui condotta non può assumere rilevanza penale.

La tendenza a riconoscere i membri di tali organi responsabili in concorso con gli autori di reati lesivi non solo dei beni societari, ma altresì di terzi, si spiega con la complessità dell'organizzazione societaria, caratterizzata da una capillare ripartizione delle funzioni di gestione, amministrazione e controllo.

Quest'ultima in particolare risulta frazionata tra una molteplicità di organismi, la cui istituzione all'interno delle realtà societarie è da un lato imposta o quanto meno incentivata dal legislatore per scongiurare il riūio di irregolarità ed attività illecite e reprimere la criminalità d'impresa, dall'altro accolta dalle società stesse allo scopo di evitare danni patrimoniali e d'immagine derivanti.

I poteri-doveri di compiere verifiche, accessi agli atti della gestione, istruire indagini e ricevere flussi di informazioni non sono tuttavia di per sé sufficienti alla configurazione di posizioni di garanzia.

Si è visto, infatti, come esse postulino altresì la titolarità di poteri giuridici di tipo impeditivo: solo in presenza di una possibilità non meramente fattuale, ma altresì giuridica, di impedire il fatto illecito altrui, l'ordinamento può pretendere da un soggetto un comportamento idoneo allo scopo e, in caso di inadempimento, consentire che all'omittente sia imputato il reato come fatto proprio, nel rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale.

Parte della dottrina ha quindi avvertito l'esigenza di esaminare nel dettaglio la disciplina degli organi societari con funzioni di controllo, per verificare in quali casi accanto ai doveri previsti dalla legge in capo agli organi titolari di tali funzioni, sussistano altresì poteri impeditivi idonei a fondare posizioni di garanzia per l'impedimento delle attività illecite poste in essere da chi svolge nella società funzioni operative e di gestione.

Prima di analizzare le figure dei principali "controllori" negli attuali assetti di *corporate governance* e gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di posizioni di garanzia dei suddetti, appare opportuno delineare i tratti essenziali della struttura della responsabilità per omesso impedimento dell'altrui reato, con approfondimento del concetto di potere impeditivo di reati, essendo quest'ultimo *condicio sine qua non* della titolarità di una posizione di garanzia.

3.2 Ammissibilità e presupposti del concorso omissivo nel reato commissivo ai sensi degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p. e dei §§ 13 e 25-27 StGB-

La responsabilità per omesso impedimento dell'altrui reato è una forma di responsabilità omissiva e concorsuale per il reato commesso da un terzo. In base al c.d. degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p. viene infatti chiamato a rispondere del medesimo titolo di reato il garante che, omettendo di attivarsi per impedire la consumazione di un reato commesso da un altro soggetto, ne contribuisce alla realizzazione³³³.

In questa sede, premessi alcuni cenni sui presupposti oggettivi e soggettivi del concorso di persone nel reato, dapprima si cercherà di comprendere se sia ammissibile

³³³ Per una specifica trattazione della materia si rinvia alle letture di ANTOLISEI F., *L'obbligo giuridico di impedire l'evento*, cit. 121 ss.; DELOGU T., *La "partecipazione negativa" al reato secondo il nuovo codice*, in *Annali*, 1935, 927; FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 113; RISCATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267 ss.; BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1340 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 122, 351, 415 ss.; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 141; SEMERARO P., *La partecipazione mediante omissione*, in *Ind. Pen.* 2006, 557 ss.

l'interazione dell'istituto con la responsabilità per omesso impedimento di un evento ex art. 40, comma 2 c.p., trattandosi di questione discussa in dottrina, quindi si rifletterà sui caratteri della posizione di garanzia di impedimento di un reato, vagliandone i confini rispetto alla posizione di sorveglianza.

Nel concorso di persone anche condotte atipiche, alla stregua della norma incriminatrice di parte speciale, possono rilevare a titolo di partecipazione nel reato, stante la laconica formulazione dell'art. 110 c.p., in base alla quale è punito con la stessa pena, prevista per il reato commesso, chiunque vi concorra³³⁴.

Ci si riferisce pertanto indifferentemente al co-autore, piuttosto che al concorrente, al partecipe o al complice, in primo luogo per l'assenza di qualsivoglia tipizzazione e conseguente graduazione del trattamento sanzionatorio a seconda del contributo prestato nella commissione del reato³³⁵, in secondo luogo in quanto oggi deve ritenersi pacificamente accolta la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, in base alla quale la condotta tipica può ben essere realizzata dalla pluralità dei concorrenti in modo frazionato, senza necessità che i rispettivi apporti consistano in condotte meramente accessorie a quella tipica, interamente realizzata da un autore³³⁶.

Per contro, nell'ordinamento tedesco il legislatore è ricorso al modello della responsabilità differenziata, con tipizzazione dei differenti apporti concorsuali. Mentre autore è colui che esegue la condotta tipica direttamente o per mezzo di altra persona, da solo o collettivamente, nel qual caso si configura una co-autoria (§ 25 StGB-*Täterschaft*)³³⁷, il contributo del complice si sostanzia in una condotta atipica, che accede a quella principale dell'autore (§ 27 StGB *Beihilfe*)³³⁸.

³³⁴ Per la determinazione del *quantum* dell'apporto in termini causali, si veda *infra*.

³³⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 521. Nondimeno, il modello della pari responsabilità dei concorrenti, così come recepito dall'art. 110 c.p., se da un lato non consente di differenziare aprioristicamente sulla base del tipo di apporto, dall'altro, tuttavia, permette al giudice di esercitare il proprio potere discrezionale nella determinazione della pena rispetto ad ogni singolo concorrente. Sul punto si rinvia altresì alla lettura di GRASSO G., ROMANO M., *sub pre-art. 110*, in (diretto da) ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, II, artt. 85-149, Milano, 2012, 138 ss.

³³⁶ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 517. Tale teoria si contrappone a quella dell'accessorietà, che, non concependo la disciplina del concorso come rivolta ad una fattispecie autonoma, ulteriore e diversa rispetto a quella monosoggettiva, ammetteva la rilevanza delle condotte atipiche dei concorrenti in quanto accessorie rispetto a quella tipica, da realizzarsi necessariamente per intero da parte di un solo soggetto.

³³⁷ Come si è già avuto modo di accennare in sede di indagine sulla figura del garante, secondo la prevalente teoria della *Tatherrschaftslehre*, l'autore deve essere individuato in colui che detiene il dominio sui fatti, potendo decidere sull'*an* ed il *quomodo* del decorso criminoso. In tal senso ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 9 ss. Aderiscono alla teoria in esame altresì JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 492; WESSELS J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., 149; JESCHECK H.H.-WEIGEND

Tuttavia, poiché nemmeno il codice penale tedesco, al pari dell'art. 110 c.p., specifica quali caratteri debba assumere il contributo del partecipe, si pone in entrambi gli ordinamenti il problema di stabilire la portata causale che il contributo atipico del partecipe deve avere per rilevare ai fini dell'integrazione della fattispecie nella forma eventualmente plurisoggettiva.

Per parte della dottrina italiana e in base all'orientamento maggioritario in Germania, il contributo del concorrente deve estrinsecarsi in termini rigorosamente condizionalistici: la condotta dovrebbe cioè consistere sempre e comunque in una *condicio sine qua non* rispettivamente dell'evento ovvero della condotta, a seconda che la fattispecie sia un reato ad evento naturalistico o di mera condotta³³⁹.

Secondo una impostazione meno restrittiva, invece, che nel nostro ordinamento trova fondamento nella diminuzione di pena per i contributi di "minor importanza" di cui all'art. 114 c.p., l'apporto del partecipe non deve necessariamente atteggiarsi a *condicio sine qua non* dell'evento, potendo rilevare *ex art.* 110 c.p. e § 27 StGB altresì condotte che ne hanno semplicemente facilitato il compimento o aggravato le conseguenze dannose della condotta attiva³⁴⁰, da verificarsi pur sempre *ex post*, sulla base delle

T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit. 590. A partire dalla Herrschaftstheorie, individuano nondimeno differenti criteri distintivi a seconda del tipo di delitto HEINE G., WEIBER B., *Vorbem. §§ 25 StGB*, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2014, 498 ss. Per una ricognizione delle tesi elaborate dalla dottrina tedesca in ordine ai rapporti tra *Täterschaft* e *Teilnahme* si rinvia all'opera di SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 102 ss.

³³⁸ Per una chiara esposizione delle teorie volte a fondare la punibilità del contributo atipico del concorrente, tra cui anche la teoria dell'accessorietà, si rinvia a MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 530 ss..

³³⁹ Attribuiscono rilevanza alle sole condotte senza le quali il fatto non si sarebbe realizzato o si sarebbe realizzato con modalità diverse ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 564; BETTIOL G., PETTOELLO-MANTOVANI L., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 646; PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 77 ss: da verificare.; PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., 470; GRASSO G., ROMANO M., *sub art. 110*, in (diretto da) ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, II, artt. 85-149, cit., 1526. In Germania GEPPERT K., *Die Beihilfe*, in *Jura* 1999, 226; GROPP W., *Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung*, in *GA*, 2009, 392 ss.; JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 671; JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 694; ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 184; SCHÜNEMANN B., *sub § 27*, in (a cura di) LAUFHÜTTE W. H., RISSING-VAN-SAAN R., TIEDEMANN K., *Leipziger Kommentar*, Berlin 2007, 2030; SPENDEL G., *Beihilfe und Kausalität*, in (a cura di) JESCHECK H.H., LÜTTGER H., *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York, 1977, 185. In giurisprudenza BGH 06.05.1960, 4 StR 117/60

³⁴⁰ VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1995, 1367. Inoltre MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 530, invoca l'art. 116 c.p. con argomento *a contrario*: poiché per la configurazione del concorso anomalo è richiesta l'efficacia causale del contributo del concorrente anche rispetto all'evento non voluto, ne deriva che nell'ipotesi di concorso di persone *ex art.* 110 c.p. sono ammissibili altresì condotte non integranti *condiciones sine quibus non*.

circostanze del caso concreto (teoria della causalità agevolatrice o del rinforzo-*Förderungstheorie*)³⁴¹.

Minoritaria in entrambi i Paesi è l'opinione secondo cui il concetto di contributo agevolatore dovrebbe estendersi sino a ricomprendere condotte idonee a facilitare, accelerare o innalzare il rischio della realizzazione dell'evento soltanto in una prospettiva prognostica, quand'anche *ex post* rivelatesi prive di influenza sul decorso dei fatti (teoria della prognosi postuma o della *Risikoerhöhung*)³⁴².

Pur dovendosi preferire tra le varie impostazioni la teoria condizionalistica, si dà atto del maggior favore che nel nostro ordinamento conosce la teoria della causalità agevolatrice, in quanto, richiedendo un nesso di tipo eziologico, da verificarsi a posteriori ed in concreto, non limiterebbe eccessivamente il novero delle condotte partecipative atipiche rilevanti, come sembrerebbero indicare altre disposizioni della parte generale del codice³⁴³, che consentirebbero di deviare dal più rigido canone condizionalistico in tema di causalità monosoggettiva.

³⁴¹ STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 17, 98; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 505 ss, in partic. 507; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 424; VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1995, 1365 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 530 s.; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 556 ss., in particolare, 560 s. L'agevolazione penalmente rilevante in un'ottica concorsuale consiste in un apporto non di primaria importanza nell'economia di un reato, ma pur sempre causalmente riconnesso all'evento, con conseguente necessità di una verifica di tale nesso eziologico *ex post*, sulla base delle circostanze del caso concreto. Tale concezione ha il pregio di mantenersi ancorata al requisito della necessità di un nesso causale, quale criterio minimo di imputazione oggettiva di un fatto ad un soggetto, anche ai sensi dell'art. 116 c.p. Innegabile, tuttavia, è la difficoltà di distinguere chiaramente oltre quale misura l'agevolazione divenga vero e proprio contributo necessario. Giurisprudenza vedi codice p. 1528). Nell'ordinamento tedesco, si vedano in particolare HERZBERG R.D., *Anstiftung und Beihilfe*, in *GA*, 1971, 6; SEHER G., *Grundfälle zur Mittäterschaft*, in *JuS*, 2009, 795; BGH 02.09.2009, 5 StR 269/09, in *NJW* 2010, 248;

³⁴² ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento e fattispecie e struttura obiettiva della fattispecie criminosa*, in *Ind pen.*, 1977, 427. Onde evitare vuoti repressivi, infatti, l'Autore ritiene necessario ricorrere ad una ricostruzione più elastica del rapporto tra condotta ed evento, non fondata sul criterio dell'accertamento *ex post*, ma su quello della prognosi postuma, secondo cui basta che la condotta risulti *ex ante* idonea alla realizzazione del reato, anche se *ex post* rivelatasi inutile o addirittura dannosa. Nello stesso senso la corposa giurisprudenza citata da GRASSO G., ROMANO M., *sub art. 110*, in (diretto da) ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, II, artt. 85-149, cit., 1528). Nella letteratura tedesca si veda in particolare SCHAFFSTEIN F., *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht*, in (a cura di) BARTH H., *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, 169; OTTO H., *Anstiftung und Beihilfe*, in *JuS*, 1982, 563; RANFT O., *Das garantispflichtwidrige Unterlassung der Täterschwerung*, in *ZStW*, 1997, 284.

³⁴³ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 530. Il riferimento è agli artt. 114 e 116 c.p.. Il primo, come si è visto, prevede una diminuzione di pena per il contributo di minore importanza, ove per tale deve intendersi un apporto funzionale ma non essenziale alla realizzazione dell'evento. La seconda norma, invece, dovrebbe essere interpretata nel senso che, richiedendo che l'evento non voluto sia conseguenza della condotta del concorrente, dimostra *a contrario* che possono esservi condotte di concorso che non consistono in *condiciones sine quibus non*.

Anche l'elemento psicologico deve adattarsi alla peculiare struttura della fattispecie concorsuale: accanto, infatti, alla coscienza e volontà di realizzare l'intero fatto di reato (e non meramente la condotta posta in essere dal partecipe), deve sussistere altresì il dolo di concorso, generalmente individuato nella consapevolezza di cooperare con altri³⁴⁴. Non si richiede, invece, né un previo accordo, né la reciproca consapevolezza dell'altrui apporto. In quanto, invece, alla cooperazione colposa nel delitto colposo, espressamente disciplinata dall'art. 113 c.p., si ritiene che, pur non volendo realizzare il fatto di reato, ciascun partecipe debba avere la coscienza e volontà di porre in essere o di contribuire a realizzare la condotta contraria alle regole cautelari, prevedendo o quanto meno essendo prevedibile ed evitabile l'evento dannoso o pericoloso, quale conseguenza della norma violata³⁴⁵.

Esaminati i presupposti del concorso di persone nel reato, può darsi conto del dibattito sorto in dottrina circa la configurabilità del concorso omissivo nel reato commissivo ai sensi degli artt. 40, comma 2 c.p. e 110 c.p..

La ricostruzione dell'istituto sulla base delle due norme viene negata da una parte della dottrina italiana, per l'asserita incompatibilità delle rispettive discipline e dell'illegittimità degli esiti che la loro combinazione comporterebbe.

In particolare, si osserva come il termine "evento" di cui all'art. 40, comma 2 c.p., nelle intenzioni del legislatore, sia stato inteso in senso esclusivamente naturalistico, con conseguente inapplicabilità della norma tanto ai reati a forma vincolata, quanto a quelli di mera condotta³⁴⁶.

³⁴⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 537 ss, in particolare 539. La mancanza del dolo di concorso comporta la qualificazione del fatto alla stregua della fattispecie monosoggettiva o, se sia stata posta in essere una condotta atipica, determina l'assenza di responsabilità.

³⁴⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 543 ss., cui si rinvia altresì per la risoluzione del problema circa la configurabilità del concorso doloso nel delitto colposo e di quello colposo nel delitto doloso.

³⁴⁶ FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 598, 629; FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 113; RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, cit., 1267 ss.; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, 389 ss.. L'operatività della clausola di equivalenza deve essere limitata alle sole fattispecie causalmente orientate, nelle quali il disvalore della condotta si sostanzia nella produzione dell'evento naturalistico, a prescindere dalla modalità di realizzazione della condotta, di modo che sia possibile l'integrazione delle stesse anche mediante omissione, senza violare il principio di frammentarietà della responsabilità penale. Alla stregua di tale assunto, si è esclusa altresì la configurazione ex art. 40, comma 2 c.p. della responsabilità per omesso impedimento del reato altrui di mera condotta, in quanto si attribuirebbe all'omissione il disvalore altresì della condotta che contraddistingue il reato non impedito

Per contro, l'art. 110 c.p., che commina la stessa pena per tutti i concorrenti nel *medesimo reato*, troverebbe applicazione con riferimento a qualsivoglia fattispecie, senza vincoli strutturali.

Un'applicazione combinata degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p. determinerebbe quindi o una restrizione della portata applicativa del concorso mediante omissione alle sole fattispecie ad evento naturalistico; oppure, volendo mantenere ferma la disciplina dell'art. 110 c.p., ne deriverebbe un'ingiustificata estensione della sfera applicativa dell'art. 40, comma 2 c.p. al mancato impedimento di un evento diverso da un *quid* naturalistico, in quanto coincidente con un intero fatto di reato.

Simili interazioni, in deroga alla disciplina ordinaria e in assenza di apposita previsione normativa, dovrebbero ritenersi inammissibili, in quanto contrarie al principio di legalità³⁴⁷.

Il concorso omissivo nel reato commissivo sarebbe quindi ipotizzabile soltanto con riferimento ai reati ad evento naturalistico e causalmente orientati, di cui il garante, che abbia omesso l'azione impeditiva doverosa, sarebbe sempre autore o coautore, concorrendo con l'agente per il mancato impedimento non del reato in sé, bensì dell'evento naturalistico costitutivo del reato commesso, evento che il garante aveva l'obbligo giuridico di impedire.

All'incriminazione del concorso omissivo nel reato commissivo altrui, limitatamente alle fattispecie a forma libera e ad evento naturalistico, sarebbe allora sufficiente il solo art. 40, comma 2 c.p., non essendovi alcun bisogno di ricorrere alle norme di cui all'art. 110 c.p. e ss., che troverebbero applicazione al mero scopo di disciplinare il fenomeno della co-autoria, instaurantesi tra l'agente e il garante omissivo³⁴⁸.

³⁴⁷ RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, cit., 1267 ss. Il concorso omissivo nel reato commissivo, così disciplinato dagli art. 40, comma 2 e 110 c.p., non solo derogherebbe al principio di autoreponsabilità senza trovare fondamento in un'espressa disposizione normativa, ma comporterebbe altresì l'innesto nella norma incriminatrice di parte speciale di due clausole assolutamente generiche quali quelle contenute nei suddetti articoli, le quali finiscono per snaturarsi vicendevolmente. Dubbi circa l'ammissibilità del concorso omissivo nel reato commissivo sono espressi anche da PALAZZO F., *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema delicati*, in *Studium iuris*, 1996, 1108 e CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova 2005, 617 ss.

³⁴⁸ RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, cit., 1291 ss.. In termini analoghi si vedano anche FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 181 ss.; BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1376, il quale riconosce come le norme sul concorso non svolgono alcuna ulteriore funzione incriminatrice rispetto alle condotte omissive, venendo quest'ultime a rilevare esclusivamente in base all'art. 40, comma 2 c.p.. Tuttavia alle norme sul concorso si può guardare al fine di determinare la disciplina del concorso omissivo, evidentemente non contenuta nel solo art. 40

A tale ricostruzione si oppone, invece, l'orientamento tradizionale che ammette la configurabilità del concorso omissivo nel reato commissivo e lo fonda sul c.d. degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p., principalmente in base a due ordini di argomentazioni: il primo dedotto *ex art.* 116 c.p., il secondo a partire da un'interpretazione estensiva del termine evento di cui all'art. 40, comma 2 c.p., ricomprensiva altresì di un "fatto di reato", come somma di tutti i suoi elementi oggettivi³⁴⁹.

Procedendo con ordine, l'art. 116 c.p. prevede che, in caso di divergenza tra il reato voluto da taluno dei concorrenti e quello effettivamente commesso, di quest'ultimo risponda anche chi non l'abbia voluto, purché sussista un nesso eziologico tra la sua azione od *omissione* e l'evento.

Da ciò discende che, se il *concorso omissivo* nel reato di un terzo è ammissibile pur in mancanza dell'elemento soggettivo richiesto per la diversa fattispecie realizzata, ove sussista un nesso eziologico tra l'omissione e l'evento, a maggior ragione la mancata attivazione del garante, che si rappresenti e voglia omettere l'azione impeditiva del reato posto in essere dal terzo, deve trovare fondamento e disciplina nella normativa sul concorso di persone³⁵⁰.

In quanto invece alla nozione di evento, si rileva come essa possa ricomprendere altresì il fatto di reato complessivamente inteso, poiché l'art. 40, comma 2 c.p. non limita *ex se*

c.p.. Al medesimo risultato, ma partendo da diversa premessa, giunge MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., 256. Nella dottrina tedesca, parimenti, ritengono di inquadrare la responsabilità omissiva del garante sempre nella responsabilità per la fattispecie monosoggettiva, alla stregua del solo § 13 StGB, quanti aderiscono incondizionatamente alla *Tatherrschaftslehre* (ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 140 ss; STRATENWERTH G., KUHLEN L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2011, 257 ss.). Qualificando, infatti, il reato omissivo improprio quale *Pflichtdelikt*, integrato cioè dalla violazione di un dovere, il destinatario dell'obbligo in parola, pur non potendo indirizzare il corso degli eventi con la propria condotta, è *Täter* in quanto viola il dovere impeditivo a lui rivolto.

³⁴⁹ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit. 362 s.; NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 191. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 141; BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., 1343 ss.; GRASSO G., ROMANO M., *sub art. 110*, in (diretto da) ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, II, artt. 85-149, Milano, 2012, 191.

³⁵⁰ Rileva inoltre LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 362 s., come nella stessa legislazione vi siano delle norme che consentono di affermare l'ammissibilità del concorso omissivo nel reato commissivo altrui. Si tratta di alcune norme incriminatrici contenute nella parte speciale del codice penale, quali l'art. 335 c.p., che punisce l'agevolazione colposa, nonché in particolare dell'art. 138 c.p.m.p., in base al quale: "Art. 138. Omesso impedimento di reati militari. *Ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'articolo 40 del codice penale*, il militare, che, per timore di un pericolo o altro inescusabile motivo, *non usa ogni mezzo possibile per impedire la esecuzione di alcuno dei reati* contro la fedeltà o la difesa militare, o di rivolta o di ammutinamento, che si commette in sua presenza, è punito (...). Nello stesso senso BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., 1343.

il novero degli eventi a quelli naturalistici. Infatti, rinviando la norma all'obbligo di garanzia, a quest'ultimo deve farsi riferimento per stabilire quale sia l'evento da impedire e nulla esclude che l'obbligo imponga di impedire un intero fatto di reato. Quest'ultimo non è poi necessario sia causalmente orientato. Se, infatti, ciò vale per le fattispecie monosoggettive, in quanto l'omittente, attraverso l'inerzia, non può ontologicamente integrare un reato di mera condotta o un reato a forma vincolata, non altrettanto può dirsi per le fattispecie plurisoggettive, in cui un soggetto risponde in qualità di autore, ponendo in essere la condotta tipica, mentre i concorrenti partecipano realizzando condotte atipiche alla stregua della fattispecie monosoggettiva, ma potenzialmente rilevanti ex art. 110 c.p., se condizionanti o agevolanti³⁵¹.

Perciò si ritiene che il concorso omissivo nel reato commissivo sia configurabile alla stregua: da un lato dell'art. 40, comma 2 c.p., la cui funzione non è (sol)tanto quella di disciplinare la causalità omissiva, ma, innanzitutto quella di tipizzare le condotte omissive, altrimenti atipiche alla stregua delle fattispecie monosoggettive³⁵²; dall'altro dell'art. 110 c.p., servente invece rispetto alla tipizzazione di condotte atipiche, sia attive che omissive, a titolo di concorso nel reato commesso da altri.

Un'isolata posizione dottrinale ha proposto, poi, una mediazione tra i indicati orientamenti, differenziando il titolo di responsabilità a seconda che il reato commesso sia causalmente orientato ovvero a forma vincolata o di mera condotta.

Nel primo caso, infatti, se il soggetto riveste una posizione di garanzia di controllo su una certa fonte di pericolo o di protezione di un determinato bene, poco o nulla cambierebbe a seconda che la causa del pericolo incombente sul bene sia naturale od umana ed il pericolo si concretizzi in un reato o in un altro fatto: il garante risponderebbe di quella fattispecie come autore, ai sensi del combinato disposto della norma di cui all'art. 40, comma 2 e della norma di parte speciale. Così, ad esempio, si verifica con riferimento al padre che risponde di omicidio per non aver impedito la morte del figlio cagionata da un terzo o il custode che, non chiudendo il cancello, risponde di danneggiamento per non aver impedito che altri danneggiasse la villa. In tutti questi casi, il garante non risponde a titolo di concorso, non richiedendosi pertanto,

³⁵¹ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 534, nota n. 181.

³⁵² LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 364. Per una qualificazione della posizione di garanzia quale elemento del fatto tipico si rinvia al capitolo 2, § 2.2 ss.

sotto il profilo soggettivo, la consapevolezza e volontà di cooperare con altri alla realizzazione del fatto illecito³⁵³.

Viceversa, nei casi di reati a forma vincolata e di mera condotta, il mancato impedimento del reato altrui rileverebbe necessariamente in termini di concorso: la condotta omissiva del garante, in quanto irrimediabilmente atipica rispetto alla fattispecie monosoggettiva, potrebbe assumere rilevanza soltanto qualora integri gli estremi del contributo atipico, causale o agevolatore, rispetto alla condotta principale posta in essere dall'autore³⁵⁴.

Tale differenziazione del titolo di responsabilità, seppur condivisibile, non dipende in realtà dalla struttura del reato, ma esclusivamente dal tipo di posizione di garanzia di cui è investito l'omittente.

Anticipando gli esiti della seguente riflessione, si può infatti affermare che soltanto una posizione di garanzia di impedimento dell'altrui reato, in quanto avente ad oggetto il fatto nelle sue componenti oggettive e, principalmente, quindi la condotta, dà luogo ad una responsabilità per concorso omissivo. Viceversa, ove l'obbligo impeditivo abbia ad oggetto l'evento, si è in presenza di una comune posizione di garanzia di protezione (a tutela del bene contro qualsivoglia pericolo) o di controllo (a tutela di qualsivoglia bene contro un determinato pericolo), che fonda una responsabilità omissiva per omesso impedimento dell'evento ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p.³⁵⁵.

Con maggiore sforzo esplicativo, se l'obbligo impeditivo ha ad oggetto la condotta in sé e l'evento come riflesso, allora la punibilità dell'omissione necessita della formula concorsuale: infatti, oggetto della condotta è in questo caso il fatto di reato in tutti i suoi elementi oggettivi e la rilevanza della condotta omissiva rispetto al fatto altrui presuppone l'ausilio dell'istituto del concorso di persone per rilevare penalmente, con necessità altresì dell'elemento soggettivo proprio della partecipazione³⁵⁶.

³⁵³ SEMERARO P., *La partecipazione mediante omissione*, cit. 592.

³⁵⁴ SEMERARO P., *La partecipazione mediante omissione*, cit. 593 s.

³⁵⁵ In tal senso MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit. 258. L'autrice valorizza in particolare, quale criterio a fondamento della distinzione tra l'obbligo impeditivo di altrui reati e quelli di protezione e controllo, la finalità di tutela. Se, infatti, la finalità di tutela di un certo tipo di bene è indiretta, ovvero mediata rispetto allo scopo di impedire le condotte criminose di altri soggetti, allora si tratta di un obbligo di impedimento del reato commesso da altri soggetti. Viceversa, se la finalità di tutela del bene è immediata, si configurano posizioni di garanzia di protezione o controllo.

³⁵⁶ Si veda *supra* MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 539 ss.

Viceversa, se oggetto dell'obbligo impeditivo è direttamente l'evento, a prescindere dalla causa dello stesso, allora si realizzano i presupposti di cui all'art. 40, comma 2 c.p., per cui il garante risponde del mancato impedimento dell'evento e non del fatto di reato, a prescindere dalla sussistenza dei presupposti del concorso di persone.

Alla luce di tali riflessioni, da un lato si ritiene di aderire incondizionatamente alla teoria tradizionale, che ammette il concorso omissivo nel reato commissivo alla stregua del c.d. degli artt. 40, comma 2 c.p. e 110 c.p., superando ogni contraria obiezione.

Nello stesso senso, parte della dottrina tedesca, rifiutando una rigida applicazione della *Tatherrschaftslehre* alle condotte omissive del garante, le quali dovrebbero essere sempre imputate in termini di co-autoria (§ 13 e § 25 StGB)³⁵⁷, riconosce la punibilità del mancato impedimento del reato esclusivamente a titolo di *Beteiligung*, ai sensi dei §§ 13 e 27 StGB, in considerazione del dominio sul decorso causale detenuto dall'autore, che ridimensiona l'apporto del garante a mero contributo concorsuale³⁵⁸, salva, per taluno, la necessità di distinguere in base alla natura della posizione di garanzia rivestita³⁵⁹.

³⁵⁷ ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 140 ss; STRATENWERTH G., KUHLEN L., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., ss..

³⁵⁸ In tal senso JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 694; RANFT O., *Das garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung*, in *ZStW*, 1982, 815 ss. Si rileva come la classificazione della condotta del garante in termini di concorso o di autoria comporti, nell'ordinamento tedesco, un'automatica differenziazione in termini sanzionatori, applicandosi al coautore la stessa pena prevista dalla fattispecie base (§ 25 StGB), solo eventualmente ridotta ai sensi del comma 2 del § 13 StGB, mentre per la partecipazione la pena è sempre ridotta ai sensi del § 27, 2.

³⁵⁹ Si deve inoltre dare atto che, tra l'orientamento che inquadra l'omesso impedimento dell'altrui reato negli schemi dell'autoria e quello che invece lo riconduce al concorso, si insinuano una pluralità di tesi. Tra le principali, deve essere menzionata la tesi che distingue a seconda del tipo di posizione di garanzia assunta, giungendo a conclusioni divergenti a seconda che l'obbligo di impedire il reato rientri nella funzione di protezione di un determinato bene o in quella di controllo di una fonte di pericolo. Nel primo caso dovrebbe sempre parlarsi di autoria, in quanto non vi è alcuna differenza, ai fini dello svolgimento della funzione di protezione del bene, nel dover fronteggiare un pericolo derivante da forze naturali piuttosto che umane. Nel secondo caso, invece, il garante risponde in qualità di *Gehilfe*, avendo l'agente il dominio dei fatti, salvo si tratti di persona incapace nel qual caso il garante assume le vesti di Täter (GEPPERT K., *Die Beihilfe*, cit., 271; HERZBERG R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977, 82 ss.; OTTO H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtlehre*, cit., 298). Secondo altra impostazione, discriminante sarebbe il contributo causale concretamente recato dall'omissione, per cui ove l'evento sarebbe stato impedito dal garante, deve ritenersi che egli sia punibile in quanto co-autore. Viceversa, qualora l'intervento del garante avrebbe soltanto ridotto il rischio di verificazione dell'evento, la sua omissione deve essere valutata quale partecipazione (MURMANN U., *Beteiligung durch Unterlassen*, in (a cura di) FAHL C., MÜLLER E., SATZGER H., SWOBODA S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, München, 2015, 191 ss). Similmente, in base alla teoria della *potentielle Tatbeherrschung*, vi è chi distingue tra *Teilnahme* (partecipazione) e *Täterschaft* (autoria) in base al tipo di potere esercitato sulla persona soggetta al controllo (: se, infatti, per l'impedimento del reato è sufficiente un mero ammonimento, allora il dominio sul fatto è tale per cui il garante può ritenersi a sua volta autore (es., insegnante-scolari). Viceversa, se un mero ammonimento non basta, ma è necessario che il garante privi l'autore dei mezzi utilizzati per la realizzazione del reato, con conseguente maggior sforzo per il garante e

Dall'altro si è portati ad inquadrare la posizione di garanzia di impedimento di reati in un *tertium genus* rispetto a quelle di protezione e controllo³⁶⁰.

Rispetto alle posizioni di garanzia di controllo, infatti, la peculiarità dell'obbligo di impedire l'altrui reato consiste nel fatto che il soggetto sottoposto alla vigilanza del garante non sempre rappresenta una "fonte di pericolo" in senso stretto, per lo meno non quando si tratti di persone capaci di intendere e volere, a loro volta investite di autonoma responsabilità³⁶¹.

A differenza delle posizioni di protezione, invece, il dovere di impedimento dell'altrui condotta illecita è necessariamente affiancato da un potere di vigilanza e intervento

minore capacità di influire sull'agente, allora si deve ritenere configurabile una partecipazione a titolo meramente concorsuale (BGH, 17.07.2009 - 5 StR 394/08 (da verificare, perché è la nostra sentenza sul COfficer Fundstelle BGHSt 54, 48); HEINE G., WEIBER B., *Vorbem. §§ 25 StGB*, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 506).

³⁶⁰ Pertanto si rifiuta l'inquadramento del dovere-potere di impedire reati nel novero delle posizioni di controllo, in quanto il garante avrebbe il dovere di vigilare su determinate persone, al fine di impedire che arrechino lesioni a terzi soggetti. In tal senso FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 193; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 388; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale, Parte generale*, cit. 234; GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, 624; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 293 e 327, fa discendere l'autonomia di tale posizione di garanzia proprio dalla possibilità di una loro rilevanza esclusivamente in una fattispecie di natura plurisoggettiva. Nella dottrina tedesca STREE W.-BOSCH N., *sub § 13*, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 210, 225 e giurisprudenza ivi citata; JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 567; SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., 323; ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 753 ss. Così, si ritiene rientrino nella categoria in esame le posizioni di garanzia legate ad un potere autoritativo, quale quello dei genitori sui figli, dell'insegnante rispetto agli allievi, dei superiori militari rispetto ai subordinati, degli agenti di polizia penitenziaria rispetto ai detenuti, dell'agente di polizia di pubblica sicurezza rispetto ai fatti di reati contrari all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza. Parimenti, si condivide l'osservazione di MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit. 255, nota n. 62., secondo cui non può accogliersi nemmeno l'impostazione in base alla quale la riconducibilità di tali posizioni ad un *tertium genus* si deve alla presenza ora di elementi propri delle posizioni di controllo, qualora l'obbligo impeditivo soddisfi l'esigenza di sorvegliare determinati soggetti, che, per le caratteristiche personali, si teme possano porre in essere condotte criminose (es.: genitori nei confronti dei figli minorenni; tutore e incapace; personale opg e infermi di mente pericolosi); ora elementi caratterizzanti le posizioni di garanzia di protezione, quando il garante sia tenuto a tutelare un determinato bene contro le aggressioni di terzi. Così opinando, si dovrebbe concludere piuttosto per la negazione di un'autonoma categoria, potendo ricondursi il singolo dovere-potere impeditivo alternativamente alle posizioni di controllo o di protezione, a seconda della ratio sottostante all'imposizione del dovere giuridico impeditivo

³⁶¹ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 175, il quale riconduce l'ipotesi dei poteri-doveri di controllo-impedimento di reati commessi da soggetti incapaci a quella delle posizioni di garanzia di controllo su cose pericolose, rispetto ad entrambe le quali è comprensibilmente differente la sorveglianza su soggetti capaci di intendere e volere, quindi autoresponsabili, finalizzata all'impedimento delle relative azioni criminose. Nello stesso senso, CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 165, nota n. 111.

sull'azione del terzo, non quindi direttamente sul bene rispetto all'aggressione di qualsivoglia fattore, naturale od umano³⁶².

Alla luce delle considerazioni svolte, titolare di una posizione di garanzia di impedimento dell'altrui reato è quindi esclusivamente il soggetto dotato di un potere di controllo sull'attività di terzi soggetti e di intervento idoneo ad impedire la consumazione del reato, interferendo con l'altrui condotta, prima ancora che con l'evento³⁶³.

Venendo ora alla distinzione tra obblighi di garanzia e di sorveglianza sul piano della responsabilità derivante dalla loro violazione, ci si chiede se la condotta omissiva possa rilevare solo se posta in essere in violazione di un obbligo di garanzia del tipo appena descritto ovvero anche mediante l'inottemperanza di un qualsiasi obbligo di agire, previsto *lato sensu* in funzione di prevenzione dei reati, quali sono gli obblighi di sorveglianza, in quanto caratterizzati dal dovere-potere di controllare l'attività di un soggetto e di avvertire altri (il titolare del bene o il garante) del pericolo di commissione di un reato³⁶⁴.

Opinando alla stregua di parte della dottrina, per la rilevanza concorsuale di una condotta atipica ai sensi dell'art. 110 c.p., è sufficiente che la l'omissione integri la violazione di un obbligo giuridico, avente efficacia agevolatrice rispetto alla commissione del reato. A nulla cambierebbe, dunque, che si tratti di un obbligo di garanzia, vigilanza o altresì di attivazione, dovendosi guardare meramente all'apporto causale che la sua inottemperanza dà alla realizzazione della fattispecie da parte dell'agente³⁶⁵.

³⁶² MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, cit., 176; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 124, che rileva come diversi siano allora i poteri di controllo e di intervento.

³⁶³ In tal senso MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit. 258. L'autrice valorizza in particolare, quale criterio a fondamento della distinzione tra l'obbligo impeditivo di altrui reati e quelli di protezione e controllo, la finalità di tutela. Se, infatti, la finalità di tutela di un certo tipo di bene è indiretta, ovvero mediata rispetto allo scopo di impedire le condotte criminose di altri soggetti, allora si tratta di un obbligo di impedimento del reato commesso da altri soggetti. Viceversa, se la finalità di tutela del bene è immediata, si configurano posizioni di garanzia di protezione o controllo.

³⁶⁴ Per una distinzione tra obblighi di garanzia, sorveglianza ed attivazione, si rinvia al capitolo 2, § 2.4.2.

³⁶⁵ SEMERARO P., *La partecipazione mediante omissione*, cit., 587 ss., in particolare 591. L'Autore argomenta ex art.116 c.p. come, ammettendosi il concorso nel reato non voluto da parte del concorrente, indifferentemente mediante un'azione od un'omissione eziologicamente connessa all'evento, di nessuno dei due tipi di condotta deve ritenersi richiesta la tipicità. In quanto all'azione ciò è certo, poiché il concorrente che non vuole il diverso evento, non pone in essere l'azione tipica. Per quanto concerne l'omissione, poi, si osserva che il legislatore non ha espressamente differenziato rispetto all'azione,

Diversamente deve condividersi l'orientamento che limita la responsabilità concorsuale per il mancato impedimento di un reato alle sole condotte omissive del garante.

Infatti, se sul piano della causalità, anche l'omissione dell'attività di controllo ed informazione del sorvegliante possono senz'altro facilitare la realizzazione dell'illecito, tuttavia a monte manca la condizione di tipicità dell'omissione in oggetto: la sussistenza di una posizione di garanzia, ovvero di quei poteri-doveri idonei all'impedimento del reato altrui. Pertanto, per quanto sopra affermato circa la necessità di fondare il concorso omissivo nell'altrui reato sulla base degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p., l'apporto causale della condotta omissiva del sorvegliante non basta a configurare una responsabilità in concorso con l'autore del reato, per il mancato impedimento dello stesso³⁶⁶.

Una sua responsabilità penale può quindi essere affermata solo a titolo di reato omissivo proprio, nel caso in cui la violazione dell'obbligo di sorveglianza sia espressamente sanzionata da una norma incriminatrice, ovvero a titolo di concorso di morale, alla stregua degli artt. 110 e 115 c.p., qualora sussista un accordo tra l'autore del reato e il sorvegliante, avente ad oggetto l'omissione dell'attività di vigilanza ed informazione del primo³⁶⁷.

Per meglio distinguere le due differenti posizioni, con importanti ricadute sul piano della responsabilità penale, deve essere ora approfondito il contenuto del potere impeditivo, che, come si è visto, costituisce il *discrimen* tra posizioni di garanzia e di sorveglianza, con particolare riferimento, in questa sede, al suo atteggiarsi rispetto all'impedimento di reati³⁶⁸.

richiedendo che la condotta passiva integri già una diversa fattispecie omissiva. Se, dunque, la condotta omissiva atipica rileva nel concorso anomalo, in cui si punisce l'omittente per un evento non voluto, a maggior ragione deve ammettersi che ex art. 110 c.p. possano rilevare condotte omissive atipiche, cioè irrilevanti ai sensi di altre fattispecie di reato. A riprova di ciò si invoca altresì l'art. 57 c.p., che punisce l'omesso controllo *colposo* per il mancato impedimento del reato commesso a mezzo stampa, mentre quello doloso sarebbe già di per sé punibile ai sensi dell'art. 110 c.p.. Unico limite alla rilevanza delle condotte sarebbe, quindi, la sussistenza di un qualsiasi obbligo giuridico che impone la condotta in funzione di prevenzione del reato, anche non immediatamente incidente sulla condotta dell'agente.

³⁶⁶ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 380.

³⁶⁷ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 371 ss, in particolare, 382.

³⁶⁸ Si rinvia sul punto al capitolo 2, § 2.4.2.

3.2.1 (Segue) Morfologia del potere impeditivo di reati nell'ambito dei rapporti tra organi societari. Natura comminatoria o mediata?

Si è più volte ribadito come l'obbligo di intervenire per contrastare il verificarsi di un evento dannoso o pericoloso non sia sufficiente ai fini della configurazione di una posizione di garanzia, dovendo essere giustificato dalla titolarità, in capo al relativo destinatario, di poteri impeditivi, che segnino i confini dell'intervento esigibile dal garante, sì da preservare il carattere della personalità della responsabilità penale.

Quando, poi, la condotta doverosa del garante abbia il fine di impedire l'altrui fatto di reato, si pone un problema di compatibilità altresì con il corollario dell'autoresponsabilità dell'agente, il quale soltanto, sempreché imputabile, può essere chiamato a rispondere delle proprie condotte dolose o colpose, in virtù di quel dominio sugli accadimenti, che si pone come fondamento del concetto di autorità³⁶⁹.

Perciò è condiviso in dottrina l'assunto secondo cui la responsabilità per il fatto di un terzo imputabile presupponga in particolare la titolarità di un potere di "interferire" con l'azione criminosa di costui.

Tuttavia, sulle modalità e i caratteri di tale interferenza non vi è unanimità di vedute, specialmente per quanto attiene i rapporti tra privati nelle organizzazioni complesse ed in particolare tra organi di gestione e controllo in ambito societario³⁷⁰.

Si è correttamente osservato che, mentre all'impedimento di un evento in senso naturalistico è sotteso il potere di condizionare fisicamente gli eventi, ostacolandone il decorso, viceversa, quando si tratti di impedire l'altrui attività criminosa, raramente il potere si esplica attraverso mezzi di condizionamento di tipo fisico-materiale,

³⁶⁹ Per una teoria del principio di autoresponsabilità quale criterio di attribuzione di responsabilità penale a più soggetti interagenti si veda nella dottrina tedesca, in particolare, SCHUMANN H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, 42 ss; 121; SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., 323; RUDOLPHI H. J., STEIN U., *sub § 13*, in (a cura di) WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Köln, 2009, 24 ss. In senso analogo, nella letteratura specialistica italiana, PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, cit., 62.

³⁷⁰ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, cit., 62. In senso analogo, altresì MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit. 258, la quale tuttavia riconosce che peculiarità della posizione di impedimento di reati è lo scopo: impedire l'azione, prima ancora che l'evento. Cionondimeno nega la necessità di fondare la responsabilità omissiva ricorrendo alla disciplina concorsuale.

manifestandosi piuttosto nel compimento di atti di natura giuridica, nel senso di atti idonei a produrre effetti giuridicamente vincolanti nell'altrui sfera soggettiva³⁷¹.

Esaminando le ricostruzioni proposte in materia, si cercherà quindi di comprendere quale sia il modello di potere giuridico, per fonte ed effetti, idoneo ad integrare una posizione di garanzia di impedimento di altrui reati.

La letteratura tedesca tradizionalmente vi riconduce quelle forme di potestà di comando (*Befehlbefugnisse*), tipiche dei rapporti gerarchici interni alla pubblica amministrazione e, in special modo, alle organizzazioni militari, potestà il cui esercizio inibisce l'autodeterminazione del sottoposto attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori o disciplinari³⁷².

Secondo taluni anche nell'ambito del diritto privato si configurerebbero rapporti di soggezione connotati da poteri di comando (*Befehlsgewalt*), atti ad influire sulla volontà del soggetto sottoposto³⁷³. Destinatari di un simile potere possono infatti essere non soltanto soggetti naturalmente incapaci (*natürliche Unmündige*), quali i minori o i malati di mente³⁷⁴, ma altresì persone "giuridicamente incapaci" (*rechtliche Unmündige*), nel senso di prive della facoltà di autodeterminarsi nell'ambito in cui sono soggette alla potestà conferita dall'ordinamento al superiore, come accade ad esempio nei rapporti di lavoro, in cui il dipendente deve sottostare alle direttive del datore, in una condizione di dipendenza personale dalle scelte di costui.

³⁷¹ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit. 277, il quale, come si vedrà, ricostruisce in termini di autorità il rapporto da cui tipicamente si generano posizioni di garanzia di impedimento di reati.

³⁷² In particolare, per quanto riguarda il settore della pubblica amministrazione, la posizione di garanzia del superiore per l'impedimento del reato del sottoposto viene fondata alla stregua del § 357 StGB, che prevede la responsabilità del soggetto apicale per il reato commesso dal pubblico dipendente, non solo qualora il primo abbia istigato o cominciato ad istigare il secondo alla sua realizzazione, ma anche quando abbia lasciato che lo commettesse. Al secondo comma, la norma prevede che parimenti risponda dell'altrui reato, l'incaricato del controllo sulle attività di servizio, qualora siano commessi reati attinenti a tali attività. HERZBERG R.D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, 320; OTTO H.- BRAMMSEN J., *Die Grundlagen der strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, in *Jura*, 1985, 539; WELP J., *Vorangeganes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin 1968, 320. In termini analoghi WEIGEND T., sub § 13 StGB, in (a cura di), in (a cura di) LAUFHÜTTE W. H., RISSING-VAN-SAAN R., TIEDEMANN K., *Leipziger Kommentar*, cit., 848 e RUDOLPHI H. J., STEIN U., sub § 13, in (a cura di) WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., 25, i quali riconoscono natura impeditiva dell'altrui reato a poteri di sorveglianza e di direzione (*Aufsichts- und Weisungsbefugnis*) Sul punto, dà conto del riconoscimento di posizioni di garanzia da parte della giurisprudenza in capo ai vertici militari e della pubblica amministrazione BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., 1355 ss.

³⁷³ SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., 323, secondo cui solo un dominio sul *Grund des Erfolgs*, coincidente con la persona dell'agente, può integrare una posizione di garanzia di impedimento del fatto illecito altrui.

³⁷⁴ SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., 323 s.

In questi casi una responsabilità per il mancato impedimento del reato del sottoposto sarebbe ravvisabile relativamente all'omessa adozione degli strumenti di coazione, anche disciplinare, a cui il superiore gerarchico può ricorrere in ragione del proprio servizio. Al di fuori di tale sfera di comando non sarebbe invece possibile pretendere dal soggetto sovraordinato alcun intervento di tipo impeditivo³⁷⁵.

Nell'ambito, poi, dei rapporti tra privati, peculiare rilievo assume l'organizzazione di realtà complesse come quella imprenditoriale. Come si è avuto modo di sottolineare nell'incipit del lavoro³⁷⁶, l'impresa, sia essa individuale o gestita in forma societaria, rappresenta una fonte di illeciti e quindi di esposizione a pericoli, tanto per i suoi stessi beni patrimoniali, soggetti al rischio di un'amministrazione incauta, quanto per i beni personali e patrimoniali di soggetti terzi, minacciati dall'illecita gestione tecnica, operativa e commerciale dell'attività imprenditoriale³⁷⁷.

L'art. 41 Cost., operando un bilanciamento tra l'interesse alla libertà dell'iniziativa economica e i supremi valori della libertà, sicurezza e dignità umane, nonché dell'utilità sociale, riconosce l'essenzialità e al contempo la pericolosità dell'attività ed organizzazione imprenditoriali, attribuendo al titolare dell'iniziativa, ovvero a colui che gode della corrispondente libertà, l'onere del controllo sull'impresa come fonte di pericoli³⁷⁸.

Perciò la norma costituzionale deve ritenersi indichi nel titolare dell'impresa il destinatario di quelle posizioni di garanzia necessarie alla tutela dei beni giuridici interessati, per il fondamento delle quali si richiede nondimeno una specifica previsione normativa, stante la genericità della disposizione di cui all'art. 41 Cost.³⁷⁹.

³⁷⁵ SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, 89
SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, cit., 328. Contrariamente all'attribuzione generalizzata di una posizione di garanzia in capo al datore di lavoro o al titolare di un'impresa per i reati commessi dai dipendenti WEIGEND T., *sub § 13 StGB*, in (a cura di), in (a cura di) LAUFHÜTTE W. H., RISSING-VAN-SAAN R., TIEDEMANN K., *Leipziger Kommentar*, cit., 848 ss.; RUDOLPHI H. J., STEIN U., *sub § 13*, in (a cura di) WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., 26.

³⁷⁶ Si rinvia sul punto al capitolo 1, § 1.1

³⁷⁷ D'ALESSANDRO F., *sub art. 40 c.p.*, in (a cura di) DOLCINI E., MARINUCCI G., *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 448.

³⁷⁸ PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, cit., 128.

³⁷⁹ PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, cit., 128. Negano alla norma costituzionale l'attitudine a fondare posizioni di garanzia GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 237; FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., 154. Per contro, SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., 206.

Laddove poi, l'attività di impresa sia condotta in forma societaria, con pluralità di soggetti e complessità organizzativa, le posizioni di garanzia devono originariamente essere allocate in capo a chi, in ragione della titolarità di effettivi poteri decisionali, può e quindi deve attivarsi per la protezione dei beni giuridici minacciati dall'attività e dall'organizzazione ovvero, in primo luogo agli amministratori e a quanti occupino posizioni di vertice³⁸⁰.

In ragione di ciò, parte della dottrina italiana, ispirandosi alla tesi che ravvisa nel comando, o potestà ordinatoria, l'elemento connotante il potere di impedire l'altrui reato, ha affermato la titolarità di una siffatta posizione di garanzia in capo ad amministratori non delegati e sindaci di società rispetto al fatto degli esecutivi³⁸¹.

Tuttavia si è correttamente obiettato che una simile configurazione dei poteri impeditivi si attaglia soltanto alle realtà gerarchicamente strutturate, in cui alcuni soggetti operano in subordinazione rispetto ad altri, attuandone le direttive. A tale modello non sarebbero allora riconducibili i rapporti intraorganici e tra organi societari diversi, i quali svolgono le rispettive funzioni di gestione-controllo in reciproca autonomia e secondo un principio di ripartizione del potere e di auto-responsabilità³⁸².

Di recente sono state suggerite ricostruzioni alternative del concetto di potere impeditivo di reati nell'ambito di organizzazioni complesse, quale quella societaria, le cui attività sono sì sottoposte al controllo di organi, privi di poteri di comando incidenti

³⁸⁰ PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., 492. Di fatto è la *Geschäftsherrenhaftung*. Dopo averla studiata, rinvio al paragrafo oppure integrazione qui in nota. Nella presente ricerca non si accennerà alla connessa materia della capillare rete di posizioni di garanzia contro gli infortuni sul lavoro, il cui fondamento pur deve essere ravvisato nelle osservazioni ora esposte, ma la cui trattazione devierebbe dall'oggetto di interesse principale.

³⁸¹ GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit. 338 ss. Nel senso della corrispondenza tra poteri impeditivi e poteri di comando anche BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., 1365. Gli Autori citati, tuttavia, dopo aver generalmente descritto il potere tipico del garante dell'impedimento dell'altrui reato, come potere di supremazia, affermano la possibilità di configurare una responsabilità penale per mancato impedimento delle attività illecite degli amministratori delegati in capo agli organi societari con funzioni di controllo, senza giustificare in che modo i poteri di tali organi possano essere ricondotti alla categoria del comando.

³⁸² PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, cit. 66. Nella dottrina commercialistica si segnala AMBROSINI S., *I poteri del collegio sindacale*, in (diretto da) ABBADESSA P.-PORTALE G.B., *Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 44, il quale segnala la vigenza, all'interno della società, di un potere di un principio di ripartizione dei poteri, che rende inconfigurabili rapporti di natura gerarchica quali quelli esistenti tra dipendenti della pubblica amministrazione, in situazioni di giuridiche di comando-soggezione.

sulla volontà del soggetto agente al punto da limitarne l'autodeterminazione, e tuttavia incidenti sulla sua attività con varietà di effetti³⁸³.

Ci si riferisce in particolare alle ricostruzioni proposte nella dottrina italiana da Nicola Pisani³⁸⁴ e Attilio Nisco³⁸⁵, che, rispettivamente a favore di una concezione di potere impeditivo diretto³⁸⁶ e mediato³⁸⁷, hanno approfondito la tematica del controllo e delle posizioni di garanzia nell'ambito della realtà societaria italiana.

Secondo la prima ricostruzione, accanto a poteri di c.d. *moral suasion*, ovvero di mera influenza delle decisioni degli organi gestori, ai titolari di funzioni di controllo potrebbero competere altresì poteri ascriventi nella categoria delle potestà, ovvero di quelle situazioni giuridiche soggettive che consentono l'adozione di atti incidenti sull'altrui sfera giuridica, mediante l'estinzione o l'impedimento del consolidarsi degli effetti propri dell'attività altrui, senza possibilità di opposizione da parte del destinatario³⁸⁸.

Si tratterebbe della c.d. fase comminatoria del controllo, meramente eventuale e successiva al momento informativo-ispettivo e a quello valutativo, nella quale il riscontro della non conformità delle operazioni societarie ai paradigmi normativi sfocia nell'adozione di provvedimenti volti a riportare l'attività stessa sui binari della legalità,

³⁸³ In questo senso in particolare, TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sull'amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in *Giur. comm.*, 2012, 564, che fa riferimento al potere impeditivo come potere che invade la sfera di signoria altrui e che pertanto deve avere natura legale.

³⁸⁴ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003.

³⁸⁵ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009.

³⁸⁶ FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., 203 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 77; GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, cit., 51. Sebbene soltanto in un obiter dictum, nel senso di un potere direttamente impeditivo sembra andare Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, con nota di INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁸⁷ CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. Soc.*, 2012, 334, 354; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 162 ss, in particolare 169, il quale si richiama sul punto alla distinzione tra causalità individuale e generale; ALAGNA R., *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in ius@17unibo.it, 2008, 575; NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, 283, 285, 294. Nello stesso senso in giurisprudenza Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2010, 16761, in Cass. pen., 2011, 101 (da verificare se è proprio in materia societaria)

³⁸⁸ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 65, 67.

prima che dalla violazione delle norme, anche penali, possa derivare un'offesa ai beni giuridici in gioco, potendo incidere, sull'attività criminosa in corso³⁸⁹.

Escluse le iniziative aventi ad oggetto azioni già interamente portate a compimento e prive di rilevanza rispetto ad eventi futuri, quali possono essere, ad esempio, i poteri di denuncia alla pubblica autorità o di impugnazione delle delibere dell'organo amministrativo, nonché il potere di informare altri organi interni alla società³⁹⁰, nella ricostruzione prospettata assumono rilievo i poteri sanzionatori, di autorizzazione preventiva, di ratifica, di annullamento o di interdizione³⁹¹.

In ogni caso deve trattarsi di poteri esercitabili prima della consumazione del reato e a cui corrisponde un dovere giuridico di conformazione, in quanto producono effetti giuridici vincolanti sull'attività del soggetto controllato, paralizzandola (si pensi, ad esempio, al potere di revoca della delega o di annullamento di una delibera precedentemente adottata)³⁹², e che consentono, quindi, di riconoscere al controllore la titolarità di un “*ruolo indispensabile ed esclusivo di tutela del bene giuridico minacciato*”³⁹³ ovvero, in altri termini, una posizione di garanzia, sempreché rivolta alla tutela di beni bisognosi di protezione rinforzata³⁹⁴.

Pertanto, si propone di vagliare la posizione di ogni singolo titolare di funzioni di controllo, per verificare se, al momento statico del giudizio di conformità alle regole, si accompagni altresì un momento comminatorio oppure se, come spesso accade, i poteri di reazione siano allocati presso altri organi od uffici, limitando l'intervento del controllore alla mera verifica ed allerta, senza possibilità di incidere direttamente sull'attività illecita in corso e senza spazio, dunque, per una responsabilità concorsuale per omesso impedimento dell'altrui reato³⁹⁵.

³⁸⁹ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 150 ss. Circa la strutturazione dei poteri di controllo in tre fasi, tra cui quella comminatoria solo eventuale vedere Torre, 283; Mondini, ruolo dell'organo di controllo, 43, che cita Cavalli 2002, art. 149 TUF in G.F. Campobasso, p. 1223 ss.

³⁹⁰ In tal senso altresì ROSSI A., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, in (a cura di) BERTOLINO M., FORTI G., EUSEBI L., *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, 2135. Da trovare anche Pisani sul punto più specifico delle tipologie di poteri, sempre intorno a p. 150

³⁹¹ TORRE V., *Posizione di garanzia e obblighi di vigilanza nell'attività del collegio sindacale*, in *Ind. Pen.*, 2000, 283. Idem, cercare Pisani

³⁹² GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 608.

³⁹³ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 277.

³⁹⁴ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 70.

³⁹⁵ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 152, il quale rileva, quindi, come il binomio controllo-impedimento di reati possa configurarsi nella realtà dei rapporti

In contrapposizione a tale connotazione di potere impeditivo, come potere di interposizione e paralisi diretta della condotta criminosa, si propone, dal punto di vista sociologico, di concepire il potere sull'attività altrui in termini di "autorità", ovvero di relazione caratterizzata dal riconoscimento da parte di un soggetto della superiorità di un altro e dallo sforzo da questi compiuto per farsi riconoscere superiore, in forza della norma giuridica che gli attribuisce proprio la posizione sovraordinata³⁹⁶.

Fenomenologicamente, quindi, il potere non si atteggierebbe ad impulso diretto sul comportamento del soggetto sottoposto, ma a mera "possibilità", ovvero ad *attesa* che il comportamento preteso sia attuato³⁹⁷. In ciò, quindi, deve ravvisarsi la differenza tra potere e causa: l'esistenza del primo non consentirebbe di trarre alcuna conclusione circa la portata risolutiva o meno del suo esercizio, che è questione attinente all'accertamento del nesso eziologico tra la condotta doverosa o la sua omissione e la realizzazione dell'evento che, con l'attribuzione del potere, si mira ad evitare³⁹⁸.

Tale concezione ha evidenti ricadute altresì sulla ricostruzione giuridica che si ripropone del fenomeno, in particolare sulla natura e tipologia degli effetti giuridici, che dall'esercizio del potere derivano.

Come già si è accennato nel capitolo precedente, tale tesi sostiene che esista un potere di incidere sulla sfera giuridica altrui anche quando il suo esercizio non abbia effetti immediati sull'altrui condotta, ma si limiti ad attivare una procedura intermedia, l'esito della quale ci *si attende* sia l'impedimento della consumazione del reato, senza per questo poterne dominare l'intero *iter*³⁹⁹.

Detto altrimenti, si nega la necessità che il potere di controllo sia caratterizzato da quella "fase comminatoria" che, invece, nella tesi contrapposta, costituisce il nucleo essenziale della natura impeditiva del potere dei controllori.

Ciò in base ad un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, sul piano della teoria generale del diritto, sarebbe dato riscontrare che la modifica di posizioni giuridiche

societari soltanto laddove alla funzione di controllo in senso statico sia accompagni altresì quella di reazione-correzione

³⁹⁶ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 276 ss, in particolare 278.

³⁹⁷ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 279 ss.

³⁹⁸ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 283.

³⁹⁹ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 285.

soggettive, senza il consenso del destinatario, può essere perseguita anche attraverso l'attivazione di procedure; in secondo luogo, nel diritto amministrativo, da cui il modello controllo-sanzione è mutuato, la fase comminatoria sarebbe sempre meno presente nella connotazione della funzione di controllo, la quale può essere diretta al mero impulso di certe attività, come – si rileva- accade per il potere autoritativo⁴⁰⁰.

Nondimeno, la ricostruzione in esame si sofferma anche sulle ragioni penalistiche dell'inadeguatezza della concezione di controllo come funzione destinata a sfociare in una sanzione inibitoria in senso lato dell'attività criminosa.

Il suo fondamento ultimo viene, infatti, ravvisato nell'*Herrschaft*, ovvero nel dominio sugli eventi, consistente nella possibilità di influirvi, sollecitando mutamenti naturalistici in modo diretto⁴⁰¹. Così opinando, secondo la tesi in esame, il dominio o, più correttamente, l'omesso esercizio del potere integrante il dominio, verrebbe di fatto equiparato alla causa dell'evento.

Pretendere che un potere, per avere natura impeditiva ed integrare una posizione di garanzia, debba essere risolutivo in astratto, anticiperebbe infatti al piano della tipicità della condotta un problema relativo alla causa, da risolversi *ex post* ed in concreto, impedendo così di configurare la posizione di garanzia come istituto autonomo, servente alla tipizzazione in astratto ed *una tantum* della fattispecie omissiva impropria⁴⁰².

Tuttavia, laddove l'evento consista nel fatto di reato altrui, la divergenza tra potere e causa sarebbe evidente, in quanto il potere assumerebbe una dimensione esclusivamente giuridica (nei mezzi e negli effetti) e l'evento consisterebbe nell'insieme di elementi oggettivi di una fattispecie di reato, naturalistici ma al contempo corrispondenti alla norma incriminatrice. Quindi il limite dell'*Herrschaftstheorie* e delle sue formulazioni correttive, consisterebbe nel non aver saputo indicare un'entità distinta dalla causa e

⁴⁰⁰ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 286 s.,

⁴⁰¹ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 182. Per un'analisi dell'*Herrschaftstheorie*, si rinvia al capitolo 2, § 2.3.

⁴⁰² NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 183, 198. Richiama sul punto la critica di Seminara alla *Tatherrschaftstheorie*, 431. Da vedere per capire meglio che cavolo vuol dire

dalle circostanze contingenti per connotare il potere impeditivo fondante una posizione di garanzia di impedimento di reati⁴⁰³.

Per tali motivi bisognerebbe concepire il potere di intervento sull'altrui azione non in senso risolutivo, ma come mera *possibilità* di impedire la consumazione del reato, la cui efficacia è questione da valutarsi in concreto, alla stregua delle circostanze di fatto: qualora, sul piano causale, l'attivazione di tale potere risulti necessaria, sebbene non sufficiente all'impedimento del reato, la sua omissione integrerà la causa dell'evento. Dapprima potrà costituire soltanto il presupposto oggettivo della tipizzazione della condotta omissiva del garante.

Pertanto, in ambito societario, in cui la tutela dei beni procede mediante la predisposizione di norme organizzative⁴⁰⁴, avrebbero rilevanza impeditiva, ai fini dell'integrazione di una posizione di garanzia, non soltanto i poteri comminatori, direttamente posti in essere dall'organo di controllo (come la revoca del consiglio di gestione, da parte del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico), ma altresì quei poteri che attivano meccanismi più complessi di prevenzione di condotte illecite, tipici delle strutture organizzate, come possono essere a monte il potere di adottare assetti organizzativi adeguati, i poteri di denuncia, di impugnativa, di informativa interna⁴⁰⁵.

Rispetto al potere di informativa, si osserva, tuttavia, che limite alla sua rilevanza è la sua funzionalità all'attivazione di procedure volte all'impedimento di reati, ovvero

⁴⁰³ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 183. L'Autore cita in proposito l'esempio della madre che esercita un controllo sul figlio minore anche quando non sia fisicamente accanto a lui, e quindi anche quando non possa intervenire direttamente sugli eventi, contrariamente all'assunto dell'*Herrschaftstheorie*, secondo cui il garante è solo chi esercita un potere di impedimento dell'evento di tipo fisico materiale. Tale considerazione deve tuttavia ritenersi superata da quelle impostazioni, tra cui quella adottata dalla dottrina italiana più attenta al rispetto dei principi costituzionali, secondo cui qualora la signoria in concreto manchi e tuttavia il soggetto detenga sul bene un dominio giuridico, può parimenti configurarsi un dovere di attivazione a tutela del bene, cui il garante può adempiere ad esempio delegando il potere di controllo/protezione ad altri e non è liberato fino a che la tutela del bene non sia di fatto assunta da altri. Classico è esempio dei genitori non liberati dall'obbligo di garanzia finché la babysitter non arrivi, prendendo in carico il bambino.

⁴⁰⁴ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 297.

⁴⁰⁵ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 298. A favore della rilevanza dei poteri di attivare meccanismi pubblicistici PEDRAZZI C., *Diritto penale*, Milano, 2003, 467 ss.. Attribuiscono natura impeditiva ai poteri informativa STELLA F., PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 552.

finalizzate alla tutela di beni giuridici, “*senza esaurire il suo fine in un miglioramento in termini meramente efficientistici dell’organizzazione*”⁴⁰⁶.

La ricostruzione da ultimo esposta, sebbene affascinante nella misura in cui tende ad assicurare l’incriminabilità di condotte riprovevoli, quali l’omissione del controllo e dell’attivazione necessari a rendere efficaci i sistemi di prevenzione di reati anche nelle strutture complesse, caratterizzate da una ripartizione dei ruoli, non appare condivisibile.

A prescindere dalle ricostruzioni di “potere impeditivo”, ancorate a studi sociologici o ad altre branche dell’ordinamento, il cui richiamo non può ritenersi decisivo ai fini dell’individuazione del concetto penalistico di potere costitutivo di una posizione di garanzia⁴⁰⁷, interessa in questa sede prendere posizione rispetto agli argomenti di natura penale contrari alla configurazione del potere di controllo-impedimento in termini comminatori, argomenti sostanzialmente riassumibili nell’obiezione di ridurre il potere (*rectius*, il suo omesso esercizio) - e con esso la posizione di garanzia- a causa dell’evento.

Si osservi che l’attitudine propria del potere impeditivo di incidere sulla condotta criminosa in modo risolutivo, si riferisce a sua volta a certi tipi di accadimenti astratti, non concreti. *Ex ante* può solo ipotizzarsi che il potere di intervento risolutivo, oltre a connotare una posizione di garanzia e quindi a tipizzare l’omissione penalmente rilevante, sia causa sufficiente e necessaria all’impedimento del tipo di evento (fattispecie di reato) verificatosi, ma nulla ancora si può affermare circa l’attitudine causale dell’omissione, valutabile solo alla luce delle circostanze del caso concreto ed in particolare del fatto di reato, così come concretamente realizzato, rispetto alle quali l’attitudine impeditiva del potere potrebbe essere vana.

All’obiezione, quindi, secondo cui il nesso causale sarebbe esautorato della sua natura di *quaestio facti*, risolvendosi “*nella ricerca di soggetti che (presumibilmente) già dominano l’accaduto*”⁴⁰⁸, può controbattersi che tale natura è fatta salva proprio da quella presunzione, la quale va verificata alla luce delle peculiarità del caso di specie e

⁴⁰⁶ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 299.

⁴⁰⁷ Ciò che, infatti, nella realtà delle relazioni sociali o nel diritto amministrativo può rientrare nella concezione di potere di influire sull’altrui sfera giuridica, non è detto che detenga i caratteri sufficienti per tipizzare una condotta penalmente rilevante

⁴⁰⁸ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 199.

non può esserlo a priori, stante la multiforme manifestazione nella realtà di un fatto solo astrattamente descritto da una norma incriminatrice.

Ritenendo superato il principale ostacolo opposto dalla teoria del potere “mediato”, anche accettandosi l’esistenza, in altri settori dell’ordinamento, di una pluralità di modelli di potere di controllo-impulso, diretto ed indiretto, sull’altrui attività, deve ritenersi preferibile la tesi che limita la sussistenza di posizioni di garanzia di impedimento di altrui reati alla titolarità di poteri di controllo corredati da potestà comminatoria, direttamente incidente nella sfera giuridica dell’agente, con attitudine a paralizzarne gli effetti.

Già in sede di studio del criterio di equivalenza tra azione ed omissione⁴⁰⁹ si è visto come una concezione più tenue o mediata del potere impeditivo, in termini di vigilanza ed attivazione di un più complesso meccanismo, il cui esito non è tuttavia dominabile dal garante, reca in sé il rischio di una dilatazione delle maglie della responsabilità commissiva per omissione, a detrimento del principio di personalità della responsabilità penale, intangibile anche a fronte di realtà, quale quella societaria, in cui più rara è la presenza di forme di controllo ed intervento sull’altrui attività, così penetranti da condizionarla senza riserve.

3.3. I poteri-doveri di controllo sulla gestione e di impedimento di reati in ambito societario: la posizione dei consiglieri di amministrazione.

Individuati i confini del potere impeditivo di reati nell’ambito di organizzazioni complesse, si può ora procedere all’analisi delle norme di diritto civile disciplinanti i compiti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, ovvero degli organi societari tradizionalmente investiti di funzioni di monitoraggio sulla gestione, per verificare se i relativi membri siano depositari di una posizione di garanzia di impedimento di reati altrui.

Nel capitolo seguente si affronterà il problema, cruciale ai fini della presente indagine, dell’eventuale impatto che la disciplina del d.lgs. 231/2001 ha avuto sull’assetto dei relativi doveri-poteri impeditivi, onde verificare se l’efficacia di un sistema di prevenzione di reati, fondato sulla responsabilizzazione dell’ente, non riposi in ultima

⁴⁰⁹ Rinvio capitolo 2, § 2.4.2.

istanza sulla responsabilità penale delle persone fisiche deputate a garantirne il funzionamento-

Prendendo le mosse dal novero di doveri e poteri dei consiglieri di amministrazione, l'art. 2392 c.c., rubricato "Responsabilità degli amministratori", nell'attuale formulazione, dopo aver disciplinato al primo comma la responsabilità risarcitoria, di natura contrattuale, per l'inadempimento dei doveri di legge o statutari connessi alla carica assunta⁴¹⁰, prevede al comma secondo che *"In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose"*.

Anche alla luce della definizione di controllo che si è ritenuto di adottare nel presente lavoro, la corretta operatività della norma in ambito penale presuppone la chiara distinzione tra il piano del dovere di vigilanza e quello del dovere di impedimento di illeciti, che, se nell'attuale formulazione appare più netta in forza del rinvio all'art. 2381 c.c., nell'originaria previsione tendeva ad essere ignorata, soprattutto nella prassi, con addebito della responsabilità per il mancato impedimento dell'altrui reato a fronte del riscontro della violazione del mero dovere di vigilanza⁴¹¹.

In quanto al dovere di controllo degli amministratori, il comma 2 dell'art. 2392 c.c. è stato infatti modificato dal d.lgs. 6/2003, che ha eliminato il riferimento all'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, rinviando all'art. 2381 c.c. per la determinazione dei doveri cui il consiglio di amministrazione è tenuto rispetto all'attività dei delegati.

Tali doveri hanno ad oggetto la "valutazione" da un lato dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili di cui gli esecutivi dotano la società⁴¹²,

⁴¹⁰ GITZI D., *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società, prima e dopo la riforma del 2003*, cit., 1785; FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P. E PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 21 ss.;

⁴¹¹ MERENDA I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2011, 1182; BORSARI R., *I confini della responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, in *Fin. contr. contab.*, 2009, 266. Ante riforma, affermavano la necessità di distinguere le due tipologie di doveri, per quanto afferenti alla medesima posizione di garanzia, altresì LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 161; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 339.

⁴¹² Si rinvia sul punto al capitolo 1, § 1.2

dall'altro del generale andamento della gestione, sulla base delle informazioni che gli amministratori delegati sono obbligati a fornire al consiglio ai sensi dell'art. 2381, comma 5 c.c., mediante relazioni periodiche e fatti salvi il dovere dei non delegati di agire sempre informati, nonché la facoltà di chiedere agli esecutivi di fornire in consiglio informazioni relative alla gestione della società, come previsto dal comma 6 dello stesso articolo.

Per pressoché unanime interpretazione, il dovere di controllo e, con esso, la posizione di garanzia degli amministratori, risulta quindi affievolito a seguito dell'intervento del legislatore del 2003, il quale avrebbe voluto adeguare i canoni della ripartizione della responsabilità alle attuali realtà societarie, caratterizzate dal dominio conoscitivo degli esecutivi rispetto all'andamento della gestione, alla sua evoluzione e alle operazioni di maggior rilievo, e da un ruolo quasi di "comparsa" dei consiglieri non delegati, i quali vengono coinvolti nella gestione societaria nelle sole occasioni di riunione del consiglio di amministrazione previste dalla legge, senza poter esercitare alcuna effettiva influenza⁴¹³.

Se, infatti, anteriormente all'intervento di riforma, l'obbligo di vigilanza veniva inteso, soprattutto in giurisprudenza, in senso pervasivo, quale dovere di compiuta informazione su tutte le operazioni societarie in corso⁴¹⁴, a seguito della riforma esso deve ritenersi limitato ai soli atti od attività degli amministratori esecutivi o del *plenum*, che i non delegati sono specificamente chiamati a valutare o ad approvare. Si tratterebbe pertanto di un dovere da adempiere *una tantum* e non in modo continuativo ed ininterrotto, quale quello di vigilanza⁴¹⁵.

⁴¹³ CENTONZE F., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 109; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 175 ss.; BRICCHETTI R., *Un obbligo di garanzia "leggero" che pone numerosi interrogativi*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 35, 78; BORSARI R., *I confini della responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, cit., 266.

⁴¹⁴ Dà conto di tale prevalente orientamento maggioritario CENTONZE F., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, cit., 109. Nondimeno, parte della dottrina, nel vigore della precedente formulazione già negava un'indiscriminata estensione del dovere di vigilanza penalmente rilevante gravante sugli amministratori, limitandone l'oggetto soltanto a quegli atti rispetto ai quali gli amministratori detenevano poteri impeditivi. Così LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 163.

⁴¹⁵ Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383, in *Cass. pen.* 2008, 103 ss.; Cass. pen., sez. V., 10 febbraio 2009, n. 9736, in *Cass. pen.*, 2011, 1182; Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2010, n. 41136, in www.penalecontemporaneo.it con nota di MERCONE G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*. Per una disamina approfondita del tema si

L'attività di controllo, per altro, viene esercitata con l'ausilio delle informazioni che al collegio sono trasmesse dagli amministratori delegati, in adempimento degli obblighi loro imposti dall'art. 2381, comma 4 c.c. o della richiesta specificamente rivolta dai consiglieri privi di delega ai sensi del comma 6, tanto che parte della dottrina propende per l'assenza di poteri di ispezione diretta in capo agli amministratori delegati⁴¹⁶.

Altro, rispetto al dovere di vigilanza (*rectius*, valutazione) sulla gestione, è l'obbligo di attivazione per l'impedimento di fatti pregiudizievoli, di cui gli amministratori avevano conoscenza, o di eliminazione o attenuazione delle relative conseguenze, dovere invariabilmente posto dall'art. 2392, comma 2 c.c. a carico dei non delegati⁴¹⁷. *Ante* riforma, una lettura approssimativa della norma portava all'affermazione della responsabilità dei consiglieri, per il mancato impedimento del reato commesso dai delegati ai sensi degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p., sulla scorta dell'accertato inadempimento del generico obbligo di vigilare sulla gestione.

In realtà, l'obbligo di controllo, tanto nella risalente quanto nella nuova versione, si configura quale adempimento prodromico ma distinto rispetto all'impedimento del fatto illecito altrui: infatti, soltanto chi, tra gli amministratori, fosse a conoscenza del fatto pregiudizievole, è chiamato a rispondere, anche civilmente, per il mancato impedimento dello stesso, con la conseguenza che tale responsabilità può essere solo dolosa.

Al contrario l'inadempimento dell'obbligo di controllo a monte configura al più una condotta negligente, che colora delle tinte della colpa l'inerzia del controllore rispetto

veda BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 159 o sennò l'articolo, Resp. degli amministratori di spa, in giur. comm. 2004, 620.

⁴¹⁶ BRICCHETTI R., *Un obbligo di garanzia "leggero" che pone numerosi interrogativi*, cit., 78, rileva come l'assenza di autonomi poteri di ispezione renda quanto meno discutibile l'efficacia del controllo basato sulle informazioni fornite dagli amministratori delegati, che, inverosimilmente, segnaleranno le irregolarità o illiceità da loro stessi compiute. Sul punto si associa CENTONZE F., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, cit., 109. Negano la titolarità di poteri ispettivi in capo ai singoli consiglieri ABADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in (a cura di) ABADESSA P., PORTALE G., *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007 506; MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, 132. Per contro, FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABADESSA P., PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 25 s., il quale afferma che il dovere di agire informati comporta comunque la necessità di reperire informazioni adeguate anche con riferimento alla conformità dell'agire degli amministratori rispetto alle norme di legge, eventualmente esercitando il potere di richiedere informazioni dinnanzi al consiglio.

⁴¹⁷ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit, 162. All'evidenza risulta irrilevante, dal punto di vista della configurazione della responsabilità penale degli amministratori per omesso impedimento del reato, l'obbligo di eliminazione delle conseguenze dannose di un illecito, essendosi quest'ultimo già realizzato.

all'altrui reato, cui possono quindi essere imputate le sole fattispecie contravvenzionali, punibili indifferentemente a titolo di dolo o colpa, e delle rare fattispecie delittuose colpose in materia societaria⁴¹⁸.

Inoltre, la violazione dell'obbligo di vigilanza, seppur integrante la posizione di garanzia degli amministratori non delegati, non è sufficiente all'integrazione di una fattispecie omissiva impropria ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.c., la quale richiede altresì l'inottemperanza dell'obbligo impeditivo ex art. 2392 c.c., ovvero l'omesso esercizio di poteri impeditivi dell'altrui condotta criminosa, di tipo comminatorio e quindi risolutivo.

Sul punto, criticabile è il disinteresse evidente in numerose pronunce giurisprudenziali per l'individuazione dei poteri suddetti, incuranza che conduce all'affermazione di una responsabilità da "posizione" in capo agli amministratori⁴¹⁹, in quanto tali tenuti all'impedimento dell'altrui reato, a prescindere dalla possibilità giuridica e materiale di attivarsi in tal senso⁴²⁰; dall'altro, tuttavia, una limitazione dei poteri impeditivi, coerente con il principio di personalità della responsabilità penale, osta alla rilevanza di tutte quelle iniziative, spettanti al singolo amministratore, che non hanno immediata incidenza sull'atto compiuto dal delegato.

Così, contrariamente ad una parte consistente della dottrina⁴²¹ si deve ritenere che la posizione di garanzia degli amministratori delegati non possa fondarsi su poteri quali: l'impugnazione delle delibere del consiglio contrarie alla legge o allo statuto, la cui

⁴¹⁸ Sulla necessità di distinguere tra inadempimento dell'obbligo di garanzia di controllo e di impedimento, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 338; MARINUCCI G., ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in Riv. it., dir. proc. pen., 1971, 703.

⁴¹⁹ ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., 563.

⁴²⁰ Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383, in Cass. pen. 2008, 103 ss.; Cass. pen., sez. V., 10 febbraio 2009, n. 9736, in Cass. pen., 2011, 1182; Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2010, n. 41136, in www.penalecontemporaneo.it. Ulteriori sentenze in materia in cui manca completamente un'indagine su ciò che l'amministratore avrebbe dovuto e potuto fare per impedire la realizzazione del delitto: cercare le sentenze indicate da Mercone nella nota 2, che paiono riconoscere la responsabilità degli amministratori. Per contro, si sofferma sulla problematica individuazione di poteri impeditivi, non individuati dalla stessa norma che fonda la posizione di garanzia degli amministratori, Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in www.iusexplorer.it, conclusiva della vicenda giudiziaria del caso Parmalat.

⁴²¹ CENTONZE F., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, cit., 337; ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 196. L'Autore qualifica invece come poteri nemmeno astrattamente impeditivi il potere-dovere di spendersi in collegio contro l'adozione di delibere contrarie alla legge, di far dichiarare a verbale il proprio dissenso; di chiedere al presidente del consiglio di radunare l'assemblea. Nisco...: da leggere; MERCONE G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, cit., 6; MERENDA I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, cit., 1182, nonostante dapprima affermi la necessità di concepire i poteri impeditivi in senso risolutivo.

legittimazione è attribuita all'amministratore assente o dissenziente ai sensi del riformato art. 2388 c.c.; l'azione ex art. 2391 c.c. per l'impugnazione della delibera adottata in conflitto di interessi; infine, la denuncia di gravi irregolarità al Tribunale di cui all'art. 2409 c.c., cui gli amministratori non delegati, esclusi dal potere di denuncia diretta, possono esperire solo indirettamente e solo nelle società quotate, rivolgendosi al pubblico ministero⁴²².

All'evidenza, infatti, si tratta di iniziative che intervengono in seguito alla consumazione del reato, con efficacia quindi reattiva, ma non preventiva dello stesso⁴²³, e, quand'anche si inseriscano nell'*iter criminis*, danno adito soltanto all'attivazione di un terzo soggetto (il giudice o il pubblico ministero con riferimento alle società quotate), senza alcuna efficacia comminatoria diretta⁴²⁴.

Per contro, poteri di carattere risolutivo sono quelli di competenza del collegio, che, nei confronti dei delegati, può revocare la delega loro conferita, avocare singole operazioni in essa rientranti, negare la ratifica di un certo atto, emettere direttive (quindi, ad esempio, vietare il compimento determinate operazioni), annullare una propria delibera adottata in violazione di legge su impulso degli esecutivi.

Rispetto a tali iniziative, il singolo amministratore, tenuto ad agire in modo informato e a richiedere agli esecutivi di fornire informazioni dinnanzi al collegio, può esercitare un'attività di impulso attraverso: la richiesta al presidente del CdA di convocare il consesso; la spendita, al suo interno, degli argomenti a favore di una delibera avente efficacia comminatoria o la resistenza all'adozione di una delibera integrante reato; l'annotazione del proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio e la comunicazione dello stesso al presidente del collegio sindacale, come previsto dall'art. 2392, comma 3 c.c.⁴²⁵.

⁴²² Si tratta di uno strumento utile alla rilevazione di irregolarità non concretizzatesi in delibere impugnabili, tuttavia indebolito dalla riforma del diritto societario, per effetto del venir meno della legittimazione del pubblico ministero, se non con riferimento a fatti inerenti le società quotate.

⁴²³ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 166; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 349 s, i quali argomentano l'inidoneità impeditiva di tale strumento altresì sul rilievo che, diversamente, si imporrebbe agli amministratori un obbligo di denuncia di reati, inesistente in capo ai cittadini.

⁴²⁴ Nel senso della natura indiretta di tali poteri CENTONZE F., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, cit., 339, il quale tuttavia, aderendo alla concezione più estensiva di potere impeditivo, ne ammette la rilevanza ai fini della individuazione di una posizione di garanzia di impedimento di altrui reati)

⁴²⁵ Tali atti non rilevano ai fini di un'esclusione automatica della responsabilità penale, a differenza di quella civile. Sul punto, già ante riforma, si vedano LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*

Si tratta, evidentemente, di poteri di sollecitazione che, nondimeno, assumono rilevanza nell'economia dell'attività impeditiva dell'organo collegiale, risolvendosi in atti propulsivi della medesima, la cui omissione deve essere valutata ai fini della determinazione della responsabilità di ogni singolo amministratore per il mancato esercizio del potere impeditivo, spettante al collegio⁴²⁶.

Onde evitare l'imputazione di un reato c.d. collegiale, figura contrastante con i principi di personalità della responsabilità penale⁴²⁷, si pone infatti la necessità di valutare la partecipazione di ogni singolo consigliere rispetto alla mancata attivazione dell'organo plurisoggettivo, alla stregua delle competenze a lui spettanti e dei doveri-poteri che la legge gli attribuisce⁴²⁸. In altre parole, quando l'obbligo di impedimento gravi su un organo collegiale si deve "isolare la posizione giuridica del singolo componente, alle cui attribuzioni uti singulus si commisura l'impegno di garanzia di fronte a deviazioni collettive"⁴²⁹.

Così, il singolo amministratore dissenziente è tenuto ad opporsi attivamente e motivatamente all'adozione di una deliberazione illegittima ovvero ad assumere

e obbligo di sorveglianza, cit., 161 e GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 349.

⁴²⁶ Sembra ammettere tale rilevanza, NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 327. In senso contrario, CENTONZE F., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, cit., 337; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 196 che nega attitudine, anche meramente indiretta, all'impedimento del reato a tale tipo di iniziative. In generale, l'Autore rifiuta la rilevanza, ai fini di una responsabilità penale dei singoli, per l'omesso impedimento di un reato altrui, del mancato esercizio di poteri collegiali.

⁴²⁷ Per una ricostruzione della figura si rinvia a ZANNNOTTI R. *Il nuovo diritto penale dell'economica*, Milano, 2008, 31; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 168 ss.

⁴²⁸ ZANNNOTTI R. *Il nuovo diritto penale dell'economica*, cit., 31. Statisticamente, riconosce che la collegialità effettiva è prassi non frequente, anche per quanto attiene alle fattispecie commissive. Rara è infatti la presenza di accordi per la commissione di reati all'interno degli organi collegiali, così come anche il tacito benestare dei componenti dell'organo di controllo. Più frequentemente, l'adozione di delibere integranti una fattispecie di reato o, al contrario, l'omissione di iniziative comminatorie, a fronte del comportamento consapevole e volontario di un singolo, è il frutto della mancata partecipazione alla discussione che precede la deliberazione o dell'incapacità degli altri amministratori di comprendere l'illiceità di certi comportamenti od operazioni aziendali.

⁴²⁹ Testualmente PEDRAZZI C., *sub art. 223 l. fall.*, in (a cura di) GALGANO F., *Commentario Scialoja-Branca, Legge Fallimentare. Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna-Roma, 1995, 276, cui si richiama CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 164, per affermare al contrario l'inconfigurabilità di una responsabilità penale del singolo amministratore per l'omesso esercizio di poteri di competenze dell'organo collegiale. Si ritiene, tuttavia, che le parole di Pedrazzi non possano essere intese in senso così restrittivo, affermandosi piuttosto la necessità di verificare che cosa il singolo avrebbe potuto e dovuto fare all'interno dell'organo collegiale e, appurata la sussistenza di poteri individuali, affrontare il difficile accertamento causale della condotta del singolo rispetto all'evento-reato, nonché dell'atteggiamento psicologico. Tale interpretazione è avvalorata altresì dal seguito delle riflessioni dell'Autore nella stessa opera.

un'iniziativa di stimolo di fronte ad un'omissione antidoverosa del collegio. In caso di omissione dell'atteggiamento propulsivo o di stimolo, qualora l'amministratore si limiti ad esprimere il proprio dissenso con l'astensione o un voto contrario, ardua sarà la prova dell' "*efficacia risolutiva di un'opposizione più battagliera*"⁴³⁰.

Individuati i poteri astrattamente impeditivi esercitabili dal singolo amministratore in seno al consiglio, quindi, il problema dell'affermazione della relativa responsabilità per il mancato impedimento dei reati commessi dai delegati si trasferisce sul piano dell'accertamento del nesso causale e non ultimo su quello del dolo di partecipazione omissiva. Da un lato deve infatti appurarsi che il reato non sarebbe stato commesso se l'amministratore senza delega avesse tenuto il comportamento doveroso omesso; dall'altro che lo stesso amministratore fosse a conoscenza dell'attività illecita in corso ed abbia accettato il rischio, mantenendo una condotta omissiva, di contribuire alla commissione del reato.

Si tratta tuttavia di aspetti, le cui note comuni a tutte le figure di controllori, ne suggeriscono una trattazione unitaria all'esito dell'esame delle rispettive competenze

3.3.1 (Segue) I doveri e poteri dei membri collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato di controllo sulla gestione.

La riforma del diritto societario e, prima ancora quella delle società quotate, è intervenuta sull'assetto di doveri di vigilanza e di reazione dei sindaci in misura altrettanto incisiva.

In particolare, per quanto riguarda i doveri di controllo, venute meno le funzioni in materia contabile⁴³¹, l'attuale art. 2403 c.c. prevede un triplice contenuto. In particolare, i sindaci sono tenuti a vigilare:

⁴³⁰ PEDRAZZI C., *sub art. 223 l. fall.*, in (a cura di) GALGANO F., *Commentario Scialoja-Branca, Legge Fallimentare. Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, cit., 281; Analogamente NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., con riferimento, tuttavia alla posizione dei sindaci rispetto al collegio. Inoltre, a favore di un obbligo impeditivo del singolo amministratore PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, cit., 286; ROMANO M., *Questione in tema di responsabilità penale degli amministratori per violazione degli obblighi di comunicazione nella legge di riforma delle società per azioni*, in *Giur. comm.* 1976, 344, nota 11..

⁴³¹ Salvo, ex art. 2403, comma 2, l'esercitabilità del controllo contabile nel caso previsto dall'art. 2409 bis, terzo comma, ovvero nelle società non tenute alla redazione del bilancio consolidato, nelle società definite come enti di interesse pubblico ovvero nelle società che controllano o sono controllate o soggette a comune controllo con un ente di interesse pubblico. CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 247 ss., dà conto che nel vigore della previgente disciplina si lamentava un'eccessiva vastità dell'oggetto del controllo demandato ai sindaci, pretendendosi da costoro la conoscenza e verifica di

a) sull'osservanza della legge e dello statuto nell'attività di gestione, sorveglianza che si risolve nella verifica di conformità ad ogni disciplina legale e regolamentare dell'intera attività sociale, anche qualora non direttamente riconducibile agli amministratori⁴³².

b) sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, ovvero delle regole aziendalistiche di corretta e prudente amministrazione, che, a parere di parte della dottrina commercialista, già rientravano nel controllo di legalità, quale espressione del dovere gestorio di condurre la società secondo la diligenza professionale richiesta⁴³³. Perciò sarebbe da escludere un vero e proprio dovere di controllo sul merito della gestione, dovendosi verificare soltanto la non manifesta irragionevolezza delle scelte gestorie⁴³⁴;

c) sull'adeguatezza ed il concreto funzionamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, curato e valutato dagli amministratori, quale insieme di strumenti- processi ed operazioni integrate- che gli amministratori, delegati o *in plenum* in caso di assenza di deleghe- devono predisporre per consentire un corretto svolgimento dell'attività gestoria e contabile, al fine di ridurre i margini di errore ed il rischio di abusi, consentendo la controllabilità delle procedure in ogni fase dell'attività sociale e la pronta rilevabilità delle criticità⁴³⁵;

Pertanto, nell'esercizio delle funzioni di controllo, i sindaci non conducono accertamenti analitici e diretti, bensì analizzano criticamente metodologie e programmi, al fine di verificare che dagli amministratori non siano compiute operazioni estranee all'oggetto sociale o in conflitto di interessi o imprudenti e che non siano adottate

legalità di quasi di ogni atto dell'attività sociale, da quella gestionale a quella contabile, con conseguente impossibilità di adempiere in modo efficace al compito in esame.

⁴³² CAVALLI G., *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in (a cura di) ABBADESSA P., PORTALE G.B., *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 56; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 185 ss.

⁴³³ CAVALLI G., *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in (a cura di) ABBADESSA P., PORTALE G.B., *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 56; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 282; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 189

⁴³⁴ ROSSI A., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, in (a cura di) BERTOLINO M., FORTI G., EUSEBI L., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 2110

⁴³⁵ IRRERA M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in (a cura di) ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., 265 ss; SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, 275; BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, in *Le società* 2009, 679.

deliberazioni contrastanti con la legge o lo statuto, da cui possano derivare pregiudizi per la società, i soci ed i creditori⁴³⁶.

Nelle società quotate, inoltre, ai sensi dell'art. 149 t.u.f., il collegio sindacale deve vigilare sul sistema di controllo interno, sul sistema amministrativo-contabile, sulla sua affidabilità nella corretta rappresentazione dei fatti di gestione, nonché sulle modalità di concreta attuazione dei codici di *corporate governance*, cui la società abbia dichiarato di attenersi⁴³⁷.

Le previsioni da ultimo richiamate, unitamente alla facoltà attribuita dall'art. 2403, comma 2 c.c. alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, di continuare ad affidare i controlli contabili all'organo di controllo interno, nonché unitamente al dovere del collegio sindacale di vigilare altresì sull'adeguatezza dell'assetto contabile, inducono parte della dottrina a ridimensionare l'effetto di sfoltimento degli obblighi di vigilanza che la riforma avrebbe comportato in tale materia⁴³⁸.

L'adempimento del dovere di controllo, così come delineato dal punto di vista contenutistico, è perpetrato mediante l'osservanza di più specifici obblighi di natura strumentale, quale quello di riunione (art. 2404 c.c.), di partecipazione alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo (art. 2405, comma 1 c.c.), nonché di compimento di indagini a seguito della denuncia di fatti censurabili da parte dei soci (art. 2408, comma 2 c.c.)⁴³⁹. Strumentale a tale funzione è altresì il flusso di informazioni di cui il collegio risulta destinatario. Così, ai sensi degli artt. 2381, comma 6 c.c. e 150 t.u.f., i sindaci ricevono dagli amministratori periodiche informazioni sul generale andamento della gestione, sulla prevedibile evoluzione della stessa, nonché sulle operazioni di maggior rilievo; ai sensi dell'art. 2429, comma 1 c.c. deve essere loro presentato il bilancio di esercizio e la relazione dell'organo gestorio; in

⁴³⁶ ROSSI A., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, in (a cura di) BERTOLINO M., FORTI G., EUSEBI L., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 2112.

⁴³⁷ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 334 ss.

⁴³⁸ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 336; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 251 s.; Addirittura, nel senso di un aggravamento delle responsabilità civilistiche dei sindaci si veda LOFFREDO E., *Modifiche piccole e non in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a.*, in AAVV, *Scritti in onore di V. Buonocore*, Milano, 2005, 2859 ss.

⁴³⁹ Sul punto informativa STELLA F., PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 559.

base agli artt. 2391 e 2392 c.c., rispettivamente l'amministratore in conflitto di interessi e quello dissenziente devono inoltrare al collegio sindacale la relativa informativa. Inoltre, quest'ultimo scambia informazioni con altri organi deputati al controllo, quali gli incaricati della revisione legale dei conti, ex artt. 2049-septies e 150, comma 3 t.u.f., l'*internal audit*, tenuto a presentare al collegio sindacale delle relazioni sul suo operato (art. 150, comma 3 t.u.f.), nonché l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001, come si avrà modo di approfondire *infra*, e con l'assemblea, alla quale è tenuto a presentare una relazione sui risultati dell'esercizio sociale e le osservazioni e proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione (art. 2429, comma 2 c.c.)⁴⁴⁰.

Il quadro delle prerogative informative è completato dalle previsioni dell'art. 2403 bis c.c., in base al quale spetta ad ogni sindaco il potere individuale di compiere atti di ispezione e controllo, nonché al collegio di chiedere informazioni agli amministratori relativamente all'andamento delle operazioni sociali o ad altri affari e di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate.

Si osserva che la notevole estensione dell'oggetto della vigilanza è accompagnata altresì dalla disponibilità di una mastodontica quantità di dati provenienti dalle altre funzioni o autonomamente reperibili, che pongono l'organo di controllo al centro dell'informativa e lo espongono ad una responsabilità potenzialmente illimitata, quanto meno di natura contrattuale per inadempimento dei propri obblighi⁴⁴¹.

Accanto, infatti, al novero dei diritti-doveri di informazione e controllo, la disciplina civilistica attribuisce al collegio sindacale altresì un'ampia gamma di doveri-poteri di intervento o reazione⁴⁴², distinguibili in due categorie: da un lato i poteri di attivazione di altri organi, in particolare a) dell'assemblea dei soci, di cui tradizionalmente il collegio sindacale costituisce uno strumento di presidio rispetto all'operato dei gestori, nei cui confronti l'organo sociale può adottare provvedimenti sanzionatori diretti, *in primis* la revoca dell'incarico (art. 2383 c.c.)⁴⁴³, e b) del consiglio di amministrazione,

⁴⁴⁰ AIELLO M., *Il collegio sindacale: struttura e funzioni*, in (a cura di) COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, 584.

⁴⁴¹ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 254. Attribuisce al collegio sindacale un ruolo di raccordo e accordo dell'intricato sistema di controlli ABRIANI N., *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, in (a cura di) TOMBARI U., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, Torino, 2013, 102 ss.

⁴⁴² AIELLO M., *Il collegio sindacale: struttura e funzioni*, in (a cura di) COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, 589 s.

⁴⁴³ MONDINI F. P., *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, in *Banca, Impresa, Società*, 2015, 48; NISCO A., *Controlli sul mercato*

per sollecitare iniziative avverso fatti inerenti l'assemblea⁴⁴⁴; dall'altro i poteri reattivi direttamente esercitabili dal collegio e dai singoli membri dello stesso, rivolti verso autorità esterne⁴⁴⁵.

Tra i primi si annovera, in particolare, la convocazione dell'assemblea e l'esecuzione di pubblicazioni in caso di omissioni o di ingiustificato ritardo degli amministratori o di rilevazione di fatti censurabili di rilevante gravità (art. 2406, commi 1 e 2 c.c.), potere che nelle società quotate può essere esercitato anche da due sindaci soltanto e altresì singolarmente rispetto alla convocazione del consiglio di amministrazione (art. 151 t.u.f.); la convocazione dell'organo sociale per la sostituzione degli amministratori, qualora l'amministratore unico o l'intero consiglio di amministrazione cessi dalla carica (art. 2386, comma 4 c.c.)⁴⁴⁶.

Nella seconda categoria figurano invece le azioni di responsabilità verso gli amministratori (art. 2393, comma 3 c.c.) e di impugnativa delle delibere adottate dal consiglio di amministrazione (art. 2388, comma 4 c.c. e 2391 c.c., con riferimento alle delibere adottate con il voto determinate di un amministratore in conflitto di interessi) e dall'assemblea (art. 2377, comma 2 e 2379 c.c.), nonché i poteri di denuncia di gravi irregolarità al Tribunale ex art. 2409 c.c. e 152, comma 2 t.u.f., alla Consob nelle società quotate ex art. 149, commi 3 e 4 t.u.f. e alla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 52 t.u.b. per quanto concerne gli istituti di credito⁴⁴⁷.

Tale panoramica delle attribuzioni del collegio sindacale consente di riflettere su quali di esse possano essere rilevanti ai fini della configurabilità di una responsabilità per l'omesso impedimento di reati ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p..

finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio, cit., 338, osserva come ciononostante in passato si tendesse a negare efficacia ai rimedi di attivazione dell'assemblea rispetto all'operato degli amministratori, in quanto questi ultimi costituivano l'espressione della maggioranza dei soci.

⁴⁴⁴ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 338, il quale osserva come anche in questo caso gli attuali assetti di *corporate governance* impediscano di concludere per l'inutilità del rimedio indicato, stante la presenza nei consigli di amministrazione, se non di consiglieri espressione della minoranza, quanto meno di amministratori indipendenti, che possono dar corso agli stimoli provenienti dal collegio sindacale.

⁴⁴⁵ La suddivisione in parola è proposta da NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 338 s.

⁴⁴⁶ GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 610, parla in proposito di poteri di intervento sostitutivo.

⁴⁴⁷ La norma prevede specificamente il potere dell'organo di controllo di comunicare alla Consob potenziali irregolarità gestionali o di violazioni della normativa disciplinante l'attività bancaria. Sul punto si veda MONDINI F. P., *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, cit., 48.

Innanzitutto deve essere individuato il fondamento di un dovere di natura impeditiva, indicato dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie nell'art. 2407, comma 2 c.c., che, con formulazione analoga, sebbene non identica a quella dell'art. 3392, comma 2 c.c., prevede che i sindaci *“sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica”*.

Tale norma viene infatti interpretata nel senso di imporre ai sindaci l'obbligo di impedire il fatto pregiudizievole degli amministratori, che essi avrebbero dovuto rilevare nell'ambito dell'attività di controllo, con conseguente equivalenza tra l'azione od omissione di questi e l'omessa vigilanza dei primi, da cui parimenti deriverebbe in termini eziologici il danno per la società, per i soci o i terzi, stante la legittimazione attiva anche di queste due ultime categorie di soggetti per ottenere il risarcimento di quei danni che non costituiscano un mero riflesso del pregiudizio subito dal patrimonio sociale. Stante la formulazione letterale dell'art. 2407 c.c. e, a seguito della riforma, delle norme ivi richiamate a tutela di soggetti diversi dalla società (2395), l'obbligo impeditivo di reati dovrebbe ritenersi limitato esclusivamente alle azioni degli amministratori ma a tutela non più soltanto degli interessi sociali, bensì anche dei beni di terzi⁴⁴⁸.

Per contro, parte della dottrina ha osservato come l'assenza di un esplicito riferimento ad una responsabilità per l'omesso impedimento di un fatto illecito (o la mancata rimozione o attenuazione delle conseguenze pregiudizievoli) possa essere un indice della differenziazione della posizione dei sindaci rispetto a quella degli amministratori, chiamati ex art. 2392, comma 2 c.c. fare *“quanto potevano per impedire l'evento”*⁴⁴⁹.

Sul punto, può convenirsi che, mentre sul piano risarcitorio la sufficienza di un nesso tra l'omessa o negligente vigilanza e il danno consente di imputare ai sindaci una responsabilità in solido con gli amministratori, circa la configurabilità di una

⁴⁴⁸ In particolare, sul commento della norma dal punto di vista della sua rilevanza integratrice nel diritto penale, ROSSI A., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, in (a cura di) BERTOLINO M., FORTI G., EUSEBI L., *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 2114; STELLA F., PULITANO D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 558; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 290. Qualifica in termini di *culpa in vigilando* l'attività dei sindaci AMBROSINI S., *Il collegio sindacale: la responsabilità dei sindaci*, in (a cura di) COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, 584.

⁴⁴⁹ FIORELLA A., *Principi generali di diritto penale dell'impresa*, in CONTI L. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, 48; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 172.

responsabilità per mancato impedimento dell'altrui fatto di reato, ciò che si pretende è la sussistenza, oltre che di un obbligo di vigilanza, altresì di un obbligo di impedire il fatto illecito, oltre che di rilevarlo. Nondimeno, l'assenza di un'esplicita imposizione di un intervento impeditivo può essere compensata dalla previsione di un corrispondente potere, il cui esercizio appaia necessario al conseguimento delle finalità istituzionali del titolare, specialmente, in un'ottica penalistica, ove queste coincidano con la tutela di beni bisognosi di protezione, potendo quindi ritenersi implicita l'obbligatorietà del relativo esercizio⁴⁵⁰.

Pertanto, per potersi affermare la titolarità di una posizione di garanzia in capo ai sindaci, assume un peso decisivo la verifica della portata dei poteri loro attribuiti, che, alla stregua dell'impostazione assunta nel presente lavoro, devono essere di carattere direttamente comminatorio.

Escludendo senz'altro i poteri-doveri di informazione, in quanto attinenti alla fase ispettiva del controllo, sotto tale luce risulta inadeguata alla configurazione di una posizione di garanzia la spendita del proprio peso istituzionale in sede di partecipazione alle adunanze dell'assemblea o del consiglio di amministrazione ad entrambi i consessi⁴⁵¹. Per quanto sia innegabile il dovere e potere dei sindaci di comunicare il proprio dissenso rispetto ad iniziative illegali o scorrette degli amministratori, la carenza di un potere di voto favorevole all'adozione di provvedimenti contrastanti tali attività (ad esempio la revoca dalla carica da parte dell'assemblea) e tanto più di veto rispetto alla adozione di delibere prodromiche alla commissione del reato degli amministratori, esclude l'idoneità impeditiva rilevante ex art. 40, comma 2 c.p. rispetto a poteri che appunto risultano meramente sollecitatori o di c.d. *moral suasion*⁴⁵².

In quanto ai poteri di convocazione dell'assemblea, prescindendo da quelli di sostituzione all'organo amministrativo per inadempimento o ingiustificato ritardo (art. 2406, comma 1), mentre ex art. 2406, comma 2 c.c., esso costituisce una facoltà qualora

⁴⁵⁰ STELLA F., PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 563.

⁴⁵¹ A favore della natura impeditiva CHIARAVIGLIO G., *Il collegio sindacale e l'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 198. Sul punto anche NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 338, il quale osserva che nondimeno ai sindaci è concessa la facoltà di proporre all'assemblea le deliberazioni ritenute più opportune, tra cui anche la proposta di revoca degli amministratori e l'azione di responsabilità nei loro confronti

⁴⁵² In questo senso, PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 196 ss., che inquadra nell'attività in esame le diffide, i pareri, i suggerimenti volti all'adozione di specifici rimedi di contrasto all'attività irregolare o illecita riscontrata. Nello stesso senso, GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 610.

nello svolgimento di autonome indagini siano rilevati fatti censurabili di rilevante gravità, tra cui figurerebbe altresì la commissione di reati, qualora invece il medesimo esito diano le indagini sollecitate dalla denuncia di un numero qualificato di soci, la convocazione dell'organo sociale costituisce un dovere per i sindaci (art. 2408, comma 2 c.c.), soggetto a sanzione amministrativa ex art. 2631 c.c.⁴⁵³.

In tal caso, un'omissione della convocazione, preordinata a garantire l'impunità degli amministratori che abbiano commesso un illecito penale, può senz'altro integrare il reato di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p.⁴⁵⁴. Maggiori dubbi, circa la configurabilità di un concorso omissivo per mancato impedimento del reato degli amministratori, pone invece la mancata convocazione dell'assemblea al fine di consentire ai gestori di proseguire l'attività criminosa, impedendo alla prima di venire a conoscenza dei fatti censurabili e di adottare così gli opportuni provvedimenti.

Deve rilevarsi in proposito un'indubbia essenzialità dell'attività dei sindaci ai fini della scoperta e dell'attivazione dell'organo titolare del potere sanzionatorio, carattere che, secondo la teoria del potere mediato, sarebbe sufficiente a connotare il potere di intervento in questione come impeditivo. Nondimeno, anche parte della dottrina più attenta nella selezione dei poteri impeditivi, opina in tal senso, ritenendo l'obbligo di convocazione dell'assemblea preordinato ad una tutela preventiva dell'interesse sociale, essendo funzionale a fornire all'assemblea gli elementi e le proposte necessarie all'adozione di provvedimenti comminatori⁴⁵⁵.

Sul punto si ritiene di dissentire, non rilevandosi alcuna differenza rispetto al potere di partecipazione alle adunanze e di *moral suasion*: la deliberazione dell'intervento risolutivo spetta pur sempre ad un altro organo, rispetto al quale il collegio sindacale ha funzione di supporto, attraverso l'espletamento di una attività di *controllo* e di *allerta*, facilmente inquadrabile nella struttura dell'obbligo di sorveglianza, non invece di quello di garanzia⁴⁵⁶.

⁴⁵³ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 202 ss.

⁴⁵⁴ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 204.

⁴⁵⁵ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 204; TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sull'amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit., 564, la quale rileva come la mancata convocazione dell'assemblea non consentirebbe ai soci di esercitare il potere impeditivo di revoca degli amministratori.

⁴⁵⁶ Conformemente, GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 610; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 153, 175. *Ad abundantiam*, si rileva che il dovere di convocazione dell'assemblea a seguito delle indagini eseguite ex art. 2408, comma 2 c.c. insorge a seguito di una denuncia esposta da un numero di soci che rappresenti

Ad identiche conclusioni deve pervenirsi con riferimento al potere di adire autorità esterne mediante gli strumenti a) della denuncia al Tribunale di gravi irregolarità nella gestione al Tribunale e b) delle azioni di impugnativa delle delibere.

In ordine al primo strumento, l'art. 2409 c.c. (e 152 t.u.f. per le società quotate) ne prevede l'esperibilità, anche da parte del collegio sindacale (ultimo comma), qualora vi sia il fondato sospetto che gli amministratori abbiano commesso gravi irregolarità nella conduzione della gestione, da cui possano derivare danni alla società o ad altre società controllate (comma 1). Disposte le necessarie indagini sull'amministrazione, l'accertamento di tali irregolarità consente al giudice di adottare provvedimenti provvisori in attesa delle necessarie deliberazioni dell'assemblea e, nei casi più gravi, disporre la revoca degli amministratori e sindaci e la nomina di un amministratore giudiziario (comma 4).

All'evidenza, stante la funzione di mero impulso che nella procedura svolge il collegio sindacale, legittimato attivo all'azione, non può essergli riconosciuta alcuna signoria sul decorso della medesima: anche qualora la sua attivazione consentisse di rilevare irregolarità prodromiche alla commissione di un reato (ad esempio, l'irregolare tenuta delle scritture contabili prodromica alla commissione di un falso in bilancio), l'adozione dei provvedimenti immediatamente impeditivi del protrarsi dell'attività criminosa spetterebbero all'autorità giudiziaria o comunque all'assemblea, qualora essa, ai sensi del comma 2, disponga spontaneamente la revoca degli amministratori, con l'effetto di sospendere il procedimento in corso⁴⁵⁷.

almeno un ventesimo del capitale sociale e un cinquantesimo rispetto alle società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio. Il dominio degli eventi, sfugge quindi completamente al collegio sindacale, che può dunque essere investito da una minoranza, con conseguente impossibilità di prevedere l'esito di una deliberazione in seno all'assemblea.

⁴⁵⁷ Conferma la natura interdittiva meramente indiretta del rimedio AMBROSINI S., *I poteri del collegio sindacale*, in (diretto da) ABBADESSA P.-PORTALE G.B., *Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso* sul punto, cit., 44. Nella dottrina penalistica, negano al potere di denuncia rilevanza ex art. 40, comma 2 c.p.: GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 610; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 224 dubita della efficacia impeditiva di tale potere non tanto per il carattere indubbiamente mediato dello stesso, quanto piuttosto per il fatto che la procedura in esame sia stata in realtà privatizzata dalla riforma, ponendosi quindi ad esclusiva tutela di interessi disponibili e strettamente connessi al patrimonio sociale; CHIARAVIGLIO G., *Il collegio sindacale e l'obbligo di impedire l'evento*, cit, 198; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 277 ss, pur riconoscendo a tale potere natura impeditiva, ne esclude la rilevanza ai fini della configurabilità di una posizione di garanzia del singolo, stante la titolarità di tale potere all'organo collegiale. Nel senso dell'attitudine a fondare una responsabilità per omesso impedimento di un reato degli amministratori, sebbene limitatamente ai soli reati offensivi di beni privati, sulla base della formulazione dell'art. 2409, comma 1 c.c., dopo la novella del diritto societario, si veda invece NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela*

Con riferimento invece all'impugnativa delle delibere assembleari e del consiglio di amministrazione può senz'altro rinviarsi alle osservazioni espresse in sede di ricostruzione della posizione dei garanzia degli amministratori delegati, ove se n'è negata la rilevanza ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p.⁴⁵⁸.

Pertanto si deve concludere per la sostanziale assenza di una posizione di garanzia in capo ai membri del collegio sindacale, sia in contrapposizione all'orientamento giurisprudenziale prevalente, che, tendendo a trascurare una disamina dei poteri spettanti ai sindaci, ne afferma l'obbligo di impedire reati ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., considerando genericamente il dovere di vigilanza dei medesimi sia in contrapposizione a quanti danno rilevanza a poteri ad efficacia impeditiva meramente indiretta.

Diversamente non potrebbe essere, stante la funzione eminentemente ispettiva e di controllo attribuita al collegio sindacale, che non può esercitare veri e propri poteri sanzionatori nei confronti dell'organo amministrativo, incidendo direttamente sugli atti di gestione, per non mettere in discussione la tradizionale collocazione dell'organo all'interno della società, nonché il principio di divisione dei poteri⁴⁵⁹.

Nei sistemi alternativi di *corporate governance*, in cui i rapporti tra amministrazione e controllo si atteggiavano diversamente rispetto al modello tradizionale, la sussistenza di

del risparmio, cit., 341, che riconosce invece ai sindaci delle società quotate una posizione di garanzia più estesa, a tutela anche del bene giuridico del mercato, stante la titolarità dell'iniziativa alla Consob nel perseguimento dei suoi scopi istituzionali; TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sull'amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit., 564 che, nonostante l'asserita adesione ad una concezione "forte" di potere impeditivo, quale potere di invadere la sfera di signoria di un altro soggetto, e la negazione della titolarità di simili poteri in capo ai sindaci, riconosce natura impeditiva al potere di proporre denuncia al Tribunale, purché le irregolarità denunciate lascino presagire la commissione di un reato non ancora consumato o di un reato in concorso formale o in continuazione con altro non ancora portato a compimento. Salvo poi esprimere perplessità circa l'efficacia impeditiva in concreto, in quanto l'azione impeditiva dovrebbe avere ad oggetto la condotta criminosa e non semplici modalità di realizzazione della stessa.

⁴⁵⁸ PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 227 ss.; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 275, rileva oltre alla incapacità di incidere direttamente sull'atto viziato attraverso un suo immediato annullamento, la titolarità collegiale del rimedio. Per contro, a favore della rilevanza di tale strumento viglio, che specifica la necessità di valutare l'apporto di ogni singolo sindaco rispetto all'azione collegiale; CHIARAVIGLIO G., *Il collegio sindacale e l'obbligo di impedire l'evento*, cit., 198; NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 340; TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sull'amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit., 564.

⁴⁵⁹ AMBROSINI S., *I poteri del collegio sindacale*, in (diretto da) ABBADESSA P.-PORTALE G.B., *Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso sul punto*, cit., 44; MONDINI F. P., *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, 48.

una posizione di garanzia in capo ai titolari di una posizione di controllo può essere ragionevolmente rimessa in discussione⁴⁶⁰.

In quanto, infatti, al modello c.d. monistico, mutuato dall'esperienza inglese, i membri del comitato di controllo sulla gestione sono nominati tra gli amministratori indipendenti degli stessi consiglieri: essi fanno quindi parte del consiglio di amministrazione, ma non ne possono svolgere le attività di gestione e quindi essere investiti di deleghe operative o far parte del comitato esecutivo⁴⁶¹. Il codice attribuisce a tale organo una funzione di vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa, nonché, espressamente sul sistema di controllo interno, ma non sulla conformità dell'attività di gestione alla legge e allo statuto. Esso inoltre svolge le funzioni che siano attribuite dagli amministratori mediante lo statuto (art. 2409 *octiesdecies*)⁴⁶².

In quanto ai relativi poteri, trovano applicazione alcune delle norme disciplinanti le competenze del collegio sindacale. Sotto questo profilo, pertanto, nonostante la maggiore facilità di accesso alle informazioni sulla gestione in quanto contemporaneamente membri del consiglio di amministrazione, deve escludersi che i membri del comitato assumano una posizione di garanzia di impedimento dei reati degli amministratori. Tuttavia, essendo allo stesso tempo membri del c.d.a., mutuoano doveri e obblighi degli amministratori privi di delega, con la possibilità quindi di svolgere una funzione di tutela degli interessi giuridici pregiudicati dagli atti compiuti dagli esecutivi⁴⁶³.

Peculiare è poi la posizione del consiglio di sorveglianza nel modello dualistico, recepito invece dall'esperienza tedesca: al pari del collegio sindacale, esso costituisce un organo autonomo rispetto al consiglio di gestione.

Nondimeno esso è dotato di funzioni eterogenee di controllo ed amministrazione in senso ampio. L'art. 2409 *terdecies* c.c., infatti, da un lato rinvia ai doveri di vigilanza dei sindaci e prevede poteri di partecipazione alle adunanze del consiglio di gestione e

⁴⁶⁰ In materia di sistemi alternativi, si rinvia alla lettura di VARRASI G., *I controlli nei sistemi alternativi*, in *Giur. comm.*, 2013, 2427.

⁴⁶¹ BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 22; TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sull'amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit., 564.

⁴⁶² VARRASI G., *I controlli nei sistemi alternativi*, in *Giur. comm.*, 2013, 2436.

⁴⁶³ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 385; Di contrario avviso TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sull'amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit., 564, stante l'assenza di un obbligo di controllo sul generale andamento della gestione.

dell'assemblea, dall'altro attribuisce all'organo in esame poteri tipicamente amministrativi, quali l'approvazione del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato, e, su previsione statutaria, può essere richiesta la sua deliberazione in ordine all'autorizzazione di operazioni strategiche, all'approvazione dei piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione⁴⁶⁴.

Inoltre all'organo in esame è attribuito il potere di nominare e revocare i membri del consiglio di gestione, potere che nel sistema tradizionale spetta all'assemblea e che, come si è già avuto modo di osservare, rappresenta una delle iniziative più idonee ad incidere sulla sfera giuridica di altri soggetti a livello endosocietario (art. 2409-terdecies, lett. a)).

Pertanto, la dottrina appare concorde nel riconoscere in capo ai membri del consiglio di gestione la configurabilità di una posizione di garanzia di impedimento di reati in concorso con i membri dell'organo gestorio, tanto con riferimento alla compartecipazione alle attività di alta amministrazione, mediante l'esercizio di poteri di approvazione o veto, ove attribuiti dallo statuto, quanto in relazione al potere di approvare il bilancio, nonché, infine, all'esercizio del potere di revoca, qualora abbiano notizie di comportamenti censurabili dei consiglieri di gestione⁴⁶⁵.

Appurata la titolarità di una posizione di garanzia limitatamente agli atti compiuti da questi ultimi nell'esercizio delle funzioni gestorie, l'affermazione della responsabilità omissiva in concorso con gli autori del reato presuppone altresì l'accertamento della sussistenza del nesso causale e del dolo di concorso, secondo i parametri che saranno di seguito illustrati.

⁴⁶⁴ BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 20; VARRASI G., *I controlli nei sistemi alternativi*, cit., 2432.

⁴⁶⁵ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 377, con esclusione del potere di revoca, in quanto esercitabile collegialmente. Viceversa, TORRE V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sull'amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, cit., 564; NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 351 e PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 247.

3.4. L'imputazione oggettiva e soggettiva del mancato impedimento del reato ai soggetti con funzioni di controllo all'interno delle società.

Come già esaminato in sede di analisi dell'istituto del reato omissivo improprio, l'attribuzione al garante di poteri giuridici impeditivi di reati commessi da terzi non è di per sé sufficiente all'imputazione del fatto criminoso sotto il profilo oggettivo.

Parimenti, in ordine al mancato impedimento di reati in ambito societario, si deve verificare la sussistenza del nesso di causalità tra l'omissione del controllore e la commissione del fatto di reato, alla stregua dei parametri che consentono di affermare l'attitudine eziologica dell'apporto del concorrente⁴⁶⁶.

In altri termini, bisogna provare che l'esercizio del potere astrattamente impeditivo avrebbe paralizzato il programma criminoso degli amministratori o dei delegati in quella particolare ipotesi⁴⁶⁷ ovvero che, alla luce delle circostanze del caso concreto, la condotta doverosa omessa dal controllore avrebbe impedito lo sviluppo dell'*iter criminis* con probabilità logica o elevata credibilità razionale⁴⁶⁸, escludendosi l'incidenza di altri fattori su cui il controllore non avrebbe potuto vigilare ed intervenire in maniera risolutiva⁴⁶⁹.

Spesso in dottrina⁴⁷⁰ si è lamentata la tendenza dell'orientamento giurisprudenziale che rinuncia a qualunque sforzo ricostruttivo, trincerandosi dietro l'indubbia difficoltà di pervenire all'individuazione certa del nesso eziologico tra l'omessa attivazione del garante ed il fatto di reato altrui, in una materia, quale quella societaria, in cui non esistono leggi scientifiche universali né probabilistiche, atte a fornire spiegazioni generalizzanti della realtà.

In alcune pronunce, infatti, i giudici deducono la sussistenza del rapporto causale tra il contributo omissivo del controllore e il fatto di reato altrui ora direttamente

⁴⁶⁶ Si rinvia sul punto al §3.2

⁴⁶⁷ In tali termini CRESPI A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, Riv. it. dir. proc. pen., 1957, 541.

⁴⁶⁸ CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, cit., 339.

⁴⁶⁹ Sul punto si rinvia al capitolo 2, § 2.5.

⁴⁷⁰ CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 205; NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 306; DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, cit., 83; INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in www.penalecontemporaneo.it.

dall'inadempimento degli obblighi di vigilanza imposti dalla legge⁴⁷¹, quindi quasi *in re ipsa*⁴⁷², ora invece attraverso l'applicazione del criticato⁴⁷³ criterio dell'aumento del rischio⁴⁷⁴, con conseguente trasformazione del reato contestato in un reato di pericolo, nonché in spregio alla regola processuale (art. 533 c.p.p.) che impone l'accertamento dell'efficacia causale dell'azione astrattamente impeditiva *al di là di ogni ragionevole dubbio* e non in termini di mera probabilità.

A fronte di tale atteggiamento poco o per nulla garantista, non mancano sentenze, tanto di legittimità, quanto di merito, in cui si invoca la necessità di un'effettiva incidenza causale dell'omesso esercizio dei doveri di controllo rispetto alla commissione del reato⁴⁷⁵.

Nonostante, infatti, le difficoltà insite nella preclusione al ricorso di parametri di tipo scientifico, deve nondimeno ritenersi possibile giungere ad un'affermazione del nesso eziologico, in termini di elevata credibilità razionale, mediante l'applicazione di massime di esperienza, corroborate dalle circostanze del caso concreto. Ad esempio, per quanto concerne l'efficacia causale impeditiva dell'intervento dell'amministratore delegato in seno al consiglio, potrebbero essere valorizzati dati quali l'autorevolezza derivante al consigliere dalla propria partecipazione azionaria, il possesso di competenze attinenti alla materia discussa, o ancora, la detenzione di informazioni significative che, se esternate, avrebbero verosimilmente esercitato un influsso determinante sul collegio⁴⁷⁶.

Per configurare correttamente la responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo è indispensabile accertare l'elemento soggettivo richiesto all'imputazione del

⁴⁷¹ MERENDA I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, 1182, denuncia la conseguente semplificazione quindi anche della ricostruzione della posizione di garanzia.

⁴⁷² Cass. pen., sez. V, 1 luglio 2011, 31163, in Cass. pen. 2012, 1506.

⁴⁷³ Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 1140

⁴⁷⁴ Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in www.penalecontemporaneo.it; Cass. pen., sez. V, 15.065.2009 n. 25515, in www.penalecontemporaneo.it

⁴⁷⁵ Cass. pen., sez. V, 5 febbraio 2010, n. 15360, in C.E.D. Cass., rv. 246956; Tribunale di Milano, Sez. I pen., 18.12.2008, in www.penalecontemporaneo.it; Trib. Pescara, 19 marzo 2002, in *PQM*, 2002. Nondimeno si deve notare in tali affermazioni di principio ancora il disinteresse per l'elemento veramente fondante la posizione di garanzia, ovvero non il dovere di controllo, bensì il dovere-potere di impedimento, nei termini più volte richiamati)

⁴⁷⁶ In tal senso CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza, cit., 340; PEDRAZZI C., sub art. 223 l. fall., in (a cura di) GALGANO F., Commentario Scialoja-Branca, Legge Fallimentare. Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito, cit., 281.*

fatto di reato altrui in base al c.d. degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p., ovvero, nella maggior parte dei casi, il dolo di concorso.

Sul punto bisogna distinguere due ipotetici atteggiamenti psicologici del componente inerte dell'organo chiamato a svolgere funzioni di controllo:

a) la mancata attivazione dipende dall'assenza di rappresentazione della situazione criminosa latente, per negligenza del controllore nell'adempimento dei suoi compiti di vigilanza o per incompetenza, cioè per carenza delle conoscenze necessarie a rendersi conto che le irregolarità rilevate possono sfociare nella commissione di un reato (ipotesi del c.d. amministratore virtuale)⁴⁷⁷.

b) la mancata attivazione non deriva dall'inadempimento degli obblighi di controllo/attivazione per negligenza, ma, essendo il controllore a conoscenza di irregolarità potenzialmente sfocianti in un reato o dell'intervenuta consumazione di reati prodromici alla commissione di altre fattispecie, omette l'intervento doveroso e con attitudine impeditiva 1) per consapevole scelta di astenersi dalla condotta, al fine di non frapporre un ostacolo alla realizzazione del progetto criminoso altrui; o 2) quanto meno accettando il rischio che dalla propria passività possa discendere la commissione di un reato da parte dei soggetti sottoposti al controllo⁴⁷⁸.

Nell'ipotesi sub a) il controllore facilita senz'altro la commissione di un reato da parte degli altri consiglieri o dei delegati, ponendo in essere una condotta di mera agevolazione colposa, la quale tuttavia di rado è sufficiente all'integrazione della fattispecie concorsuale di mancato impedimento del reato altrui⁴⁷⁹. Come si è visto *supra*⁴⁸⁰, infatti, il concorso nel delitto doloso, richiede non solo la coscienza e volontà della condotta e della realizzazione dell'evento del reato, ma altresì la consapevolezza di cooperare con altri alla realizzazione di una fattispecie criminosa, assumendo il comportamento di fatto tenuto.

L'omissione del garante, dovuta ad una negligente carenza di conoscenza o ad imperizia, pur causalmente incidendo sull'*iter criminis* sfociante nel delitto doloso,

⁴⁷⁷ STELLA F., PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 569; ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, 35.

⁴⁷⁸ STELLA F., PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., 570

⁴⁷⁹ ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., 36.

⁴⁸⁰ Si rinvia sul punto al § 3.2

quanto meno facilitandolo, non supera il vaglio di rilevanza soggettiva della fattispecie concorsuale, qualora essa sia di natura dolosa⁴⁸¹.

Viceversa, rispetto alla commissione di una contravvenzione o di un delitto colposo da parte del soggetto controllato (si pensi alla fattispecie di bancarotta semplice commessa da persone diverse dal fallito, art. 224 l. fall., ovvero le fattispecie colpose di omicidio e lesioni commesse con violazione delle norme antinfortunistiche, o ancora le contravvenzioni in materia ambientale), la mancata attivazione negligente o imperita del controllore può ben rilevare in termini di cooperazione colposa ai sensi dell'art. 113 c.p., qualora nondimeno vi sia la consapevolezza di cooperare nell'adozione della condotta contraria alla norma cautelare.

Nell'ipotesi sub b), invece, la conoscenza della situazione di illegalità e la mancata attivazione per facilitare la consumazione del reato o quanto meno accettando il rischio che esso sia portato a compimento, può integrare il requisito soggettivo del concorso doloso, per lo meno nella forma del dolo eventuale ove essa sia compatibile con la fattispecie commessa⁴⁸².

Se lo schema appena abbozzato rappresenta il “dover essere” della ricostruzione dell'elemento soggettivo nella materia in esame, gli ostacoli all'accertamento della componente conoscitiva e volitiva del dolo del mancato impedimento del reato commesso in ambito aziendale, anche nell'intensità minima del dolo eventuale, hanno dato adito al ricorso ad inaccettabili modelli probatori di tale coefficiente psicologico da parte della giurisprudenza.

Da un lato, la semplificazione probatoria della componente intellettuale tipicamente dolosa è perseguita fondandola su indici tipici della responsabilità colposa, quale la ripetuta negligenza nell'adempimento dei doveri di controllo, la cui corretta osservanza *avrebbe consentito* di percepire i segnali d'allarme dell'attività criminosa *in fieri*⁴⁸³. All'evidenza, la mera *percepibilità* della commissione di un reato, *mediante l'adozione*

⁴⁸¹ In tal senso ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, cit., 35; ROSSI A., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, cit., 2136; BORSARI R., *I confini della responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, cit., 266, rileva come *a contrariis* l'inerzia e disinteresse dell'amministratore per le vicende sociali possa essere letta quale prova della mancata conoscenza e quindi volontà di contribuire alla realizzazione dell'attività criminosa.

⁴⁸² In presenza di una posizione di garanzia non è infatti richiesta la sussistenza di un accordo tra controllato e controllore, la quale invece costituisce condizione necessaria- almeno per parte della dottrina- ai fini della rilevanza penale dell'omissione del titolare di un obbligo di mera sorveglianza

⁴⁸³ Cass. pen., sez. V, 1 luglio 2011, n. 31163, in www.iusexplorer.it; Cass. pen., sez. II, 12 febbraio 2009, n. 20525, in [ww.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cass. pen., sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, caso Banco Ambrosiano.

della doverosa condotta di controllo, richiama lo schema della prevedibilità dell'evento da parte dell'agente modello nell'ambito del reato colposo, ove invece la struttura del dolo non si accontenta di una mera possibilità ma richiede l'effettiva rappresentazione dell'evento, quanto meno in forma dubitativa⁴⁸⁴.

Sul punto si è osservato che l'inadempimento delle funzioni di controllo può essere il frutto non della mera negligenza, bensì del c.d. *willfull blindness*, ovvero della deliberata omessa acquisizione delle informazioni necessarie proprio allo scopo di non disporre di un quadro completo delle vicende societarie. Nella giurisprudenza della Suprema Corte statunitense tale atteggiamento viene equiparato di fatto alla conoscenza: chi chiude gli occhi per non sapere, è come se sapesse⁴⁸⁵.

Nel nostro ordinamento una simile argomentazione non potrebbe tuttavia superare il problema probatorio dell'elemento soggettivo del reato omissivo improprio.

Infatti, la soggettiva consapevolezza della probabilità che siano svolte generiche attività illecite, non equivale alla conoscenza della commissione di uno specifico illecito, ove invece il dolo omissivo richiede la rappresentazione dell'evento di fatto realizzatosi; inoltre, sarebbe comunque imposta la necessità di provare la *deliberata ignoranza*, cui l'agente deve pur giungere sulla base di dati sufficienti a far dubitare dello svolgimento di attività illecite e a fungere da quei "segnali d'allarme", la cui percezione deve essere provata, tornando quindi al problema iniziale della possibilità di affermare un'effettiva rappresentazione dei fatti da parte del controllore inerte.

Dall'altro, quandanche non si pretenda di estrarre il dolo dal cilindro della colpa, la semplificazione probatoria si avvale di meccanismi di presunzione della percezione dei "segnali d'allarme", fondati su massime d'esperienza e generalizzazioni prive di riferimento a dati empirici e riscontrabili nel caso di specie, quale in particolare la nota formula del "non poteva non sapere", in considerazione del ruolo assunto all'interno dell'organizzazione societaria⁴⁸⁶ ovvero della palese gravità del sintomo, che anche

⁴⁸⁴CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, cit., 262; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 217; MEZZETTI E., *Criteri oggettivi e soggettivi di imputazione della responsabilità*, in AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E., RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012, 103; PIERDONATI M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. pregnanti*, Napoli, 2012, 97 ss.

⁴⁸⁵IACOVIELLO F.M., *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 499, 506.

⁴⁸⁶Cass. pen., sez., V, 18 febbraio 2010, n. 17690; Cass. pen., sez II, 12 febbraio 2009; Cass. pen., sez. V, 3 ottobre 2007, n. 1896.

l'amministratore o il sindaco più negligenti avrebbero colto e saputo valutare⁴⁸⁷. Presunzione che conduce ancora una volta alla attribuzione di una responsabilità di natura oggettiva, da posizione⁴⁸⁸.

Così "accertata" la consapevolezza dello svolgimento di attività criminose o sostituita dalla relativa doverosa conoscibilità, la componente volitiva del dolo, quanto meno nella forma dell'accettazione⁴⁸⁹, è dimostrata dal fatto stesso dell'inerzia: il controllore non ha fatto quanto avrebbe dovuto e potuto per impedire l'evento, dimostrando quindi indifferenza rispetto al bene giuridico tutelato.

Efficacemente riassunto: oggetto del dolo divengono i segnali d'allarme⁴⁹⁰, l'accertamento della conoscenza si arresta alla mera percepibilità degli stessi; dalla rappresentazione così accertata, cui faccia seguito l'omissione dell'intervento doveroso, discende automaticamente la volontà dell'evento⁴⁹¹.

Anche nel campo dell'accertamento del dolo, accanto agli orientamenti meno garantisti, si contano pronunce volte a ricondurre sui binari della colpevolezza l'accertamento dell'elemento soggettivo del mancato impedimento di reati da parte del controllore, pretendendosi che i segnali d'allarme sussistano, siano specifici, ovvero indicativi del tipo di reato effettivamente realizzatosi e che essi vengano percepiti e valutati dall'omittente come rappresentativi della situazione criminosa in atto⁴⁹².

Alla luce di tali parametri devono essere dunque valutate le condotte di assenteismo, disattenzione, mancata attivazione all'interno del collegio di appartenenza, in quanto condotte che, seppur sempre ascrivibili agli schemi della colpa e perciò civilisticamente rilevanti nell'ottica delle azioni di responsabilità, solo previo accertamento dell'effettiva

⁴⁸⁷ Ex multis, Cass. pen., sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088, in www.iusexplorer.it; Cass. pen., sez. V, 22 settembre 2009, n. 36595.

⁴⁸⁸ ALESSANDRI A., (voce) *Impresa, Responsabilità penali*, cit. 216; PIERDONATI M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. pregnanti*, cit., 65 ss.

⁴⁸⁹ In senso critico, ex multis, PEDRAZZI C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1277 s., il quale osserva come a maggiore ragione, la contestazione del dolo eventuale, in cui il momento volitivo risulta depotenziato, la rappresentazione non può prescindere da una visuale concreta e sufficientemente lucida del fatto storico corrispondente alla fattispecie realizzata.

⁴⁹⁰ In tal senso, Cass. pen., sez. V, 27 gennaio 2011, n. 7088 cit.; Cass. pen., sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, in *Riv. dott. comm.*, 2009, 156; Cass. pen., sez. V, 22 novembre 2007, 43101, in tali pronunce, pur non accontentandosi il giudicante del riscontro della mera conoscibilità dei segnali d'allarme, ritiene sufficiente che questi siano stati oggetto di rappresentazioni, senza invece la necessità che il momento cognitivo del dolo involga altresì il fatto di reato di cui si è omesso l'impedimento.

⁴⁹¹ INGRASSIA A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.

⁴⁹² Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23383, cit., 106; Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in www.penalecontemporaneo.it. Analogamente in dottrina BORSARI R., *I confini della responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, cit., 266.

conoscenza e della volontaria astensione possono essere imputate a titolo di dolo e configurare così una partecipazione concorsuale del controllore nell'altrui reato.

3.5 Il modello tedesco. Obblighi di garanzia dei membri del Vorstand e dell'Aufsichtsrat nelle Aktiengesellschaften tedesche.

Si è visto come nel nostro ordinamento il problema della configurabilità di posizioni di garanzia di impedimento di reati in capo agli organi societari attenga principalmente alle fattispecie commesse “ai piani nobili”⁴⁹³ della società, ovvero da parte di chi detiene il potere decisionale e gestionale.

Per contro, nell'ordinamento tedesco, il dibattito sulla configurabilità di posizioni di garanzia all'interno dell'impresa involge soprattutto la sfera degli illeciti commessi dai collaboratori e dipendenti dell'imprenditore, stanti da un lato il pacifico riconoscimento di posizioni di garanzia di amministratori e membri dell'organo di controllo, a tutela dei beni societari, contro i reati commessi nell'esercizio della funzione gestoria; dall'altro la previsione, al § 130 OWiG, di una responsabilità amministrativa in capo all'imprenditore o ai rappresentanti della persona giuridica, per l'omessa adozione di misure di controllo volte ad impedire illeciti, penali ed amministrativi, in violazione delle norme rivolte all'impresa, strumento di più agile e quindi diffusa applicazione in ragione dei presupposti meno stringenti su cui si fonda.

Prendendo le mosse dal punto più controverso, nella dottrina tedesca si discute circa la legittimità della figura della *Geschäftsherrenhaftung*, intesa quale responsabilità dei *Geschäftsherren*, ovvero dell'imprenditore (*Betriebsinhaber*) e di quanti svolgono funzioni dirigenziali (*Vorgesetzte*), per il mancato impedimento dei reati commessi dai dipendenti e, in generale, da coloro che sono sottoposti alla direzione di soggetti preposti all'ordinato svolgimento delle attività interne all'impresa⁴⁹⁴.

Secondo un primo orientamento, l'inesistenza di espresse previsioni attributive all'imprenditore, e ai suoi delegati, di una generalizzata posizione di garanzia di

⁴⁹³ L'espressione è mutuata da FORTI G., *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. ai “piani nobili” d. lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249.

⁴⁹⁴ HOYER A., *sub § 14*, in (a cura di) WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Köln, 2009, 25, sulla differente accezione che il termine italiano „impresa“ assume nei corrispondenti termini di *Betrieb* ed *Unternehmen*, il primo significante l'insieme organizzato di persone e mezzi soggetti ad unitaria direzione, mentre il secondo quale unità giuridico-economica.

impedimento dei reati commessi dai subordinati, osta al riconoscimento della *Geschäftsherrenhaftung* nei termini suddetti. Essa derogherebbe, infatti, al principio della responsabilità individuale dell'autore (*Eigenverantwortlichkeit*), in assenza di qualsivoglia fondamento normativo. Ciò troverebbe conferma nella presenza, in altre materie, di disposizioni quali ad esempio il § 357 StGB o il § 41, Abs. 1 WStG che, rispettivamente nell'ambito dei rapporti gerarchici interni alla pubblica amministrazione e all'esercito, prevedono la punibilità del superiore per il reato commesso dal soggetto in posizione subordinata⁴⁹⁵.

Altri si richiamano altresì al § 130 OWiG, che, come si approfondirà in seguito, prevede la comminazione di una sanzione amministrativa di tipo pecuniario per la violazione degli obblighi di organizzazione rivolti al titolare di un'impresa, nel caso in cui siano commessi reati o illeciti amministrativi che le necessarie ma mancanti misure di vigilanza avrebbero potuto impedire od ostacolare in modo essenziale. La norma escluderebbe, infatti, la punibilità del mancato adempimento degli obblighi organizzativi aventi ad oggetto il controllo sull'attività d'impresa, in quanto tale condotta omissiva configura una mera *Ordnungswidrigkeit*, ovvero un illecito amministrativo⁴⁹⁶.

Eccezioni a tale esclusione sono nondimeno indicate dall'impostazione in esame con riferimento a singole strutture o strumenti imprenditoriali di natura pericolosa, o all'inadeguatezza del dipendente rispetto allo svolgimento di certe mansioni, ipotesi che consentono il richiamo a posizioni di garanzia fondate sull'ingerenza⁴⁹⁷, o, ancora, al caso di pericoli non strettamente personali, ma legati alle merci prodotte o commerciate

⁴⁹⁵ BEULKE W., *Der Compliance Officer als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung*, in (a cura di) *Festschrift für K. Geppert zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 39; SPRING P., *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, Hamburg, 2009, 217; RUDOLPHI H. J., STEIN U., *sub § 13*, in (a cura di) WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., 26; WEIGEND T., *sub § 13 StGB*, in (a cura di), in (a cura di) LAUFHÜTTE W. H., RISSING-VAN-SAAN R., TIEDEMANN K., *Leipziger Kommentar*, cit., 848; HSÜ Y.-H., *Garantenstellung des Betriebsinhaber zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten*, Pfaffenweiler, 1986, 254: verificare se qui o solo attraverso l'affermazione del principio della responsabilità individuale; Schall, NJW, 1990, 1269; Otto, Jura, 1998, 413.

⁴⁹⁶ STOFFERS K., *Garantenpflichten des Innenrevisionsleiters einer öffentlich-rechtlichen Anstalt – Überhöhte Straßenreinigungsentgelte*, in NJW, 2009, 3176; KRETSCHMER J., *Anmerkung zum BGH, Urteil vom 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08*, in JR, 2009, 474, 476. Nel senso della mera inidoneità dell' § 130 OWiG a fondare una posizione di garanzia per i dirigenti RUDOLPHI H. J., STEIN U., *sub § 13*, in (a cura di) WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., 26.

⁴⁹⁷ BEULKE W., *Der Compliance Officer als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung*, in (a cura di) *Festschrift für K. Geppert zum 70. Geburtstag*, 39 s.

dall'impresa, che impongono un controllo non solo sui singoli beni, ma altresì sull'attività del personale ad essi legata⁴⁹⁸.

Contrariamente a tale orientamento opinano quanti affermano una generale responsabilità dei *Geschäftsherren* per il mancato impedimento dell'altrui reato, attraverso il superamento delle suddette obiezioni e l'individuazione di uno specifico fondamento desunto dalla dogmatica del reato omissivo improprio. In primo luogo viene negata l'esistenza di un principio generale che escluda forme di responsabilità diverse dalla *Eigenverantwortlichkeit*, come è dato constatare dalla configurabilità in generale di una responsabilità omissiva impropria del garante, accanto a quella dell'agente, ai sensi del § 13 StGB⁴⁹⁹.

In secondo luogo, in considerazione del fatto che le norme in materia di responsabilità del superiore in ambito pubblicistico pongono una disciplina speciale di quella materia, si nega che la stessa possa interferire, escludendoli, sui requisiti che le regole generali in materia di reato omissivo improprio impongono ai fini della configurazione di una posizione di garanzia del *Geschäftsherr* in ambito privatistico⁵⁰⁰. Infine si osserva che il § 130 OWiG, fondando la responsabilità da illecito amministrativo su presupposti meno stringenti, quali l'assenza di uno specifico elemento soggettivo e, dal punto di vista causale, il mero aumento del rischio di verificazione del reato, non osti all'imputazione di responsabilità penale nel caso in cui sia posto in essere un comportamento più grave, connotato da tutti gli elementi tipici della responsabilità per omesso impedimento del reato altrui⁵⁰¹.

Così, proprio alla stregua delle rispettive ricostruzioni dogmatiche in materia di reato omissivo improprio, il fondamento della *Geschäftsherrenhaftung* del soggetto con funzioni dirigenziali all'interno dell'azienda viene ravvisato in differenti elementi, quali

⁴⁹⁸ RUDOLPHI H. J., STEIN U., *sub § 13*, in (a cura di) WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., 26; WEIGEND T., *sub § 13 StGB*, in (a cura di) LAUFHÜTTE W. H., RISSING-VAN-SAAN R., TIEDEMANN K., *Leipziger Kommentar*, cit., 848.

⁴⁹⁹ SCHALL H., *Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, in (a cura di) ROGALL K., PUPPE I., STEIN U., WOLTER J., *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, 2004, 272.

⁵⁰⁰ ROXIN C., *Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren*, in (a cura di) FAHL C., MÜLLER E., SATZGER H., SWOBODA S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 242.

⁵⁰¹ ROXIN C., *Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren*, in (a cura di) FAHL C., MÜLLER E., SATZGER H., SWOBODA S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, cit., ID., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, cit., 758; BEULKE W., *Der Compliance Officer als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung*, in (a cura di) *Festschrift für K. Geppert zum 70. Geburtstag*, cit., 29 s., nonostante quest'ultimo neghi la sussistenza di una generale *Geschäftsherrenhaftung* sulla base delle altre esposte obiezioni.

la signoria sull'organizzazione aziendale, la posizione professionale o l'ingerenza, quale precedente apertura di una fonte di pericolo⁵⁰².

In particolare, secondo Schönemann l'obbligo di impedire il reato del dipendente, e la conseguente responsabilità omissiva in caso di violazione, poggiano sul potere di comando spettante al superiore rispetto al sottoposto. Nell'organizzazione aziendale, infatti, il titolare ed i *Vorgesetzte*, preposti ad una certa area, sarebbero dotati non solo di poteri giuridici di direzione, ma altresì di conoscenze superiori in ordine, ad esempio, alla pericolosità di un certo prodotto, all'esistenza di regole economiche che presidono lo svolgimento dell'attività, ad un certo *know-how*, ai flussi di informazioni, all'organizzazione interna della società o i suoi contatti esterni⁵⁰³.

A tali "colonne" fondanti la posizione di garanzia del superiore si aggiungerebbe il potere fattuale di imporsi sul subordinato, sfruttando quei meccanismi aziendali, non ultimo la "fungibilità" del dipendente, che di fatto ne limitano le possibilità di opporsi agli ordini del superiore⁵⁰⁴.

Presupposto dell'esercizio del potere di direttiva e di coordinamento dei sottoposti è, infine, per la dottrina in esame, il potere di controllo sul sottoposto, espressione del dominio di impresa. In ultima analisi, quindi, l'insieme delle funzioni di controllo e di direzione dei preposti e dell'imprenditore consentono l'esercizio diretto della signoria e, sotto questo aspetto, la loro omissione può ritenersi equivalente all'azione⁵⁰⁵.

Perciò, secondo un'affine ma diversa impostazione, patrocinata da Roxin, se il potere di comando risulta una componente essenziale dell'impedimento dell'altrui reato, in quanto la possibilità di impedire l'evento è necessariamente legata alla facoltà di intervento⁵⁰⁶, la responsabilità dei *Geschäftsherren* per il reato non impedito deriva primariamente dalla titolarità dell'obbligo di garanzia di controllo sull'impresa stessa come fonte di pericoli. Tale obbligo grava su chi crea un oggetto pericoloso o,

⁵⁰² In tal senso SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 83, il quale riferisce come in dottrina sia diffuso il riconoscimento della *Geschäftsherrenhaftung*, talora sulla base del principio dell'ingerenza, talaltra su quello della posizione professionale o della sfera di influenza sociale del *Geschäftsherr*.

⁵⁰³ SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 102. Parimenti, fonda la *Geschäftsherrenhaftung* sul potere di comando e sulla signoria sull'organizzazione ROGALL K., *Dogmatische und kriminalpolitische Problem der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)*, in *ZStW*, 1986, 617.

⁵⁰⁴ SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 102, 104.

⁵⁰⁵ SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 107.

⁵⁰⁶ ROXIN C., *Geschäftsherrenhaftung für Personengefahren*, in (a cura di) FAHL C., MÜLLER E., SATZGER H., SWOBODA S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, cit., 247

attraverso la sua organizzazione, costituisce una minaccia per i beni giuridici altrui. Così *Betriebsinhaber* e *Vorgestellte* sono tenuti a sorvegliare sull'attività di impresa al fine di evitare che i pericoli da essa promananti, siano essi di natura personale o reale, non si concretizzino in danno a terzi soggetti⁵⁰⁷.

La misura dei doveri di controllo e comando dipende, poi, dall'inquadramento all'interno dell'impresa e alla vicinanza alla fonte di pericolo rappresentata dal dipendente o collaboratore che delinque: da un dovere di intervento diretto sulla persona, in forza di direttive precise, a doveri di direzione e controllo nei dirigenti di fascia intermedia, fino al dovere di organizzazione allocato al livello più elevato di gestione dell'impresa. Infatti, sebbene gli organi dirigenziali non possano controllare direttamente l'intera attività aziendale, nondimeno, in forza del dominio sull'impresa nel suo complesso, essi hanno il dovere di organizzarla razionalmente, in modo che l'apparato di controllo interno sia idoneo a prevenire la causazione di pericoli all'esterno⁵⁰⁸.

Così, in senso verticale, la dirigenza può altresì ricorrere alla delega dei compiti di controllo, salvo il dovere di monitorare che le attività di impresa si svolgano in modo ordinato, mentre in senso orizzontale, la ripartizione dei compiti di vigilanza tra più *Geschäftsführer* consente a ciascuno di concentrare la propria sorveglianza sul settore di competenza, salvo il rilievo di carenze da parte dei colleghi e conseguente ri-estensione della sfera di controllo ed intervento⁵⁰⁹.

In anni recenti anche la giurisprudenza del BGH in due pronunce ha aderito all'orientamento favorevole alla configurazione della *Geschäftsherrenhaftung*, pur non riferendovisi espressamente, ma attraverso il riconoscimento della responsabilità di *Betriebsinhaber* e *Vorgesetzte*⁵¹⁰, nonché dei loro delegati⁵¹¹, per i reati commessi dai

⁵⁰⁷ ROXIN C., *Geschäftsherrenhaftung für Personengefahren*, in (a cura di) FAHL C., MÜLLER E., SATZGER H., SWOBODA S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, cit., 246; ID., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, cit., 757. Mentre sulla configurazione di una posizione di garanzia di controllo in capo all'imprenditore, volta all'impedimento di eventi lesivi promananti dagli impianti, strumenti e merci dell'impresa, vi è consenso nella dottrina tedesca, per contro il riconoscimento dell'obbligo di impedimento dei reati dei sottoposti incontra le opposizioni che si sono sopra viste. Secondo l'Autore, invece, non ha nessuna ragione distinguere tra pericoli di natura reale e personale, qualora promanino dall'attività organizzata d'impresa, atteso che, in ogni caso, spesso le due tipologie di pericoli sono tra loro connesse. Per una panoramica delle posizioni di garanzia di controllo su cose pericolose si rinvia a WEIGEND T., *sub § 13 StGB*, in (a cura di), in (a cura di) LAUFHÜTTE W. H., RISSING-VAN-SAAN R., TIEDEMANN K., *Leipziger Kommentar*, cit., 844 ss.

⁵⁰⁸ SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 107.

⁵⁰⁹ ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, cit., 759.

⁵¹⁰ BGH 20.10.2011- 4 StR 71/11, in NJW 2012, 1237.

dipendenti, nei limiti della connessione dei fatti all'attività svolta nell'impresa. Si tratta del requisito della *Betriebsbezogenheit*, per l'integrazione del quale non è sufficiente che l'ambiente di lavoro o le mansioni svolte abbiano rappresentato l'occasione o anche soltanto permesso o facilitato che il delitto fosse commesso con certe modalità, richiedendosi invece che quest'ultimo sia espressione di un pericolo imminente all'attività d'impresa, in quanto promanante dagli stessi processi aziendali⁵¹².

All'evidenza, tale limite comporta una riduzione della distanza tra gli orientamenti dottrinali contrapposti in merito alla cittadinanza, nell'ordinamento tedesco, della figura della *Geschäftsherrenhaftung*, potendosi concludere per una generale invocabilità della medesima con riferimento a particolari tipologie delittuose, ovvero quelle strettamente connesse allo svolgimento dell'attività d'impresa⁵¹³.

Quanto finora esaminato in ordine ai presupposti e limiti della *Geschäftsherrenhaftung* si riflette inevitabilmente sull'individuazione e sui contorni della posizione di garanzia dei membri del *Vorstand*, organo corrispondente al consiglio di amministrazione nel modello tradizionale italiano, alla disciplina del quale si ispirano le norme che regolano il comitato di gestione nel nostro sistema dualistico di *corporate governance*.

Per concorde opinione, infatti, con la nomina ad amministratori, i *Mitglieder* del supremo organo dirigente nelle *Aktiengesellschaften*, titolari della funzione imprenditoriale e della rappresentanza della società, assumono in prima persona la posizione di garanzia che all'imprenditore individuale spetta in forza del dovere di controllo su fonti di pericolo⁵¹⁴, con conseguente configurabilità di una responsabilità

⁵¹¹ BGH 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08, in JR, 2009, 474.

⁵¹² Sul punto, in particolare, BGH 20.10.2011- 4 StR 71/11, cit., 1237. Per un commento della pronuncia si rinvia a BÜLTE J., *Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten*, in NZWiSt, 2012, 176 ss. Per ROXIN C., *Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren*, in (a cura di) FAHL C., MÜLLER E., SATZGER H., SWOBODA S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, cit., 253, la delimitazione operata dalla giurisprudenza discenderebbe logicamente dal fondamento della posizione di garanzia, ovvero il controllo su una fonte di pericolo. Ove per essa si intenda l'impresa, il reato da impedire deve necessariamente essere riferibile alla stessa e non alle scelte di vita dell'autore.

⁵¹³ Nello stesso senso, del resto, già SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 105, gli organi dell'impresa, infatti, sono tenuti ad impedire soltanto quei delitti che costituiscono espressione del dominio dell'impresa. Non invece quei delitti c.d. "eccentrici" (*Exzeßtaten*), cioè solo per quei delitti che l'autore commette nell'interesse dell'impresa, non di quelli invece commessi dall'autore nel proprio interesse, servendosi dei mezzi dell'impresa.

⁵¹⁴ In questo senso PERRON W., *sub § 14 StGB*, in (a cura di) SCHÖNKE A.-SCHRÖDER H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2014, 234 s. L'Autore e la giurisprudenza ivi richiamata riconoscono, infatti, che nel caso del mancato impedimento di un evento pregiudizievole o dell'altrui reato, gli amministratori di una società o i soggetti da loro delegati al controllo (*Compliance Officer*) rispondono in forza di una posizione di garanzia autonoma, senza la necessità dell'intermediazione del § 14 StGB. La norma ora

per l'omesso impedimento dei reati strettamente legati alla natura dell'impresa, commessi da dipendenti, collaboratori ed, in generale, subalterni, fatte salve le ipotesi di delega ed adempimento della funzione di controllo di secondo grado sul delegato⁵¹⁵, nonché, secondo un'interpretazione⁵¹⁶, di adozione di un'organizzazione idonea del sistema di controlli interno.

Accanto all'obbligo di impedimento delle azioni illecite dei dipendenti, in quanto concretizzazione del pericolo d'impresa su cui gli amministratori, quali *Geschäftsherren*, devono vigilare, si configura in capo agli stessi una posizione di garanzia di protezione rispetto ai beni patrimoniali della società.

In quanto persona giuridica, fisiologicamente incapace di proteggere i propri interessi, quest'ultima è soggetto bisognoso della tutela di un terzo, affidata agli organi che, con l'assunzione dell'incarico e, limitatamente alla sfera di propria competenza, si impegnano altresì alla cura del patrimonio sociale contro qualsivoglia forma di aggressione, illeciti penali compresi⁵¹⁷.

In forza dei § 76 Abs.1, 77, Abs. 1 e 78, Abs. 1 AktG, i membri del *Vorstand* devono condurre e rappresentare l'attività sociale d'impresa, congiuntamente o disgiuntamente, sotto la propria responsabilità. Proprio dai suddetti compiti, dottrina e giurisprudenza deducono unanimemente il dovere di curare gli interessi patrimoniali della medesima e di impedire che essi possano essere danneggiati. Pertanto, ove il danno derivi da reato, il cui impedimento sarebbe stato possibile mediante un esercizio corretto e perito del potere di amministrazione (§ 93 AktG), i membri del *Vorstand* sono altresì chiamati a

richiamata costituisce infatti uno strumento di estensione della responsabilità penale in capo a chi, agendo in qualità di rappresentante, commette un reato proprio (*Sonderdelikt*), per l'integrazione del quale sono richieste peculiari condizioni personali dell'autore, possedute dal rappresentato, ma non dal rappresentante. Tra questi sono annoverati altresì gli organi di persone giuridiche dotati del potere di rappresentanza e altresì i loro membri (§ 14, Abs. 1, n.1 StGB). In ipotesi di realizzazione di un reato omissivo improprio, eccezion fatta per le fattispecie che nella corrispondente forma commissiva richiedono una ulteriore qualità personale non posseduta dagli amministratori, la mediazione del § 14 StGB non è necessaria, in quanto il rappresentante assume direttamente l'obbligo impeditivo gravante sulla persona giuridica, divenendo esso stesso titolare della condizione personale necessaria all'integrazione della fattispecie omissiva ex § 13 StGB. Nel senso dell'assunzione diretta della posizione di garanzia riferibile alla persona giuridica, sebbene con riferimento esclusivamente agli obblighi di garanzia di controllo su pericoli reali o agli obblighi di protezione contrattualmente stipulati, rifiutando in generale una configurazione della *Geschäftsherrenhaftung*, RUDOLPHI H. J., STEIN U., *sub § 13*, in (a cura di) WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., 41.

⁵¹⁵ ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, cit., 759. In giurisprudenza, sulla delegabilità di posizioni di garanzia, si veda BGH 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08, cit., 474.

⁵¹⁶ SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 107.

⁵¹⁷ RUDOLPHI H. J., STEIN U., *sub § 13*, in (a cura di) WOLTER J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., 41.

rispondere della fattispecie commessa a danno della società da un terzo così come dai propri colleghi⁵¹⁸.

Sebbene, infatti, ai sensi del § 77 AktG, gli amministratori possano ripartire le competenze per sfere diverse di responsabilità attraverso apposito regolamento, sul piano civile, si ritiene che ciascuno sia tenuto intervenire a tutela del patrimonio sociale in presenza di irregolarità commesse dai colleghi, in quanto titolare del dovere di vigilare sulla conformità alle leggi e allo scopo dell'impresa. Ciò si evince dal principio generale della responsabilità collegiale e dal dovere generale di sorveglianza immanente a quello di gestione di cui al § 76, Abs. 1 AktG⁵¹⁹.

Oltre che rispetto all'organo di gestione, viene riconosciuta una posizione di garanzia per l'impedimento di altrui reati altresì in capo ai componenti dell'organo di controllo, l'*Aufsichtsrat*.

Sotto il profilo della disciplina commerciale e penalistica della responsabilità dei membri dell'*Aufsichtsrat*, notevole rilevanza assume la norma di cui al § 111 AktG, che ne detta i compiti e i diritti (*Rechte und Aufgabe*)⁵²⁰.

Compito principale di tale organo è quello di tutelare la società dai danni derivanti da possibili errori o mancanze della gestione, su cui esercita principalmente la propria attività di controllo, collegialmente o mediante la delega di singole attività ad un determinato membro⁵²¹.

Per l'adempimento di tale compito dispone di ampi diritti di informativa, ai quali fanno da *pendant* i doveri di amministratori e dirigenti di relazionare sulla politica aziendale e su altre rilevanti questioni della vita dell'impresa, di natura economica od occupazionale, circa la redditività del capitale e dell'azienda, l'andamento degli affari

⁵¹⁸ TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 128; RANSIEK A., *Das unechte Unterlassungsdelikt*, in *JuS*, 2010, 587. In giurisprudenza, BGH, Urteil v. 21.12. 2006- 3 StR 470/04.

⁵¹⁹ EIDAM H- EIDAM G., *Die Zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit im Unternehmen*, in (a cura di) EIDAM G., *Unternehmen und Strafe*, Köln, 2014, 139; KRIEGER G., SEILER V., *sub § 93 AktG*, in (a cura di) SCHMIDT K., LUTTER M., *Aktiengesetz Kommentar*, I Band, Köln, 2008, 1059; Seibt C., *sub §§ 76, 77 AktG*, in (a cura di) SCHMIDT K., LUTTER M., *Aktiengesetz Kommentar*, I Band, Köln, 2008, 871, 887. In quanto al potere di controllo immanente a quello di gestione, si osserva che si tratta di un dovere di autocontrollo interno all'organo ciascuno deve occuparsi di garantire un flusso adeguato di informazioni verso l'organo collegiale. Taluni membri poi possono anche assumere una funzione di controllo più pregnante sull'attività dei delegati. Ad esempio gli incaricati della funzione di controlling e di revisione. Inoltre è possibile un generale e più pervasivo dovere di controllo sull'intero organo amministrativo in capo al presidente dello stesso

⁵²⁰ KRAUSE D. M., *Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates*, in *NStZ*, 2011, 57.

⁵²¹ DRYGALA T., *sub § 111 AktG*, in (a cura di) SCHMIDT K., LUTTER M., *Aktiengesetz Kommentar*, I Band, Köln, 2008, 1202;

più rilevanti e nonché lo stato patrimoniale della società. Inoltre i componenti del collegio possono esaminare o far controllare i libri sociali.

Il controllo, quindi, si esercita sulla compiuta attività di impresa, sulla sua economicità, conformità alle leggi e allo scopo sociale, nonché sulla risarcibilità dell'azienda in caso di gestione negligente. Nondimeno in società in cui il sistema di *corporate governance* è ben funzionante, il consiglio di sorveglianza ha anche funzione consultiva e di controllo preventivo, essendo gravato dal dovere di svolgere anche attività consultiva, muovendo osservazioni, dubbi ed altresì impedendo errori, al punto da essere considerato "*mitunternehmerisches Organ*", ovvero organo di co-gestione⁵²².

L'*Aufsichtsrat* è inoltre dotato di pregnanti doveri di reazione: oltre al potere di nomina e revoca dei componenti del *Vorstand* (§ 84 AktG), così come il consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico italiano, esso detiene altresì un potere di veto rispetto alla conclusione o conduzione di determinate tipologie di affari, tuttavia superabile dal voto contrario della maggioranza qualificata dell'assemblea (§ 111, Abs. 4 AktG).

In forza dei doveri e poteri direttamente riconosciuti dalla legge, in dottrina e giurisprudenza è pacificamente riconosciuta una posizione di garanzia di impedimento dei reati commessi dai membri del *Vorstand*⁵²³. In particolare, la posizione di garanzia, in assenza di poteri di comando, incompatibili con la ripartizione delle funzioni di amministrazione e controllo tra i due organi, viene fatta derivare dalla capacità di incidere sulle attività gestorie attraverso l'esercizio del diritto di veto. Tuttavia, essendo tali doveri-poteri orientati soltanto alla tutela dei beni sociali, l'organo di controllo non

⁵²² DRYGALA T., *sub § 111 AktG*, in (a cura di) SCHMIDT K., LUTTER M., *Aktiengesetz Kommentar*, I Band, cit., 1202; EIDAM H.-EIDAM G., *Die Zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit im Unternehmen*, in (a cura di) EIDAM G., *Unternehmen und Strafe*, cit., 149. Inoltre, nota KRAUSE D. M., *Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates*, cit. 57, come ai sensi del § 112 AktG, l'*Aufsichtsrat* sia tenuto a rappresentare la società nei negozi stipulati e nelle cause in cui controparte siano gli amministratori.

⁵²³ TIEDEMANN K., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 125 e 128; WEIGEND T., *sub § 13 StGB*, in (a cura di), in (a cura di) LAUFHÜTTE W. H., RISSING-VAN-SAAN R., TIEDEMANN K., *Leipziger Kommentar*, cit., 848, il quale, pur negando in generale la sussistenza di una *Geschäftsherrenhaftung*, annovera il § 111 AktG tra le specifiche disposizioni che esplicitamente prevedono doveri e poteri impeditivi di reati altrui, e così riconosce la titolarità di una posizione di garanzia limitatamente alle attività degli amministratori TIEDEMANN K., *Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern*, in (a cura di) JESCHECK H.H., *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin, 1989 319; CRAMER P., *Rechtspflicht des Aufsichtsrats zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten*, in (a cura di) KÜPER W., *Festschrift für Stree-Wessels*, Heidelberg, 1993, 564 ss.; ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 736. In giurisprudenza BGH, 06.12.2001 - 1 StR 215/01, in NStZ 2002, 322.

assume alcun obbligo di impedire la realizzazione di reati a danno di terzi estranei alla società⁵²⁴.

3.4.1 Segue: la tutela “graduata” della *Garantenpflichtverletzung* (§ 13 StGB) e della *Verletzung der Aufsichtspflicht* (§ 130 OWiG): rilevanza dei controlli societari tra responsabilità penale e amministrativa.

Poco sopra si è accennato della coesistenza, accanto al sistema di posizioni di garanzia, di una forma di responsabilità amministrativa dei vertici delle imprese tedesche per l'ipotesi di commissione di illeciti correlati alle attività delle stesse.

Si tratta della fattispecie di “violazione del dovere di sorveglianza” (*Verletzung der Aufsichtspflicht*), prevista dal § 130 della legge sugli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeitengesetz*, OWiG), la quale disciplina quelle condotte antiggiuridiche e rimproverabili⁵²⁵, che, pur non differenziandosi qualitativamente dai reati, sono avvertite dal legislatore come dotate di un grado di pericolosità, per i beni giuridici, inferiore rispetto alle condotte meritevoli di pena e a cui viene quindi applicata una *Geldbuße*, sanzione pecuniaria amministrativa⁵²⁶.

In particolare ai sensi del § 130, Abs. 1 OWiG integra un illecito amministrativo nel senso suddetto la condotta dell'imprenditore che, dolosamente o colposamente, omette le misure di controllo necessarie ad impedire che nell'impresa siano violati i doveri a lui stesso rivolti e sanzionati con una pena o una sanzione amministrativa, qualora si realizzi una violazione di tal tipo, che poteva essere impedita o sostanzialmente ostacolata mediante il necessario controllo⁵²⁷.

⁵²⁴ KRAUSE D. M., *Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates*, cit., 60.

⁵²⁵ In tal senso il § 1 OWiG, che definisce l'*Ordnungswidrigkeit* come una condotta antiggiuridica e riprovevole, la quale realizza una fattispecie prevista per legge e rispetto alla quale è comminata un'ammenda.

⁵²⁶ JESCHECK H.H.-WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 58 ss; PALIERO C.E., voce *Ordnungswidrigkeiten*, in Dig. Disc. pen., ?, 1995; FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 20 ss.. Tali violazioni sono soggette ad ammende, del valore compreso tra 5 Euro e 1000 Euro, ma che, in specifici casi previsti dal legislatore, come appunto in materia di illeciti di impresa, raggiungono soglie particolarmente elevate. Ad esempio, sia nel caso di cui al § 130 OWiG, sia in quello di responsabilità amministrativa dell'ente per gli illeciti commessi da soggetti operanti al suo interno (§ 30 OWiG) l'ammenda può arrivare ad un milione di euro. L'accertamento delle *Ordnungswidrigkeiten* e la comminazione della relativa sanzione spetta in oltre alle autorità amministrative, con la possibilità di instaurazione di un successivo giudizio dinnanzi al tribunale amministrativo.

⁵²⁷ Il testo originale della norma è il seguente, § 130, Abs. 1- „*Wer als Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine*

La *ratio* della norma è chiara e collima con il fondamento della *Geschäftsherrenhaftung*, così come ricostruito dalla dottrina. Infatti, se l'impresa è oggettivamente una fonte di pericoli, per cui il suo svolgimento deve essere condotto dall'imprenditore nel rispetto dei doveri che l'ordinamento gli impone, e, il relativo adempimento può essere delegato ai collaboratori per esigenze organizzative, nondimeno sull'imprenditore- o su chi svolge compiti di gestione dell'impresa in forma societaria⁵²⁸- grava sempre l'obbligo di dotarla di misure che consentano l'impedimento di quegli illeciti connessi alla sua stessa attività (*betriebsbezogene Straftaten-Ordnungswidrigkeiten*)⁵²⁹.

Quali siano le misure che l'imprenditore è tenuto ad adottare, non è espressamente determinato dalla norma, dovendo le stesse essere idonee ad impedire la realizzazione di reati nell'ambito della singola impresa e quindi dipendendo dalle dimensioni e dal tipo di attività svolta. La norma si limita soltanto a richiedere, in un secondo periodo dello stesso comma, che tra le misure di sorveglianza rientrano altresì la nomina, la scelta accurata e la vigilanza dei controllori su tutte le attività dell'azienda⁵³⁰. In via interpretativa, perciò, accanto a queste misure si individuano altresì la predisposizione di un'organizzazione qualificata, la suddivisione dei compiti, la formazione ed informazione del personale, il controllo di collaboratori e sorveglianti, la previsione di obblighi di intervento al verificarsi di determinate irregolarità, talora anche la minaccia ed irrogazione di sanzioni⁵³¹. La delega dell'attività di controllo a propri collaboratori non libera mai completamente i vertici dell'impresa, cui spetta una funzione di controllo di secondo livello (*Oberaufsicht*)⁵³².

solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen“.

⁵²⁸ All'imprenditore sono equiparati, ai sensi del § 9 OWiG, i soggetti depositari del potere di rappresentanza della persona giuridica, quindi, nelle società per azioni, gli amministratori. Così WIESER R., *sub § 130*, in AAVV, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) Kommentar*, Nördlingen, 2014, 711; GÜRTLER F., *sub § 130 OWiG*, in (a cura di) GÜRTLER F., SEITZ H., GÖHLER E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2012, 1153.

⁵²⁹ WIESER R., *sub § 130*, in AAVV, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) Kommentar*, cit., 707.

⁵³⁰ RETTENMAIER F., PALM M., *Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen*, in *NJOZ*, 2010, 1415.

⁵³¹ KÖNIG P., *sub § 130 OWiG*, in (a cura di) GÖHLER E., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, München, 2006, 1245

⁵³² Osserva KÖNIG P., *sub § 130 OWiG*, in (a cura di) GÖHLER E., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit., 1247, che nel caso di carenza di controllori, l'imprenditore non può poi invocare a propria difesa l'impossibilità di svolgere lui stessi dei controlli; RETTENMAIER F., PALM M., *Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen*, cit., 1417, il

A differenza della responsabilità penale per il mancato impedimento dell'altrui reato, tuttavia, il disvalore dell'*Ordnungswidrigkeit* in esame si esaurisce nella mancata adozione delle misure organizzative necessarie all'impedimento dei reati, quindi in un'omissione "propria"⁵³³, indifferentemente sorretta da dolo o colpa.

Ad essere sanzionata è infatti la violazione dell'obbligo organizzativo imposto all'imprenditore in funzione di prevenzione dei reati, mentre la realizzazione dell'illecito, in violazione dei doveri rivolti all'impresa, costituisce una mera condizione obiettiva di punibilità⁵³⁴.

Da ciò discende la connotazione dell'illecito amministrativo in esame in termini di fattispecie di mero pericolo (*Gefährdungstatbestand*), confermata, sotto il profilo causale, dalla circostanza che le misure di controllo omesse sarebbero state tali da impedire o quanto meno ostacolare la violazione, ovvero, letto a contrario, l'omissione dell'imprenditore rileva anche quando non sia stata *condicio sine qua non* del reato commesso nell'impresa, ma lo abbia meramente agevolato, innalzando il rischio della sua verifica⁵³⁵.

In ciò consiste la prima sostanziale differenza, rilevante sotto il profilo probatorio, rispetto al paradigma del reato omissivo improprio: la *Verletzung der Aufsichtspflicht* da parte del titolare dell'impresa, o dei suoi rappresentanti, costituisce una fattispecie di pericolo, che garantisce una tutela anticipata dei beni giuridici offesi. I vertici dell'impresa sono sottoposti a sanzione per il pericolo di commissione di reati (e di *Ordnungswidrigkeiten*), non contrastato a causa del difetto di organizzazione e concretizzatosi nella violazione, effettivamente posta in essere, a prescindere dalla prova che l'attuazione della misura avrebbe effettivamente impedito l'illecito.

In quanto invece all'elemento soggettivo, si sottolinea come non sia richiesto alcun legame di tipo psicologico tra la condotta omissiva del titolare dell'impresa e la

quale fa riferimento alla figura del "controllore dietro il controllore" (*Kontrolleur hinter dem Kontrolleur*).

⁵³³ SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 69; ROGALL K., *Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)*, in *ZStW*, 1986, 587;

⁵³⁴ SCHÜNEMANN B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, cit., 69; ROXIN C., *Geschäftsherrenhaftung für Personengefahren*, in (a cura di) FAHL C., MÜLLER E., SATZGER H., SWOBODA S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, cit., 242; WIESER R., *sub § 130*, in AAVV, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) Kommentar*, cit., 713.

⁵³⁵ ROXIN C., *Geschäftsherrenhaftung für Personengefahren*, in (a cura di) FAHL C., MÜLLER E., SATZGER H., SWOBODA S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, cit., 243; RANSIEK A., *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg 1996, 102.

realizzazione dell'illecito da parte dei suoi collaboratori, costituendo quest'ultima una condizione obiettiva di punibilità. Inoltre, la condotta omissiva integrante il *Tatbestand* può essere indifferentemente tenuta con dolo o colpa⁵³⁶.

Gli unici limiti alla configurazione di tale responsabilità attengono alle misure esigibili e all'individuazione dei soggetti responsabili, in caso ripartizione dei compiti di gestione. Sotto il primo profilo si riconosce che le misure di controllo devono essere praticabili e "ragionevoli", ovvero tali da potersi prevedere che attraverso la relativa applicazione siano impediti gli illeciti, del tipo di quello verificatosi⁵³⁷.

In quanto invece al problema della individuazione dei soggetti responsabili, è necessario considerare la ripartizione delle competenze gestorie per stabilire chi, nell'organigramma societario, aveva il compito di predisporre le misure di controllo con attitudine impeditiva della violazione verificatasi in un particolare settore. Ogni singolo responsabile, infatti, si ritiene debba poter fare affidamento nell'adempimento da parte degli altri dei rispettivi obblighi organizzativi, senza essere gravato da doveri di reciproca sorveglianza, eccezion fatta per le realtà aziendali in cui si siano verificate precedenti violazioni⁵³⁸.

Si comprende, dunque, in che senso la fattispecie in esame sia considerata dalla dottrina un'*Auffangtatbestand*, ovvero una fattispecie sussidiaria o integrativa di lacune, in cui sussumere la condotta del titolare dell'impresa ogni qualvolta non sia possibile configurarla in termini di *autoria (Tatherrschaft)* o di partecipazione nella violazione degli obblighi a lui rivolti, in quanto non abbia agito personalmente ovvero non siano ravvisati i più rigorosi estremi di una punibile *Garantenpflichtverletzung*, connotata cioè dal dolo della fattispecie di reato commessa da terzi e dalla sussistenza di un nesso causale di tipo condizionalistico tra questa e l'omissione del garante⁵³⁹.

In conclusione e per introdurre la materia del capitolo seguente, è interessante notare come il legislatore tedesco abbia voluto perciò sottoporre a sanzione amministrativa la

⁵³⁶ ROXIN C., *Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren*, in (a cura di) FAHL C., MÜLLER E., SATZGER H., SWOBODA S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, cit., 243; KÖNIG P., *sub § 130 OWiG*, in (a cura di) GÖHLER E., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit., 1249.

⁵³⁷ WIESER R., *sub § 130*, in AAVV, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) Kommentar*, cit., 714.

⁵³⁸ RETTENMAIER F., PALM M., *Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen*, cit., 1415.

⁵³⁹ KÖNIG P., *sub § 130 OWiG*, in (a cura di) GÖHLER E., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, cit., 1254 s.; WIESER R., *sub § 130*, in AAVV, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) Kommentar*, cit., 707.

violazione di un obbligo tipicamente organizzativo⁵⁴⁰, che grava sull'imprenditore o sugli amministratori di società a monte, in funzione preventiva della realizzazione di illeciti correlati all'attività sociale o imprenditoriale.

Obbligo che allo studioso italiano non può non ricordare l'*onere* di adozione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui sono investiti i vertici delle persone giuridiche, in funzione di prevenzione della commissione di reati e al fine di esimere l'ente da responsabilità amministrativa da reato⁵⁴¹.

Mentre tuttavia il § 130 OWiG alloca la responsabilità del difetto organizzativo in capo al titolare dell'impresa, individuandolo come autore della *Ordnungswidrigkeit*, il d.lgs. 231/2001, a differenza del Progetto di riforma del codice penale elaborato dalla commissione Grosso⁵⁴², non prevede l'addebito di alcuna forma di responsabilità in capo ai soggetti che nell'impresa sono chiamati ad adottare, attuare e controllare il funzionamento del sistema di controlli, per l'omissione o insufficienza delle misure preventive.

Di qui la necessità di comprendere se ed entro quali limiti possa configurarsi a carico di tali figure una posizione di garanzia per il mancato impedimento di reati che sarebbero stati impediti attraverso l'adozione ed efficace attuazione dei modelli. Alla luce delle riflessioni svolte nel presente capitolo, appare chiaro, infatti, che, laddove il legislatore manchi nella previsione a carico dei "controllori" di specifiche fattispecie di reato o di

⁵⁴⁰ Condivide tale valutazione NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 229, nota n. 24. Per contro, PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 85 ss., sembra intendere la norma in chiave di fonte di obblighi di sorveglianza. Nonostante la rubrica del § 130 si richiami letteralmente alla violazione dell'"obbligo di sorveglianza" del titolare dell'impresa, dal contenuto della stessa si evince un significato in gran parte difforme da quello di obbligo di sorveglianza in senso stretto. Si ricorda come, secondo l'accezione che al termine dà la dottrina italiana, l'obbligo di sorveglianza si configura quale dovere di sorvegliare l'altrui attività ed avvisare di eventuali irregolarità il titolare del bene giuridico o l'effettivo garante, differenziandosi in questo dall'obbligo di garanzia, sorretto altresì da poteri impeditivi indiretti. Come si è visto, il § 130 è norma di più ampio respiro che attiene innanzitutto ad obblighi di carattere organizzativo, consistenti nella dotazione di un efficiente sistema di controlli interni alla società, nell'ambito dei quali può darsi altresì la previsione di obblighi di sorveglianza. Il dovere di cui al § 130 OWiG, per altro, è di titolarità di colui che, ormai dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti è riconosciuto altresì *Garanten*, ovvero il titolare dell'impresa, proprio per l'impedimento dell'altrui reato nell'ambito dell'impresa. Perciò si ritengono non fondate le conclusioni rassegnate dall'Autore circa il fondamento che nell'ordinamento tedesco, in particolare nella norma esaminata, incontrerebbe la categoria degli obblighi di sorveglianza

⁵⁴¹ Per una descrizione del sistema di responsabilità amministrativa da reato degli enti si rinvia al capitolo 1.

⁵⁴² Sul punto si richiama l'art. 23 dell'articolato del progetto, che prevedeva posizioni di garanzia in capo ai responsabili dell'attuazione di modelli di organizzazione preventivi di reati. Sul punto si veda anche capitolo 1, § 1.2.1.

illeciti di altra natura⁵⁴³, come nell'ordinamento tedesco l'*Ordnungswidrigkeit* di cui al § 130 OWiG, il bisogno di colmare lacune di tutela spinge ad un'estensione dei confini della configurabilità di posizioni di garanzia e ad una superficialità nell'accertamento del nesso causale tra omissione ed evento, nonché del dolo di concorso.

Anche in materia di controlli ex d.lgs. 231/2001, così affini a quelli di cui alla norma tedesca ora esaminata, si pone quindi il problema di un ricorso improprio al paradigma del reato omissivo mediante commissione per il mancato impedimento di reati commessi e, conseguentemente, la necessità di un'indagine "contenitiva", alla luce del principio di personalità della responsabilità penale.

⁵⁴³ A favore di una soluzione del problema della disciplina della responsabilità dei membri degli organi societari con funzioni di controllo nelle società, mediante la previsione di fattispecie omissive proprie o, quanto meno, attraverso l'introduzione di una più generica fattispecie di agevolazione colposa, tra gli altri MARINUCCI G., ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, cit., 704; CADOPPI A., *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci della società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. Pen.*, 1986, 496 ss.

CAPITOLO IV

OBBLIGHI ORGANIZZATIVI E PREVENZIONE DI REATI

NEL SISTEMA DEL D.LGS. 231/2001.

PROFILI DI RESPONSABILITA' INDIVIDUALE.

SOMMARIO: 4.1 Punti fermi ed obiettivi.- 4.2 Obblighi organizzativi, *compliance programs* e responsabilità da reato delle persone giuridiche nella prevenzione del crimine economico: una “moda” nell’era della globalizzazione.- 4.3 L’evoluzione della *criminal compliance* negli Stati Uniti. Profili di responsabilità penale collettiva e individuale.- 4.4 Il principio dell’*Organisationsverschulden* in Germania: dalla teoria alla prassi, verso l’adozione di un *Verbandsstrafgesetzbuch*. Profili di responsabilità individuale.- 4.5 Il sistema italiano di *compliance* punitiva: responsabilità individuali dei “controllori” sotto la lente di ingrandimento del d.lgs. 231/2001.- 4.5.1 (Segue) La funzione amministrativa tra obblighi di organizzazione ed obblighi di garanzia.- 4.5.2 (Segue) I doveri-poteri di vigilanza dell’organo di controllo nel sistema di responsabilità amministrativa ex crimine degli enti.- 4.5.3. (Segue) Gli autonomi poteri di iniziativa e controllo dell’Organismo di Vigilanza

4.1. *Punti fermi ed obiettivi*

Si è visto come nel nostro ordinamento il tradizionale strumento di contrasto alla criminalità d’impresa siano i controlli sulla gestione societaria, la cui efficacia preventiva viene perseguita mediante il “pungolo” del diritto penale ed in particolare della responsabilità omissiva dei controllori per il mancato impedimento dei reati commessi dagli esecutivi, nei limiti della sussistenza di posizioni di garanzia *ad hoc*⁵⁴⁴.

Si è nondimeno osservato come l’esigenza di perseguire il crimine economico, nonostante la difficoltà di individuare i responsabili delle condotte criminose all’interno di organizzazioni complesse, abbia spesso condotto nella prassi ad una forzatura dei criteri di imputazione della responsabilità penale individuale, in particolare, con riguardo ai controllori, degli elementi costitutivi della responsabilità omissiva impropria. Per tali motivi l’*Individualstrafrecht* si è rivelato insoddisfacente sotto il profilo della general-prevenzione e soprattutto della conformità ai principi costituzionali del diritto penale, *in primis* a quello di personalità della responsabilità penale⁵⁴⁵.

In chiave retributiva, poi, la considerazione criminologica dell’influenza aziendale nelle scelte criminose dei singoli ha favorito l’approdo alla responsabilità da reato degli enti

⁵⁴⁴ Per la ricostruzione storico-dogmatica dell’istituto della posizione di garanzia in generale, si rinvia al cap. II. In quanto, invece, alla relativa applicazione al settore dei controlli societari, il rinvio è al capitolo III.

⁵⁴⁵ Capitolo 1, § 1.3-1.3.1.

per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio, sussistendo i requisiti oggettivi e soggettivi di cui agli artt. 5-7 d.lgs. 231/2001⁵⁴⁶.

In quanto al criterio di imputazione soggettiva del fatto di reato del dipendente o dell'apicale alla persona giuridica, il legislatore italiano ha ritenuto di valorizzare il fattore organizzativo: la persona giuridica, infatti, risponde ai sensi degli artt. 6 e 7 del decreto in quanto non abbia organizzato la propria struttura ed attività in modo idoneo alla prevenzione di reati, omettendo l'adozione di modelli di organizzazione e gestione dei rischi-reato, cui la realtà complessa è esposta e/o non abbia predisposto un apposito organo di controllo sul funzionamento e l'osservanza delle procedure e misure di prevenzione prescritte nei modelli⁵⁴⁷. Perciò deve convenirsi con quanti ravvisano il nesso di ascrizione di un illecito all'ente nella "colpa di organizzazione"⁵⁴⁸: in presenza di strutture complesse, composte da una pluralità di apparati, funzionanti attraverso processi decisionali scanditi in più fasi e coinvolgenti una pluralità di soggetti, il rischio che siano commessi reati, sfruttando la complessità dell'ente, deve essere fronteggiato mediante la predisposizione di misure tali da consentire il controllo delle attività della persona giuridica e, tramite esso, la prevenzione di illeciti. L'assenza o l'inadeguatezza delle procedure e dei controlli, cristallizzati nei modelli di organizzazione e gestione ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001, costano all'ente il rimprovero penale della sua disorganizzazione.

Il modello di responsabilità delle persone giuridiche fondato sulla colpevolezza o colpa di organizzazione (*Organisationsverschulden*) viene teorizzato per la prima volta dalla

⁵⁴⁶ Capitolo 1, §§ 1.2.1 e ss.

⁵⁴⁷ Il rinvio è al § 1.3.1.

⁵⁴⁸ PALIERO C.E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, cit., 847; MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, cit., 1116 ss; DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, (a cura di) GARUTI G., cit., 107; ALESSANDRI A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, cit., 534; PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, cit., 587 ss.; GUERRIERI L., *La "colpa di organizzazione" quale manifestazione della colpevolezza degli enti*, in (a cura di) CATENACCI M., MARCONI G., *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, cit., 209 ss.; BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, cit., 268 ss.; PALIERO C.E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 167, 181 i quali ultimi preferiscono invece parlare di "colpevolezza di organizzazione", ravvisandosi nel difetto organizzativo della persona giuridica il frutto di una scelta dettata dalla noncuranza o dal disinteresse per il rischio-reato che la disorganizzazione aumenta. Tale ricostruzione del coefficiente di riprovevolezza dell'ente non consente di collocarlo né nella categoria della colpa, né in quella del dolo, neppure di quello eventuale, essendo in questo caso la rappresentazione dell'evento-reato così flebile nel momento dell'omissione dell'ente, da non potersi rintracciare nel momento volitivo una decisione contro il bene.

dottrina tedesca, in particolare da Klaus Tiedemann⁵⁴⁹, il quale, riconosciuta l'inapplicabilità del concetto tradizionale di *Schuldfähigkeit*, riferibile alle persone fisiche, in quanto fondantesi su un parametro di tipo socio-morale, ne muta il contenuto, ancorando il concetto di colpa a criteri meramente socio-normativi: la persona giuridica risponde nei confronti della società per la violazione dei doveri di organizzazione assunti allo scopo di neutralizzare i pericoli derivanti dallo svolgimento delle attività d'impresa⁵⁵⁰.

In un'ottica simile a quella dell'*actio libera in causa*, il rimprovero mosso all'ente ha ad oggetto una condotta, l'omissione delle dovute precauzioni da parte degli organi della persona giuridica, temporalmente antecedente alla realizzazione del reato connesso all'attività d'impresa. Perciò è irrilevante l'insussistenza di un approccio psicologico al fatto da altri commesso: ciò che si può rimproverare all'ente è l'aver consentito, attraverso l'inadempimento degli obblighi di cui esso stesso è destinatario, la realizzazione della fattispecie criminosa⁵⁵¹.

La principale critica mossa all'esposta ricostruzione rileva come qualunque condotta riferibile all'ente, sia essa un'azione od un'omissione, anche quelle attinenti all'organizzazione dell'ente, è pur sempre posta in essere dagli organi che rappresentano la persona giuridica e attraverso i quali la stessa agisce. Indicare nell'*Organisationsverschulden* il fondamento della responsabilità da reato delle persone giuridiche richiederebbe quindi di regredire all'infinito alla ricerca del soggetto legittimato all'adempimento degli obblighi dell'ente⁵⁵².

Anche a voler riconoscere che il destinatario del dovere di organizzazione è pur sempre l'impresa come persona giuridica, la quale ben può essere chiamata a rispondere per il

⁵⁴⁹ TIEDEMANN K., *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, 1169; ID., *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, in (a cura di) KÜPER W., *Festschrift für Stree- Wessels*, Heidelberg, 1993, 531; ID., *Strafbarkeit von juristischen Personen?* in (a cura di) SCHOCH F., *Freiburger Begegnung*, Heidelberg, 1996, 30 ss.; ID., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 165. Per una ricognizione del pensiero dell'Autore tedesco nella dottrina italiana si veda DE SIMONE G., *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in *AAVV, Studi in onore di Romano M.*, Napoli, 2011, 1884 ss.

⁵⁵⁰ TIEDEMANN K., *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., 1172.

⁵⁵¹ TIEDEMANN K., *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., 1173; ID., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 165, si rileva che, a prescindere dalla considerazione dell'ente come titolare di diritti e doveri, è ormai da ritenersi superata la teoria che concepisce le persone giuridiche come mera *fictio iuris*, trattandosi di fenomeni socialmente rilevanti.

⁵⁵² SCHÜNEMANN B., *sub Vorbemerkungen § 25 StGB*, in (a cura di) in (a cura di) LAUFHÜTTE H. W., RISSING – VAN SAAN R., TIEDEMANN K., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2007, 1840.

suo inadempimento⁵⁵³, nondimeno la colpa di organizzazione, intesa quale mancata predisposizione di misure atte a monitorare l'attività dell'ente al fine di prevenire reati, si traduce inevitabilmente nell'attribuzione di compiti organizzativi e di controllo agli organi dell'ente, per mezzo dei quali esso agisce, e ne presuppone l'inadempimento da parte della persona fisica in cui l'organo si immedesima⁵⁵⁴.

Pertanto, in un ordinamento come il nostro, che scelga di fondare la responsabilità da reato degli enti anche sul presupposto della colpa di organizzazione⁵⁵⁵, inevitabile è la moltiplicazione dei doveri di controllo all'interno delle società e, con essa, il quesito circa l'estensione della sfera di responsabilità degli organi coinvolti nella realizzazione ed attuazione dei modelli di organizzazione e gestione⁵⁵⁶.

Onde evitare indebite affermazioni di responsabilità dei controllori per reato omissivo improprio, secondo le tendenze giurisprudenziali esaminate nel precedente capitolo, ci si propone in questa sede di verificare se nel d.lgs. 231/2001 si rinvenivano o meno i requisiti per la configurabilità di posizioni di garanzia in capo ai principali organi societari di controllo o se essi possano essere posti dai modelli di organizzazione, gestione e controllo.

Poiché la connessione tra responsabilità da reato delle persone giuridiche e doveri organizzativi è soluzione adottata sulla scia delle esperienze di altri ordinamenti, in particolare di quello statunitense e, sotto il profilo dogmatico, di quello tedesco, seppur

⁵⁵³ TIEDEMANN K., *Die "Beußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., 1172; ID., *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., 165. Nello stesso senso appare orientata la giurisprudenza tedesca a far data dalla sentenza BGH, 06.07.1990, 2-StR 549/89; BGH, 13.11.1970, 1 StR 412/70.

⁵⁵⁴ PALIERO C.E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 170. Si rinvia inoltre al capitolo I, § 1.2.1..

⁵⁵⁵ Sul punto si richiama la stessa relazione al d.lgs. 231/2001, § 3.3, ove si afferma esplicitamente la scelta di attribuire rilevanza agli obblighi organizzativi e quindi alla violazione di un dovere. E' una forma di colpevolezza puramente normativa. Sul punto si veda inoltre CENTONZE F., *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. 231 del 2000. Il problema dell'importazione dei compliance programs nell'ordinamento italiano*, 232. Nondimeno, osserva ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, Riv. soc., 2002, 409, come per garantire che il parametro della colpevolezza non rimanga un pretesto per punire indiscriminatamente l'ente, è necessario uno specifico legame causale tra la violazione organizzativa e il singolo fatto criminoso.

⁵⁵⁶ ALESSANDRI A., *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. Comm.*, 2002, 540, il quale rileva come la previsione o specificazione di ogni compito in capo ad organi societari apra la strada a responsabilità per il corrispondente omesso esercizio, salva la necessità di accertare accanto all'obbligo di agire un potere espressivo di un vero e proprio dominio sugli accadimenti.

con rilevanti differenze⁵⁵⁷, l'inquadramento della tematica in una cornice di carattere internazionale si rivelerà utile all'indagine sull'impatto del sistema di responsabilità da reato degli enti sull'estensione/creazione delle posizioni di garanzia degli organi societari con funzioni di controllo.

4.2 *Obblighi organizzativi, compliance programs e responsabilità da reato delle persone giuridiche nella prevenzione del crimine economico: una "moda" nell'era della globalizzazione.*

I doveri organizzativi, finalizzati alla prevenzione dell'illegalità d'impresa, assumono crescente rilevanza nei sistemi economici occidentali: gli Stati, infatti, dinnanzi alla complessità dei mercati e delle singole realtà aziendali, rinunciano ad un controllo "in prima linea" della conformità normativa delle attività imprenditoriali. Avvalendosi della struttura operativa delle stesse aziende e sfruttandone la superiorità conoscitiva, le pubbliche autorità riducono il proprio ruolo attivo nella prevenzione del crimine economico, delegando ai privati la minimizzazione del rischio di illeciti promananti dall'attività d'impresa, attraverso la predisposizione di controlli interni per la loro rilevazione e l'adozione di misure inibitorie o sanzionatorie nei confronti dei responsabili di condotte riprovevoli⁵⁵⁸.

L'apparato pubblico interviene eventualmente e solo in un secondo momento, al fine di accertare e punire l'atteggiamento noncurante o sprezzante dell'ente, che sfocia nel difetto organizzativo e, da esso, nella realizzazione del reato, mediante l'attribuzione alla persona giuridica di responsabilità di natura penale, para-penale o amministrativa⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ In questo senso, ALESSANDRI A., *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, cit., 545.

⁵⁵⁸ FORTI G., *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, in CATENACCI M.-MARCIONI G. (a cura di) *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, cit., 19; CAPUTO M., *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁵⁹ SIEBER U., *Compliance Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*, in (a cura di) SIEBER U., DANNECKER G., KINDHÄUSER U., VOGEL J., WALTER T., *Festschrift für Klaus Tiedemann*, cit., 460, il quale delinea tre distinte forme di regolamentazione delle attività economiche, a seconda della provenienza delle norme. Si parla, quindi, di *Selbstregulierung* dell'economia in quegli ordinamenti che confidano nell'autoregolamentazione dei mercati e dei loro operatori. Viceversa, qualora lo Stato si limiti a fornire delle norme più o meno dettagliate sui compiti o sulle strutture che costituiscono un incentivo per l'autoregolamentazione, come nella materia in esame, si parla di *Ko-Regulierung* o di autoregolamentazione regolamentata (*regulierte Selbstregulierung o enforced self-regulation*). Infine una *staatliche Regulierung* si riscontra nei modelli più accentrati, in cui è lo Stato a disciplinare integralmente lo svolgimento delle attività d'impresa secondo modalità che consentano di prevenire il crimine. Sullo stesso tema, si veda anche KUHLEN L., *Grundfragen von*

Nella maggioranza dei Paesi che conoscono meccanismi di responsabilizzazione degli enti per i reati commessi nell'ambito delle loro attività, la carenza organizzativa e preventiva, l'*Organisationsverschulden*, funge quindi da elemento costitutivo dell'illecito imputabile alla persona giuridica⁵⁶⁰.

L'originario modello di imputazione diretta del fatto all'ente, basato sul criterio di rappresentanza (*vicarious liability*) o su quello dell'immedesimazione (*alter ego doctrine*)⁵⁶¹, coniato nei Paesi anglosassoni e tuttora applicato "senza contaminazioni" nel sistema francese (c.d. responsabilità *par ricochet*)⁵⁶² non appare più adeguato alle istanze di personalizzazione della risposta punitiva⁵⁶³, pur quando rivolta a soggetti collettivi, cui non sia riferibile un atteggiamento psicologico in senso stretto⁵⁶⁴.

Per contro, il rispetto del principio di personalità è garantito dalla previsione di una risposta afflittiva soltanto nei confronti dell'ente che abbia favorito la commissione del reato ed offerto un fertile terreno di coltura alla criminalità d'impresa, omettendo l'adozione ed attuazione di strumenti preventivi e versando nel *deficit* organizzativo.

Compliance und Strafrecht, in (a cura di) KUHLEN L., KUDLICH H., ORTIZ DE URBINA I., *Compliance und Strafrecht*, cit., 17 ss.

⁵⁶⁰ NIETO MARTIN A., *Grundlegende Probleme von Compliance und Strafrecht*, in (a cura di) KUHLEN L., KUDLICH H., ORTIZ DE URBINA I., *Compliance und Strafrecht*, Heidelberg, München, Frechen, Hamburg, 2013, 37.

⁵⁶¹ Per una distinzione tra i due criteri si rinvia a ENGELHART M., *Verbandsverantwortlichkeit – Dogmatik und Rechtsvergleichung*, in *NZWiSt*, 2015, 204. In base al criterio della rappresentanza vengono imputati all'ente tanto il fatto di reato, quanto l'elemento soggettivo dell'agente-persona fisica, in quanto l'ente partecipa ai traffici giuridici solo per il tramite dei suoi membri. Viceversa, secondo la teoria dell'immedesimazione, le persone fisiche che operano nell'ente ne sono elementi organici, costitutivi, la cui volontà e le cui azioni sono direttamente riferibili all'ente.

⁵⁶² CENTONZE F., *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei compliance programs nell'ordinamento italiano*, cit., 223. Seguono lo stesso modello altresì l'ordinamento croato, quello finlandese e quello belga.

⁵⁶³ ENGELHART M., *Verbandsverantwortlichkeit – Dogmatik und Rechtsvergleichung*, cit., 204 ss., rileva la diffusione di modelli differenti da quello dell'*Individualtat*, ovvero basato sulla mera commissione di un delitto ad opera di un qualsiasi appartenente all'impresa. Per contro sempre più diffusa è la richiesta di ulteriori elementi personalizzanti il fatto rispetto all'ente, quali la commissione nell'ambito dell'attività di impresa o da parte di membri di organi dotati di rappresentanza o con funzioni dirigenziali.

⁵⁶⁴ NIETO MARTIN A., *Grundlegende Probleme von Compliance und Strafrecht*, in (a cura di) KUHLEN L., KUDLICH H., ORTIZ DE URBINA I., *Compliance und Strafrecht*, cit., 37. La responsabilità delle persone giuridiche non può fondarsi sui medesimi requisiti di quella individuale (fatto tipico, antiggiuridico, colpevole e punibile), in quanto questi ultimi, specialmente i requisiti di carattere soggettivo, sono incompatibili con un ente di tipo collettivo. Tuttavia attribuire alla persona giuridica il fatto di quella fisica tramite cui agisce, da un lato esclude la responsabilità dell'ente per il fatto di reato di tutti i suoi operatori che siano privi di poteri decisionali e di rappresentanza, non potendo l'ente immedesimarsi nell'azione di questi, che non contribuiscono alla formazione delle relative politiche. In secondo luogo, il criterio dell'immedesimazione appare poco calzante nelle realtà complesse, ove non essendo il governo della società nelle mani di un unico o di pochi interessati, non sempre l'azione criminosa del singolo apicale corrisponde agli indirizzi adottati dal management nel suo complesso. Si rinvia inoltre alle osservazioni espresse al capitolo 1, nota n. 110.

In altre parole, le opposte esigenze di prevenzione degli illeciti penali attraverso la responsabilizzazione delle persone giuridiche e il rispetto dei principi costituzionali in materia penale, propri di numerose tradizioni costituzionali, si conciliano nel connubio tra diritto penale e *compliance*⁵⁶⁵.

Nel linguaggio economico e giuridico inglese tale termine significa letteralmente “ubbidienza alle regole”, “conformità” alle prescrizioni rivolte all’impresa e ai suoi dipendenti⁵⁶⁶.

Con l’affermarsi della prevenzione privata dell’illiceità, l’uso del termine *compliance*, evocativo di una passiva osservanza delle norme, ha assunto tuttavia una connotazione più dinamica, di adeguamento della struttura e delle attività aziendali alle pretese dell’ordinamento mediante l’adozione di misure necessarie a garantire il rispetto delle regole provenienti dall’esterno, la scoperta tempestiva di eventuali violazioni e la loro repressione⁵⁶⁷. Per *compliance* si intende, inoltre, la funzione stessa di controllo sulla conformità normativa dell’*agere* imprenditoriale, nonché il personale incaricato di tale funzione⁵⁶⁸.

Benché i doveri di *compliance* possano abbracciare qualunque settore normativo rivolto all’impresa⁵⁶⁹, si intende considerare in questa sede esclusivamente la *compliance*

⁵⁶⁵ NIETO MARTIN A., *Grundlegende Probleme von Compliance und Strafrecht*, in (a cura di) KUHLEN L., KUDLICH H., ORTIZ DE URBINA I., *Compliance und Strafrecht*, cit., 27, 36 s.; ID., *Cosmetic Use and Lack of precision in compliance programs: Any Solution*, in *Eu crim*, 2012, 124.

⁵⁶⁶ FORTI G., *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, in CATENACCI M.-MARCONI G. (a cura di) *Temi di diritto penale dell’economia e dell’ambiente*, cit., inoltre, individua una radice latina “complire”, parola presente anche nella lingua italiana, sebbene desueta, dal duplice significato di compiere e fare dei complimenti; MANACORDA S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell’economia?*, in *Le società*, 2015, 473. Nella copiosa letteratura tedesca sul tema, BOCK D., *Criminal Compliance*, Baden Baden, 2011, 147, 163, 278; ID., *Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtssicherheit*, in *Wistra* 2011, 201; BOTTKE W., *Compliance – Oder: Normbefolgungsbereitschaft von und in Unternehmen. Zur Wirksamkeit von freiwilligen Selbstverpflichtungen und staatlichen Sanktionen*, in (a cura di) JAHN M., KUDLICH H., STRENG F., *Strafrechtpraxis und Reform. Festschrift für H. Stockel*, Berlin, 2010, 43 s.; HAUSCHKA E., *Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management?*, in *NJW*, 2004, 260; 57; RATHGEBER C., *Criminal Compliance. Kriminalpreventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*, Baden Baden, 2012, 26, 252; RAU C., *Compliance und strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit*, Frankfurt am Main, 2010, 20.

⁵⁶⁷ MANACORDA S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell’economia?*, cit., 473.

⁵⁶⁸ BIANCHI F., *La funzione di compliance e il modello 231*, in *Resp. amm.soc. enti*, 2010, 13 ss.

⁵⁶⁹ RATHGEBER C., *Criminal Compliance. Kriminalpreventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*, cit., 29; NIETO MARTIN A., *Grundlegende Probleme von Compliance und Strafrecht*, in (a cura di) KUHLEN L., KUDLICH H., ORTIZ DE URBINA I., *Compliance und Strafrecht*, cit., 29, il quale osserva come specifici meccanismi di controllo vengano imposti dalle legislazioni ad

penalistica, ovvero l'insieme degli obblighi organizzativi funzionali alla prevenzione di illeciti penali e i dispositivi che ne consentono l'adempimento⁵⁷⁰, cui sempre più diffusamente viene collegata la responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche, quale incentivo al superamento dell'anomia organizzativa.

In taluni ordinamenti i doveri legislativi di organizzazione preventiva di illeciti assumono formulazioni generiche e solo parziale rilevanza in ordine alla responsabilità dell'ente o delle persone fisiche per esso operanti⁵⁷¹. Si pensi, ad esempio, alla *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* austriaca, in cui al § 3, Abs. 2, n. 2 l'omessa adozione di misure preventive di carattere tecnico, organizzativo o personale da parte dei dirigenti costituisce il presupposto di imputazione all'ente del reato commesso dai dipendenti⁵⁷². Analogamente, in Svizzera, Australia e Canada⁵⁷³ nonché in Germania, ove la principale norma di *criminal compliance* vigente (il § 130 OWiG)⁵⁷⁴, al fine di attribuire all'imprenditore o ai suoi rappresentanti responsabilità da illecito amministrativo conseguente a reato, richiede la mancata adozione di non meglio specificate "misure",

esempio in materia di riciclaggio, di sicurezza sul lavoro, di protezione dei dati, di abuso dei mercati, di tutela dell'ambiente, nonché nell'ambito della stessa *corporate governance*, che impone l'implementazione di un insieme di *checks & balances* per garantire un controllo della proprietà e di altri portatori di interessi rilevanti sulla gestione.

⁵⁷⁰ BOCK D., *Criminal Compliance*, cit., 21; MANACORDA S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, cit., 473.

⁵⁷¹ NIETO MARTIN A., *Grundlegende Probleme von Compliance und Strafrecht*, in (a cura di) KUHLEN L., KUDLICH H., ORTIZ DE URBINA I., *Compliance und Strafrecht*, cit., 35 osserva che, stante la funzione esimente o attenuante la responsabilità dell'ente, più coerente al principio di legalità in materia penale è la previsione degli elementi essenziali che consentano di ritenere adempiuti i doveri di *compliance*.

⁵⁷² Più approfonditamente sul sistema di responsabilità penale degli enti in Austria, si rinvia a ZERBES I., *Verantwortlichkeit für Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven in Österreich*, in (a cura di) SIEBER U., CORNILS K., *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Vol. IV, Berlin, 2010, 434, 443. Prima della recentissima riforma del luglio 2015, anche in Spagna l'art. 31 bis, comma 4 del *codigo penal* richiedeva, ai fini di una riduzione della sanzione da infliggere all'ente per il reato commesso da rappresentanti legali o amministratori o dai dipendenti per carenza del controllo dei primi, semplici "*medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos*", ovvero generiche misure efficaci per la prevenzione e la scoperta di illeciti. DE LA CUESTA J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 14 ss.. Come si vedrà *infra*, il rischio che la responsabilità delle persone giuridiche potesse essere regolata dal criterio dell'immedesimazione, con conseguente rischio di incompatibilità di tale forma di responsabilità con il principio di colpevolezza, soprattutto con riguardo al reato degli apicali, rispetto a cui non era previsto alcun presupposto di colpevolezza dell'ente, ha spinto il legislatore spagnolo ad una radicale riforma dei criteri in base ai quali un fatto di reato può essere imputato all'ente, prevedendo tra gli altri, con formulazione assai simile all'art. 6 d.lgs. 231/2001, la mancata adozione o efficace attuazione di modelli di organizzazione e gestione, dal contenuto definito al comma 5 del medesimo art. 31 bis CP.

⁵⁷³ Si rinvia rispettivamente al Commonwealth Criminal Code Act, Section 12.3.2, lett. c) e d) e al Canadian Criminal Code, Section 22.2 (c), Section 718.21.

⁵⁷⁴ KUHLEN L., *Grundfragen von Compliance und Strafrecht*, in (a cura di) KUHLEN L., KUDLICH H., ORTIZ DE URBINA I., *Compliance und Strafrecht*, cit., 6.

che avrebbero impedito od ostacolato la commissione del reato realizzato nell'esercizio dell'attività dell'ente⁵⁷⁵.

In altri ordinamenti, invece, il legislatore prevede espressamente l'adozione di uno specifico "supporto materiale" del dovere organizzativo in funzione di prevenzione dei reati: i *compliance programs*⁵⁷⁶, la cui efficacia e concreta attuazione incidono sul giudizio circa la "colpevolezza" dell'ente, permettendogli di schivare o quanto meno di attenuare gli effetti della responsabilità da reato.

I *compliance programs* furono introdotti nell'ordinamento federale degli Stati Uniti d'America dalle *Sentencing Guidelines* del 1991⁵⁷⁷, che li prevedono tra le circostanze attenuanti la pena irrogabile alla persona giuridica nell'ambito della cui attività sia stato commesso un reato. Le stesse linee guida, al § 8 B 2.1., li definiscono come insieme di regole e procedure volte a prevenire e scoprire condotte criminose e a promuovere una cultura di impresa che incoraggi comportamenti eticamente corretti e l'impegno al rispetto delle leggi⁵⁷⁸.

I *compliance programs* hanno poi conosciuto un'ampia diffusione nelle legislazioni di altri Paesi occidentali. A titolo esemplificativo, si è mosso in questo senso il nostro ordinamento, ma anche quello spagnolo che, a seguito della recentissima novella dell'art. 131 bis del *codigo penal*, ha introdotto un sistema di responsabilità da reato degli enti che sembra ricalcare, nei suoi presupposti, quello delineato nel d.lgs. 231/2001⁵⁷⁹. Similmente in Cile, ove la legge 20.393 del 2009, all'art. 3 § 3, subordina all'adozione di *modelos de organización, administración y supervisión* per la prevenzione di reati dello stesso tipo di quello commesso, la presunzione dell'adempimento dei doveri di direzione e supervisione gravanti sugli apicali e, con ciò, l'esenzione da

⁵⁷⁵ Si rinvia sul punto al capitolo 3, § 3.4.2

⁵⁷⁶ PALIERO C.E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 173

⁵⁷⁷ Sul punto, più approfonditamente *infra*.

⁵⁷⁸ US Sentencing Guidelines Manual, 8 B2.1. *Effective Compliance and Ethics Program*, 499, disponibile al sito <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/guidelines-manual>. In base alla previsione richiamata, infatti, per avere un efficace *compliance program* e codice etico, l'organizzazione deve prevenire e rilevare con diligenza condotte criminose (*exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct*) e in ogni caso promuovere una cultura aziendale eticamente corretta (*otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law*), i quali compiti richiedono l'adozione di "*standards and procedures*" per la prevenzione e scoperta del crimine.

⁵⁷⁹ Per un primo commento si rinvia alla lettura di LASCURAIN J. A., *La reforma del Artículo 31 bis del Código Penal: dos bodas y algun funeral*, in www.almacenderecho.org

responsabilità dell'ente per impossibilità di muovere alla persona giuridica un rimprovero di colpevolezza⁵⁸⁰.

Del tutto peculiare è poi il caso dell'ordinamento inglese, in cui la disciplina della responsabilità penale degli enti appare complessa in ragione dell'intreccio tra *common law* e *statutory law* da un lato e della varietà delle fattispecie penalmente rilevanti dall'altro.

In linea generale viene ivi riconosciuta una forma di responsabilità diretta dell'ente, fondantesi sulla teoria della immedesimazione, per le fattispecie, poste in essere dagli apicali o dai rappresentanti della persona giuridica (*high ranking corporate officials*), che richiedano la *mens rea* dell'autore tra i propri elementi costitutivi, e di responsabilità per rappresentanza (*vicarious liability*), per le fattispecie prive di elemento soggettivo (*strict liability offences*)⁵⁸¹.

Nondimeno, in talune ipotesi è la legge stessa a prevedere la responsabilità dell'ente in relazione a specifici delitti. Così nel 2008 è stato introdotto il reato di "omicidio d'impresa" mediante il *Corporate Homicide and Corporate Manslaughter Act*, che ha tipizzato il fatto della morte di un dipendente cagionato dalle modalità di organizzazione e di gestione dell'azienda, concretizzantesi nella grave violazione di un dovere di diligenza e protezione nei confronti del lavoratore⁵⁸².

Con tale scelta, il legislatore inglese ha coniato una nuova fattispecie, che valorizza il momento organizzativo quale fattore determinante o escludente la responsabilità dell'ente, unico soggetto attivo: la giuria dovrà infatti ritenere provato il fallimento dell'organizzazione dell'impresa nel garantire il rispetto della legislazione sulla salute e sicurezza dei lavoratori, esplicando così un'efficacia causale rispetto alla violazione del

⁵⁸⁰ GANDINI F., *La circolazione del modello 231: la responsabilità da reato delle persone giuridiche in Cile*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 51.

⁵⁸¹ Inoltre il *Companies Act* del 1985 e quello del 2006, unitamente all'*Insolvency Act* del 1986 e successive modifiche, prevedono una serie di fattispecie penalmente rilevanti, consistenti nella violazione dei doveri posti in capo alle società a tutela di beni giuridici strettamente connessi all'attività di impresa, quali la trasparenza, l'onestà, la consistenza patrimoniale (*companies offences*). La violazione di tali doveri si riflette in sanzioni sia per le persone fisiche che la persona giuridica stessa. Per una panoramica dei numerosi profili della responsabilità delle persone giuridiche nell'ordinamento si rinvia a PINTO A., EVANS M., *Corporate criminal liability*, New York, 2013, 15 ss., 263; CENTONZE F., *Regolamentazione della criminalità d'impresa*, cit., 224; FORSTER S., *Verantwortlichkeit für Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven in England and Wales*, in (a cura di) SIEBER U., CORNILS K., *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Vol. IV, Berlin, 2010, 378 ss; Engelhart M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, Berlin, 2012, 73 ss..

⁵⁸² DE SIMONE G., *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in AAVV, *Studi in onore di Romano M.*, cit., 1905

dovere di protezione che ha determinato la morte della vittima⁵⁸³. Indirettamente, quindi, viene incoraggiata una virtuosa organizzazione dell'impresa, in funzione di prevenzione degli infortuni sul lavoro, senza che sia indicato alcun parametro o strumento materiale, la cui adozione consenta di ritenere rispettato il dovere di gestione e riorganizzazione dell'azienda.

Nel 2010, poi, con il *Bribery Act*, l'ordinamento britannico ha fatto fronte ai doveri internazionali di contrasto alla corruzione⁵⁸⁴, prevedendo espressamente la responsabilità penale per le organizzazioni commerciali i cui operatori commettano una delle indicate fattispecie corruttive. A differenza del precedente *Corporate Homicide and Manslaughter Act*, con l'atto legislativo in esame è stata prevista alla *Section 7* quale piena *defense* (causa di esclusione della responsabilità) l'adozione di “*adequate procedures*”, procedure adeguate a prevenire la commissione dei reati interessati, per l'elaborazione delle quali il ministero della giustizia emanò l'anno seguente delle linee guida contenenti sei principi e una serie di possibili contenuti che le stesse possono assumere⁵⁸⁵.

Tutte le discipline legislative, sopra richiamate ad esemplificazione dell'intervento statale in materia di *criminal compliance*, contengono disposizioni di carattere generale in ordine al contenuto che i *compliance programs* devono assumere per superare il vaglio di idoneità, efficacia o adeguatezza necessarie all'esclusione della responsabilità dell'ente o alla diminuzione della sanzione irrogabile nei suoi confronti.

Da un'analisi comparata delle varie normative è possibile enucleare sette macrogruppi di disposizioni, ai quali si è meramente accennato nel primo capitolo in relazione alla disciplina del d.lgs. 231/2001 e che in questa sede verranno analizzati più approfonditamente, sì da comprendere quali oneri comporti l'organizzazione dell'impresa in funzione di prevenzione dei reati e in quali nuovi compiti essi si

⁵⁸³ CENTONZE F., *Regolamentazione della criminalità d'impresa*, cit., 225; FORSTER S., *Verantwortlichkeit für Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven in England and Wales*, in (a cura di) SIEBER U., CORNILS K., *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, 383.

⁵⁸⁴ *Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*, in www.justice.gov.uk

⁵⁸⁵ Sul punto, approfonditamente MORETTI M., MONTERISI M., BELFIORE G., *La disciplina della responsabilità degli enti in UK: profili applicativi ed extraterritorialità del Bribery Act 2010. L'impatto sulle società italiane operanti nel Regno Unito e sulle società inglesi operanti in Italia*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 75 ss..

traducano per gli organi tenuti alla realizzazione e al controllo del sistema di *compliance*.

1) Innanzitutto è dato riscontrare la necessità del compimento di un'attività di *risk assessment* o “mappatura dei rischi”, preliminare e propedeutica sia alla redazione che all'aggiornamento dei programmi e pertanto da eseguire con cadenza periodica⁵⁸⁶. Si tratta della individuazione delle modalità con cui la legge penale può essere violata nei diversi contesti operativi dell'azienda. Alla mappatura dei rischi deve seguire la *gap analysis*, ovvero una valutazione della differenza circa il sistema di controlli e di procedure preventive in atto e il programma ideale, ovvero come dovrebbe essere per garantire la riduzione del rischio⁵⁸⁷. L'attività di *risk assessment* è opportuno sia supervisionata dal *top management*, previa individuazione delle risorse, soprattutto informative, necessarie a rilevare i rischi interni ed esterni, legati alle attività ricorrenti od occasionali dell'impresa. Con riferimento a quest'ultime, sarà inoltre opportuno l'esercizio di una *due diligence*, ovvero di un'indagine sul conto della controparte con cui vengono condotte trattative o svolta una determinata operazione (in tal senso in particolare⁵⁸⁸).

2) Individuati i rischi e le attività in cui essi si annidano, fa seguito la costruzione dei programmi e cioè, essenzialmente, l'elaborazione dei protocolli e delle procedure, manuali ed informatiche, da seguire nello svolgimento delle attività afferenti all'impresa, che i responsabili delle aree a rischio contribuiscono ad individuare, indicando le discipline che appaiono più idonee a governare il rischio-reato⁵⁸⁹. Allo scopo risulta utile la delineazione di un sistema di ripartizione delle responsabilità, delle linee gerarchiche e soprattutto la frammentazione dei compiti di autorizzazione-

⁵⁸⁶ US Sentencing Guidelines Manual, §8 B2.1 c), cit., 508 ; art. 6, comma 2 lett. a) d.lgs. 231/2001; art. 4, § 3, lett. a) ley 20.393, in www.leychile.cl; art. 5, comma 1, n. 1 *codigo penal* spagnolo, in https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1; Bribery Act Guidance, Principle 3 in <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>

⁵⁸⁷ PRESUTTI A, BERNASCONI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, 96.

⁵⁸⁸ Bribery Act Guidance, Principle 3, in <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>; MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, in *Houston Journal of International Law*, 2010-2011, Vol. 33:3, 573.

⁵⁸⁹ US Sentencing Guidelines Manual, §8 B2.2 b) n. 1, cit. 507. Sul punto in particolare, ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, Berlin, 2012, 165; art. 6, comma 2 lett. b); art. 5, comma 1, n. 2 *codigo penal* in https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1; art. 4, § 3, lett. b) ley 20.393, in www.leychile.cl

esecuzione-controllo dell'attività a rischio. Al potere di autorizzazione deve fare da contrappeso una responsabilità proporzionata all'importanza economica dell'operazione che può autorizzare, sulla quale dunque dispone di potere decisionale⁵⁹⁰.

Tuttavia, poiché l'obiettivo principale dei programmi è rendere le attività ed operazioni societarie più facilmente controllabili, si necessita di un sistema che consenta il rilievo di anomalie e l'allerta al verificarsi delle stesse. All'uopo può essere predeterminata una serie di indicatori delle tipologie di rischi più elevati, il riscontro dei quali comporta l'obbligo dell'incaricato di un certo settore di avvisare i vertici o altro organo preposto al controllo. Transazioni di rilevante valore possono essere soggette ad una pluralità di fasi di approvazione da parte di più comitati o gruppi di responsabili. Attraverso il potenziamento dei meccanismi di controllo contabile preesistenti, sono rilevabili eventuali irregolarità nella tenuta dei libri, finalizzata alla commissione di evasioni fiscali⁵⁹¹. Infine, per contrastare il reato di corruzione può rivelarsi sufficiente la predeterminazione e comunicazione delle politiche dell'azienda in relazione a regali, donazioni caritatevoli, contributi ai partiti politici, spese di viaggio, in modo da rendere facilmente riscontrabile l'abuso o la distrazione di somme di denaro per scopi diversi da quelli dichiarati⁵⁹².

In relazione ad alcune fattispecie è inoltre possibile ricorrere a procedure automatizzate. Ad esempio, in caso di riciclaggio bancario può rivelarsi utile la predisposizione di software che segnalino automaticamente lo svolgimento di operazioni anomale, ovvero sopra una certa soglia, da parte dei clienti e quindi consentire l'intervento delle autorità interne degli istituti di credito o anche delle autorità di vigilanza esterne⁵⁹³.

3) Un ulteriore aspetto rilevante nella formulazione dei *compliance programs*, soprattutto in ambito anglosassone, meno nelle legislazioni latine, è l'accento posto sul coinvolgimento dei *top managers* nell'attuazione e nella tenuta del sistema di *criminal compliance*. In base alle *Sentencing Guidelines* americane, ad esempio, gli

⁵⁹⁰ PRESUTTI A, BERNASCONI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., 97; Bribery Act Guidance, Principle 1, in <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

⁵⁹¹ MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, in *Houston Journal of International Law*, cit., 570.

⁵⁹² Bribery Act Guidance, Principle 1 in <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Nello stesso senso, con riferimento alle disposizioni più frequenti circa i modelli di prevenzione, riscontrate nei *non prosecution agreements* e nei *deferred prosecution agreements* si rinvia a MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, in cit., 570.

⁵⁹³ PRESUTTI A, BERNASCONI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., 97.

amministratori devono avere conoscenza delle regole costituenti il nucleo dei programmi e rispettarle in modo da essere d'esempio per tutti i dipendenti⁵⁹⁴. Essi, inoltre, sono responsabili della redazione e del controllo sull'efficacia e sull'osservanza dei modelli stessi. Tale responsabilità dovrebbe essere attribuita integralmente ad uno o più componenti del *board*, che a loro volta delegano a persone stabilmente incaricate (*compliance officer o manager*) l'attuazione quotidiana e la sorveglianza dei programmi⁵⁹⁵.

La legge cilena sulla responsabilità da reato delle persone giuridiche prevede direttamente che la responsabilità per il funzionamento e la supervisione dei modelli sia attribuita ad un "incaricato della prevenzione", autonomo rispetto all'amministrazione e dotato di mezzi e facoltà per l'adempimento dei suoi incarichi⁵⁹⁶. Analogamente, il d.lgs. 231/2001 e il codice penale spagnolo attribuiscono le funzioni di vigilanza sul funzionamento ed il rispetto dei modelli di organizzazione e gestione ad un apposito organo di vigilanza⁵⁹⁷.

4) Se il management deve essere coinvolto in prima linea nella diffusione di una cultura etica all'interno dell'impresa, nondimeno occupa una posizione di primo piano nei modelli la previsione delle modalità di comunicazione delle regole in essi contenute e di formazione del personale al fine di favorirne il rispetto⁵⁹⁸. In particolare, i dipendenti devono essere costantemente informati circa il contenuto dei modelli adottati e le relative modifiche, mediante i mezzi più vari: riunioni, colloqui personali coi dipendenti, relazioni, diffusione di materiale scritto, pubblicazioni⁵⁹⁹. Devono ricevere inoltre una specifica formazione che consenta loro di riconoscere eventuali segnali

⁵⁹⁴US Sentencing Guidelines Manual, §8 B2.2 b), 2 A-C); Bribery Act Guidance, Principle 2, in <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>, ove si riconosce che i managers ai più alti livelli sono i soggetti che più di altri possono instillare la cultura dell'integrità nella lotta contro la corruzione.

⁵⁹⁵ ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 169; MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, in cit., 571, i quali rilevano come negli accordi con le procure americane la designazione di un *Chief Compliance Officer* normalmente interessa uno dei dirigenti più anziani, il quale, pur essendo necessariamente in posizione di indipendenza rispetto al management, deve non di meno poter godere del pieno supporto delle risorse della società, nonché di un filo di comunicazione diretta con il *board*.

⁵⁹⁶ art. 4, §§ 1 e 2.

⁵⁹⁷ art. 6, comma 1, lett. b) d.lgs. 231/2001; art. 31 bis, comma 2, n. 2 codice penal.

⁵⁹⁸ US Sentencing Guidelines Manual, §8 B2.2 b),4), cit. 507; MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, cit., 570.

⁵⁹⁹ ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 170.

d'allarme e di riportarli agli organi di controllo, senza il timore di rappresaglie nei loro confronti⁶⁰⁰.

5) Lo scopo preventivo si nutre, infatti, dei mezzi di scoperta degli illeciti prima che essi giungano a consumazione. Perciò imprescindibile in ogni sistema di *criminal compliance* è la predisposizione di un sistema di flussi di informazione, che consentano la circolazione di notizie circa la violazione delle regole protocollari e l'emersione del rischio di commissione di reati. In tal senso, dunque, fondamentale è la previsione di obblighi di informazione, in capo ai responsabili delle aree a rischio, verso gli incaricati della funzione *compliance* o, come nel nostro sistema, nei confronti degli organi preposti alla sorveglianza sul funzionamento ed osservanza dei programmi⁶⁰¹. Le linee guida di categoria o governative per la costruzione dei modelli suggeriscono inoltre la previsione di sistemi di tutela dei c.d. *whistleblowers*, di quanti cioè scelgono di "soffiare il fischietto", ovvero di denunciare fatti o anche semplici sospetti della commissione di illeciti agli organi o funzionari competenti⁶⁰². Anche in Paesi in cui la diffusione dei modelli di prevenzione è avvenuta nella prassi, senza alcun impulso da parte del legislatore, accanto al potenziamento dei meccanismi di controllo interno, si assiste all'introduzione di figure di riferimento per la comunicazione anonima ed in forma confidenziale di sospetti e riscontrate irregolarità, nonché di vere e proprie linee telefoniche che consentono al *whistleblower* di farsi avanti senza esporsi personalmente (*whistle-blowing hotline*)⁶⁰³;

6) A garanzia dell'effettività del sistema di *compliance* così costruito, si richiede usualmente l'erezione di un apparato di controllo e valutazione sul funzionamento dei programmi di prevenzione⁶⁰⁴, una sorta di controllo di terzo livello sull'efficacia dei

⁶⁰⁰ MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, cit., 570; Bribery Act Guidance, Principle 4, in <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

⁶⁰¹ art. 6, comma 2 lett. d) d.lgs. 231/2001. Sul punto altresì PRESUTTI A., BERNASCONI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., 98.

⁶⁰² Espressamente in tal senso le US Sentencing Guidelines Manual, §8 B2.2 b), 5. Sulla protezione dei whistleblowers accordata dal Sarbanes-Oxley-Act si veda C. DWORKIN T.M., *Sox and whistleblowing*, in, *Michigan Law Review*, 2007, 1757 ss. Sulla rilevanza di tale figura e sulla sua protezione nel nostro Paese si rinvia ad AMATO G., *Profili penalistici del Whistleblowing una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 549 ss.)

⁶⁰³ Ciò in particolare con riferimento all'ordinamento tedesco, come riportano ENGELHART M., SIEBER U., *Compliance programs for the prevention of economic crimes. An empirical survey of German companies*, Berlin, 2014, 68. Sul punto, inoltre, in (a cura di) KUHLEN L., KUDLICH H., ORTIZ DE URBINA L., *Compliance und Strafrecht*, Heidelberg, 2013, 64.

⁶⁰⁴ US Sentencing Guidelines Manual, §8 B2.2 b), 5; art. 6, comma 1 lett. b) d.lgs. 231/2001; art. 31 bis, comma 2, n. 2.

controlli interni⁶⁰⁵, avente ad oggetto cioè i processi di monitoraggio istituiti per scongiurare il rischio reato, l'impegno dei responsabili di settore nello svolgimento dei compiti di supervisione dei protocolli, l'adeguatezza della strumentazione di supporto per il rispetto del modello, nonché la promozione dell'aggiornamento dei modelli nelle ipotesi di fisiologico mutamento o ampliamento delle attività dell'ente, con conseguente insorgere di nuovi rischi, ovvero in caso di fallimento dei protocolli così come elaborati⁶⁰⁶. Perciò deve trattarsi di un monitoraggio continuativo dello stato della prevenzione nella singola realtà societaria⁶⁰⁷.

7) Al fine di evitare violazioni del modello e favorire la più ampia adesione alla cultura etica di impresa, le legislazioni prevedono tutte la predisposizione di un sistema di sanzioni interne per i trasgressori delle regole protocollari e di comportamento e, per contro, di incentivi al rispetto delle stesse⁶⁰⁸. In quanto alle sanzioni, esse devono avere natura disciplinare ed essere compatibili con la disciplina giuslavoristica nazionale. A tal fine, si suggerisce di riportare un catalogo delle violazioni corredate dalla rispettiva sanzione, che al contempo sia rispettoso delle prerogative degli organi societari⁶⁰⁹. Preferibilmente le sanzioni devono essere proporzionate alla gravità del comportamento tenuto e rivolgersi non soltanto a chi commette il reato, ma anche a chi si limita all'inosservanza delle regole poste dai programmi. L'assenza di specifiche previsioni ha consentito la predisposizione nella prassi di molteplici categorie di sanzioni che vanno dalla chiamata al colloquio, al richiamo, al dovere di partecipare a determinati corsi di formazione, a quello di risarcire danni o restituire denaro o altro, se dalla violazione siano dipese diminuzioni patrimoniali, sino all'avvertimento formale, all'esclusione da

⁶⁰⁵ PRESUTTI A, BERNASCONI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., 154, individuano tre livelli di controlli. Al primo livello si collocano i controlli sul corretto svolgimento delle operazioni, svolti principalmente dalle strutture produttive o dai *back office*, talora con l'ausilio di dell'informatica. Al secondo livello si collocano controlli non sulle attività operative, ma sugli strumenti di rilievo dei rischi di varia natura, quali ad esempio la definizione dei metodi di misurazione dei rischi, l'individuazione delle idonee procedure per la prevenzione dei rischi rilevati e la richiesta della loro adozione, l'individuazione dei metodi per prevenire le operazioni di riciclaggio, la verifica di idoneità del sistema di controlli interni. Al terzo livello si collocano invece i controlli aventi ad oggetto il rispetto delle procedure e dei regolamenti, l'esistenza di andamenti anomali.

⁶⁰⁶ BASTIA P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in PALAZZO F. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del convegno di Firenze (15-16 marzo 2002), Padova, 2003, 58 s.

⁶⁰⁷ Sul punto infra in relazione alle funzioni del *compliance officer* negli ordinamenti statunitense e tedesco e dell'Organismo di Vigilanza in quello italiano.

⁶⁰⁸ US Sentencing Guidelines Manual, §8 B2.2 b), 5); art. 6, comma 2 lett. e) d. lgs. 231/2001; art. 31 bis, comma 5, n. 5 codice penal; Bribery Act Guidance, Principle 1, in <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance>

⁶⁰⁹ PRESUTTI A, BERNASCONI A., *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., 99.

benefici, al trasferimento, alla sospensione ed, in caso, al licenziamento o alla revoca dalla carica ricoperta all'interno della società⁶¹⁰.

Alla luce dell'analisi condotta, è possibile trarre le seguenti conclusioni. I *compliance programs* sono un prodotto di esportazione globale: dall'ordinamento americano essi hanno trovato rapida diffusione nelle legislazioni occidentali e anche in via di mero fatto nelle realtà aziendali di Paesi privi di apposite discipline⁶¹¹, stante l'esigenza di uniformare su scala internazionale la regolamentazione interna delle multinazionali e dei grandi gruppi⁶¹².

Dal punto di vista della natura giuridica, si è visto come essi siano strumenti di auto-normazione, volti a garantire l'osservanza di regole etero-normate: un esempio di *soft-law*, che coadiuva il diritto imperativo per eccellenza, quello penale, nella determinazione delle fattispecie di responsabilità collettiva⁶¹³.

Dal punto di vista contenutistico, invece, accanto al richiamo delle norme statuali che costituiscono la fonte di obblighi e divieti, cui l'impresa deve conformarsi, il nucleo centrale di tali programmi è rappresentato dai protocolli, ovvero dalle procedure di gestione e controllo volte alla minimizzazione dei rischi e alla scoperta degli illeciti. Tali procedure si sostanziano, a loro volta, nel monitoraggio operativo dell'attività

⁶¹⁰ ENGELHART M., SIEBER U., *Compliance programs for the prevention of economic crimes. An empirical survey of German companies*, cit., 82.

⁶¹¹ Sulla crescente rilevanza dei *compliance programs* nell'ordinamento tedesco, si rinvia alla ricerca empirica svolta da ENGELHART M., SIEBER U., *Compliance programs for the prevention of economic crimes. An empirical survey of German companies*, cit., 15 ss. Per una riflessione su una loro possibile rilevanza giuridica, si rinvia al § 4.2.2.

⁶¹² In senso critico, MANACORDA S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, cit., 473 rileva il rischio che la globalizzazione in questione non si traduca piuttosto in una "imperializzazione" del diritto penale, quale effetto dell'egemonia economica e per certi aspetti culturale del mondo nordamericano. In particolare, l'Autore esprime la preoccupazione che "non già il risultato di una codeterminazione democratica della norma giuridica ad opera di una pluralità di sistemi normativi collocati su un piano di tendenziale parità, quanto piuttosto il frutto dell'imporsi di una concezione unilaterale del diritto punitivo e della regolamentazione economica, emanazione di taluni ordinamenti giuridici dotati di una particolare forza economica e giuridica

⁶¹³ In questo senso MANACORDA S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, cit., 473 solleva il problema della compatibilità di tali strumenti con il carattere statale ed imperativo del diritto penale, destinato a perdere il carattere interamente eteronomo e la sola finalità di protezione dei beni giuridici rilevanti per l'ordinamento. Infatti, se nell'ottica statale la *Ko-Regulierung* ha come fine ultimo il rispetto delle norme rivolte all'impresa e, conseguentemente, la tutela dei valori in esse rappresentati, nell'ottica manageriale la *compliance* funge essenzialmente da strumento di minimizzazione del rischio di subire danni patrimoniali e reputazionali conseguenti alla violazione della legge penale e all'irrogazione di sanzioni, motivo per cui il rischio di non-compliance rientra a pieno titolo tra i rischi di gestione e come tale deve essere fronteggiato, divenendo così la tutela dei beni giuridici esterni un fine puramente mediato. Analogamente anche BOCK D., *Criminal Compliance*, cit., 19. Si rinvia inoltre al cap. 1, § 1.2.1.

d'impresa e in meccanismi di allerta. Pertanto l'obbligo organizzativo, gravante sul titolare dell'impresa o sui suoi gestori, ha ad oggetto l'adozione di un apparato di controllo di primo grado, di tipo operativo, e la predisposizione altresì di controlli di secondo grado, svolti da organismi indipendenti o da apposite funzioni aziendali, sull'efficacia ed il funzionamento del sistema di prevenzione⁶¹⁴.

In breve, l'implementazione della *compliance* punitiva, cristallizzata nei programmi, si regge interamente sulla controllabilità dell'attività di impresa e della sua organizzazione, cui consegue la moltiplicazione delle funzioni e dei poteri di controllo delle persone fisiche che operano per l'ente. Come si è più volte ribadito, la creazione di nuovi compiti in ambito societario dà adito alla possibilità di risponderne per il mancato esercizio, che, in sede penale, può rilevare in termini di responsabilità per reato omissivo improprio, ovvero per non aver impedito la commissione dell'illecito da parte di soggetti sottoposti al controllo e ai poteri comminatori del *gatekeeper*.

Poiché, come si è visto, i *compliance programs* sono un "prodotto di importazione" americano, appare ora opportuno condurre una breve disamina dello stato dell'arte nell'ordinamento d'origine, onde comprendere se il tentativo di adattare alle realtà aziendali italiane un istituto ad esse estraneo possa avere quale effetto collaterale l'espansione della responsabilità omissiva dei soggetti incaricati del controllo⁶¹⁵.

4.3 L'evoluzione della criminal compliance negli Stati Uniti. Profili di responsabilità penale collettiva e individuale.

Nell'ordinamento americano l'affermazione della punibilità delle persone giuridiche è antecedente alla nascita della *compliance*. Come noto, nel 1909 venne riconosciuta la responsabilità *ex crimine* degli enti nella causa *New York Central & Hudson River Rail Road*⁶¹⁶ sulla base del principio, di natura civilistica, del *respondeat superior*⁶¹⁷.

⁶¹⁴ Circa la necessità di adottare una struttura aggiuntiva che sia "*capace di garantire il controllo sull'attività dell'ente, che deve esprimersi in predeterminate modalità procedurali, garantendo verificabilità e chiarezza nella formazione e attuazione delle decisioni*" si veda altresì ALESSANDRI A., *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, cit., 543.

⁶¹⁵ Sul punto ALESSANDRI A., *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, cit., riconosce che l'applicazione del concorso omissivo non arriva negli ordinamenti anglosassoni alle esasperazioni conosciute nel nostro.

⁶¹⁶ *New York Central & Hudson River Rail Road v US*, 212 US 481, 29 St C., 304, 53 L. Ed. 613 (1919).

Secondo tale schema possono essere imputati all'ente la condotta e l'elemento soggettivo dei collaboratori, in quanto l'esistenza e le azioni del primo coincidono con quelle delle persone fisiche che per esso operano.

Con l'evoluzione della giurisprudenza in materia, la responsabilità penale degli enti è stata progressivamente definita come un tipo di *vicarious liability*, o di responsabilità per rappresentanza, già applicata in diritto penale nei confronti della persona fisica del datore di lavoro per il fatto del dipendente, che rispetto all'ente si atteggia a *strict liability* (responsabilità oggettiva), essendo sufficiente, accanto all'*actus reus*, la sussistenza della *mens rea* dell'agente⁶¹⁸. I presupposti di tale responsabilità, infatti, originariamente definiti dalla sentenza della *Supreme Court* del 1909, sono stati sostanzialmente recepiti e confermati dalla giurisprudenza anche delle corti statali⁶¹⁹, senza tuttavia ricevere mai a livello federale un generale riconoscimento legislativo e così rimanendo mera espressione del common law⁶²⁰.

Senza poter delineare in questa sede un esaustivo quadro giurisprudenziale in materia, negli Stati Uniti una persona giuridica può essere chiamata a rispondere dei reati commessi dai dipendenti, a prescindere dalla posizione e dal ruolo assunto all'interno

⁶¹⁷ KILGORE S.K., SMITH E. M., *Corporate Criminal liability*, in *American Law Review*, 48, 2011, 422. Sino alla metà del XIX secolo anche nell'ordinamento d'oltreoceano vigeva il principio romanistico "*societas delinquere non potest*". A seguito dell'introduzione di talune fattispecie di *strict liability*, fu possibile imputare agli enti i fatti di reato dei dipendenti, per i quali l'ordinamento rinunciava all'accertamento della *mens rea*, sino ad allora principale ostacolo all'affermazione di una responsabilità dell'ente in materia penale. Tuttavia, solo con la citata sentenza della Suprema Corte si giunse al riconoscimento di responsabilità delle persone giuridiche estesa a qualunque fattispecie di reato, applicando il principio civilistico del "*respondeat superior*", ricostruito in parallelo alla *vicarious liability*, quale forma di responsabilità già nota in materia penale. Inoltre, la Suprema Corte dedusse in motivazione l'esigenza politico-criminale di punire gli enti per dare applicazione alle leggi e guidare l'economia, stante l'enorme ruolo giocato dalle società nella produzione di ricchezza. Sul tema si vedano altresì ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 72 ss.. Si vedano altresì RATHGEBER C., *Criminal Compliance. Kriminalpreventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*, Baden Baden, 2012, 70 ss.

⁶¹⁸ KILGORE S.K., SMITH E. M., *Corporate Criminal liability*, in *American Law Review*, cit., 423; ARLEN J., *Corporate criminal liability in the United States: using prosecutorial discretion to induce corporation to join the war against crime*, in AAVV, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, in Atti del convegno, Milano 14-15 marzo 2008, Milano, 2009, 306; ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 88

⁶¹⁹ ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 88.

⁶²⁰ ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 76, il quale rileva come nemmeno le singole fattispecie, rispetto alle quali il legislatore prevede espressamente la punibilità dell'ente, enucleano per iscritto i presupposti della responsabilità delle persone giuridiche.

dell'organizzazione e dal tipo di fattispecie realizzata⁶²¹, purché questa sia stata posta in essere nell'ambito del rapporto di lavoro intrattenuto dalla persona fisica con l'ente, con il dolo di procurare all'impresa un vantaggio mediante la condotta illecita⁶²². Le imprese, inoltre, a differenza delle persone fisiche, non possono invocare la buona fede (*good faith defense*) ovvero l'adozione di misure preventive (*due diligence defense*), al fine di escludere la propria responsabilità⁶²³.

Irrilevante è quindi la rimproverabilità dell'ente per il *deficit* organizzativo rispetto all'*an* della sanzione: fino ai primi anni Novanta la questione della colpevolezza dell'ente rimase confinata alle discussioni dottrinali, per emergere sul piano normativo in relazione al problema della commisurazione della pena, con l'adozione delle già menzionate *Organisational Sentencing Guidelines* nel 1991.

Sino alla metà degli anni ottanta dello scorso secolo, il diritto penale federale non conosceva, infatti, criteri prefissati in via normativa per la determinazione della sanzione irrogabile tanto alle persone fisiche, quanto a quelle giuridiche, con conseguente imprevedibilità dell'esito del giudizio in punto pena e disparità nel trattamento sanzionatorio nel territorio degli Stati Uniti⁶²⁴.

Per rimediare a tale grave lacuna, nel 1984 il Congresso emanò il *Sentencing Reform Act*, con la previsione di una riforma del sistema di commisurazione della pena, che, accanto alla fissazione di pene più elevate per le imprese, istituiva una commissione composta da politici bipartisan e giudici, incaricati di promulgare ed aggiornare periodicamente delle linee guida sul sistema di commisurazione della pena, nonché di

⁶²¹ ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 93 s.; KILGORE S.K., SMITH E. M., *Corporate Criminal liability*, in *American Law Review*, cit., 425 ss., precisano nondimeno come taluni Stati della federazione, aderendo alla proposta del *Model Penal Code*, richiedano che alla commissione del reato partecipi altresì un *high managerial agent*. Altri Stati, invece, aderiscono pienamente alla *common law doctrine*, prevedendo, difformemente dal *Model Penal Code*, che l'ente possa rispondere altresì dei reati commessi dai dipendenti, anche qualora le loro azioni non siano state approvate o tollerate dai directors, managers o altri *high managerial agents*.

⁶²² ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 90.

⁶²³ ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 101 s., il quale rileva come la proposta di riconoscere ai *compliance programs* valore di *due diligence defense* abbia trovato accoglimento presso la dottrina e in una parte minoritaria e risalente di pronunce. La giurisprudenza assolutamente prevalente rifiuta di riconoscere all'attività preventiva dell'ente una rilevanza esimente. ARLEN J., *Corporate criminal liability in the united states: using prosecutorial discretion to induce corporation to join the war against crime*, in *AAVV, Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro, in Atti del convegno*, Milano 14-15 marzo 2008, cit., 305.

⁶²⁴ MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, cit., 514.

presentare al Congresso relazioni volte a sollecitare modifiche della legislazione inerente il sistema sanzionatorio⁶²⁵. Nel 1991 la *United States Sentencing Commission* sottopose al Congresso per l'approvazione il *Federal Sentencing Guideline Manual*, il cui ottavo capitolo, le *Organisational Sentencing Guidelines*, prevede tra gli elementi in grado di attenuare la pena: l'adozione di un efficace *compliance program* e di un codice etico volti all'impedimento e alla scoperta di illeciti penali, la denuncia degli stessi alle autorità e la collaborazione dell'impresa stessa nella persecuzione del delitto⁶²⁶. A far data da quell'anno ha inizio, dunque, l'era della *compliance* punitiva, come strumento di prevenzione dei crimini economici, attraverso il controllo organizzato delle società e la responsabilità penale delle stesse.

Considerando i *compliance programs* quali indici della diligenza dell'impresa nella prevenzione e scoperta degli illeciti, la colpevolezza dell'ente assume rilievo nel sistema statunitense di responsabilità penale degli enti quale parametro di graduazione della pena⁶²⁷: gli sforzi dell'impresa di dotarsi di misure di prevenzione dei reati devono trovare considerazione ai fini di una riduzione di pena, in quanto rappresentativi di un grado di partecipazione al reato inferiore rispetto a quello dell'impresa che, non dotandosi di alcuna misura preventiva, rende possibile o addirittura agevola la commissione del reato⁶²⁸. Con le linee guida la colpevolezza diviene, quindi, fattore decisivo per il calcolo della pena, costituendo un apposito parametro di commisurazione della stessa (*culpability score*)⁶²⁹.

⁶²⁵ Per una descrizione dell'origine e della struttura delle linee guida si rinvia al documento *Federal Sentencing: the basics*, in www.ussc.gov, elaborato dalla United States Sentencing Commission in collaborazione con l'Office of General Counsel e l'Office of Education and Sentencing Practice. Si veda inoltre RATHGEBER C., *Criminal Compliance. Kriminalpreventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*, cit., 74 ss.,

⁶²⁶ US Sentencing Guidelines Manual §8C2.5 (f) Infine, nel 2004 i generali criteri di efficacia dei programmi, da sviluppare a cura delle singole imprese in ragione delle attività svolte, delle dimensioni dell'impresa e della propria storia, hanno ricevuto l'attuale formulazione, come descritta nel precedente §. Sul punto si rinvia al *Federal Sentencing: the basics*, in www.ussc.gov. Deve nondimeno segnalarsi che con la sentenza della Corte Suprema nel caso *United States vs Booker*, 543 U.S. 220, 245 (2005), alle linee guida è stata riconosciuta una forza meramente consultiva.

⁶²⁷ MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, cit., 531; ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 139 ss; ARLEN J., *Corporate criminal liability in the United States: using prosecutorial discretion to induce corporation to join the war against crime*, in AAVV, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, in Atti del convegno, Milano 14-15 marzo 2008, cit., 309.

⁶²⁸ ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 140.

⁶²⁹ CENTONZE F., *Regolamentazione della criminalità d'impresa*, cit., 227.

Nuova e più significativa rilevanza assume il fattore *compliance* a partire dal 1999, anno in cui l'adozione di efficaci programmi preventivi viene indicato quale criterio fondante la scelta delle procure americane circa l'instaurazione o meno del procedimento penale nei confronti delle *corporations*.

Sin dal 1989, infatti, l'esercizio dell'azione penale, che nell'ordinamento in esame è discrezionale, veniva regolato dai *Principles of Federal Prosecutions*, linee guida elaborate dall'ufficio governativo del *Department of Justice* (DOJ) per consentire ai *prosecutors* di selezionare i casi meritevoli di essere perseguiti⁶³⁰. A distanza di dieci anni, tali principi vennero integrati dal *memorandum* dell'allora *Deputy Attorney General* Eric Holder⁶³¹, con l'introduzione di specifici fattori che i procuratori avrebbero dovuto tenere in considerazione nella persecuzione dei crimini d'impresa, tra cui, appunto la preesistenza ed adeguatezza di un *compliance program*, la tempestiva e volontaria denuncia del crimine, nonché la collaborazione con le autorità inquirenti per la scoperta e raccolta delle prove⁶³².

Parallelamente, rifuggendo alla scelta netta tra l'esercizio e la rinuncia all'azione penale, le procure introdussero la prassi di stipulare accordi con le società, nei quali si negozia l'astensione (*non prosecution agreements* o *NPA*) o la sospensione dell'azione penale (*deferred prosecution agreements* o *DPA*)⁶³³. in cambio dell'adempimento di una serie di prescrizioni riabilitative stabilite negli accordi ed aventi ad oggetto, accanto

⁶³⁰ MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, cit., 525 s. Si trattava di linee guida indifferentemente applicabili alle persone fisiche e alle società e che davano rilevanza a fattori come la natura federale del caso, la serietà dello stesso, l'effetto deterrente emanato dalla persecuzione, la colpevolezza di una persona, la storia criminale, la volontà di cooperare nelle indagini, la sentenza, la possibilità dell'instaurazione di un procedimento in altra giurisdizione, l'adeguatezza di ogni altro tipo di azione diversa da quella penale

⁶³¹ ARLEN J., *Corporate criminal liability in the united states: using prosecutorial discretion to induce corporation to join the war against crime*, in AAVV, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, in *Atti del convegno, Milano 14-15 marzo 2008*, cit., 307 ss.

⁶³² Memorandum di Eric Holder 1999, disponibile in www.justice.gov/criminal/fraud/documents/reports/1999/charging-corps.PDF. Il *Deputy Attorney Holder* è inoltre noto per aver reso del tutto discrezionale la scelta se perseguire o meno le società per i crimini commessi a suo vantaggio, modificando la lettera dei *Principles of Federal Prosecutions* mediante la sostituzione del dovere (*must*) con una mera facoltà (*should*) di rinunciare all'azione penale in presenza dei fattori indicati dai principi.

⁶³³ RUGGIERO R.A., *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli usa: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015, 3 ss. rileva come le principali differenze tra i due tipi di accordi consistono nell'oggetto e nella procedura: mentre i *NPA* garantiscono l'astensione dall'esercizio dell'azione penale, i *DPA* sono preceduti dalla formulazione di un'accusa da parte del procuratore e sono subordinati all'autorizzazione del giudice, che non ha tuttavia il potere di modificare il contenuto dell'accordo. Da parte dell'impresa, oltre all'impegno a non consentire ulteriori violazioni della legge penale, si richiede comunque l'attivazione per la creazione di una struttura di *compliance*.

alla piena *disclosure* e alla collaborazione nella conduzione delle indagini (*corporate policing*)⁶³⁴, altresì la riorganizzazione dell'impresa mediante il potenziamento delle strutture di *compliance* e l'adozione di programmi preventivi efficaci (*corporate prevention*), laddove non preesistenti o tali da non consentire l'esercizio della facoltà di non perseguire *tout court* il crimine d'impresa⁶³⁵.

In base a studi empirici, condotti attraverso l'analisi degli accordi pubblicati nelle banche dati istituzionali, è emerso che tra le condizioni ricorrenti per ottenere l'esenzione dal procedimento penale o la sua sospensione fino alla verifica dell'osservanza delle prescrizioni, numerose sono le operazioni, già richieste dalle *Organisational Sentencing Guidelines* ai fini dell'efficacia dei *compliance programs* e, quindi, della riduzione di pena a seguito della condanna dell'ente. In particolare, sia i *deferred* che i *non prosecution agreements* tendono a pretendere l'adozione di un codice di condotta, espressione della politica societaria contro gli illeciti; il potenziamento del sistema di controlli interni e delle procedure volte a scoprire future violazioni; la nomina di un *chief compliance officer* (CCO), con la funzione di sovrintendere l'implementazione ed il monitoraggio delle misure di *compliance*; un'adeguata formazione dei dipendenti e un appropriato sistema di misure disciplinari; l'obbligo di *due diligence* nella scelta delle controparti contrattuali; la valutazione periodica della tenuta e funzionalità dei *compliance programs*; l'assunzione, a spese della società, di un

⁶³⁴ARLEN J., *Corporate criminal liability in the united states: using prosecutorial discretion to induce corporations to join the war against crime*, in AAVV, *Impresa e Giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 309, sottolinea come tale prassi sia stata motivata da specifiche esigenze di natura politico-criminale. Contrariamente agli insegnamenti più tradizionali della scienza criminologica nell'ambito del *white collar crime*, si è diffusa la convinzione che quasi mai l'autore di un reato commesso nell'ambito dell'attività d'impresa agisce nell'interesse dell'ente, perseguendo piuttosto un vantaggio personale. Di qui la necessità di colpire innanzitutto le persone fisiche autrici dei reati, per poter ottenere un effetto deterrente rispetto alla criminalità economica. Pertanto la minaccia della responsabilità penale nei confronti delle *corporations* assumerebbe significato se utilizzata come strumento per incentivare la consegna alla giustizia dei singoli responsabili. Rilevano nondimeno RUGGIERO R.A., *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli usa: il paradosso del liberismo economico*, cit., 12 e GARRETT B., *Corporate criminals scapegoat*, in *Virginia Law Review*, 2015, 1791, come il perseguimento di tale finalità si sia nella prassi rivelato fallimentare. Infatti, pochi sono stati i processi condotti nei confronti di persone fisiche, soprattutto dei *managers*, per la difficoltà di provare l'apporto materiale, consistente in condotte frammentate e poste in essere in contesti in cui partecipano molte persone, e l'elemento soggettivo.

⁶³⁵RUGGIERO R.A., *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli usa: il paradosso del liberismo economico*, cit., 14, la quale osserva criticamente l'invasione di campo operata dalle procure e, quindi, dal governo, nelle attività economiche. Dopo decenni di allontanamento dalla regolamentazione dell'economia e dei mercati, lo Stato interferirebbe con le scelte gestionali delle società, costrette il più delle volte ad accettare le condizioni indicate negli accordi, per sfuggire alle conseguenze esiziali in termini di danni patrimoniali e reputazionali derivanti dalla instaurazione di un procedimento penale.

referente del DOJ, incaricato di informare la procura circa il progressivo adeguamento della società alle prescrizioni contenute negli accordi⁶³⁶.

Nei *Principles of Federal Prosecutions* e nella prassi delle procure, la funzione della *criminal compliance* va quindi ben oltre quella delineata dalle *Sentencing Guidelines*, permettendo alle società di evitare il processo e, di fatto, di incorrere in responsabilità penale. Sebbene si tratti di condizioni e di effetti di natura processuale, infatti, l'esito cui si giunge con le disposizioni del supremo organo di amministrazione della giustizia è analogo a quello di natura sostanziale, stabilito in via legislativa in altri ordinamenti, in cui l'adozione di efficaci *compliance programs* e la collaborazione con le autorità inquirenti fungono da circostanza esimente della responsabilità *ex crimine* degli enti.

Perciò in dottrina, non senza timori di elusione del principio di legalità in materia penale, si è osservato che tale sistema ha inciso sulla natura della responsabilità delle società, trasformandola da responsabilità tendenzialmente obiettiva (*strict liability*) in una *duty-based liability*, fondata cioè sulla violazione del dovere di organizzazione e cooperazione in funzione di scoperta e futura prevenzione del crimine⁶³⁷.

L'avvento della *compliance* e il suo intrecciarsi alla responsabilità penale dell'impresa ha determinato dunque un aumento dei compiti organizzativi e di supervisione all'interno delle società, che pone comprensibili interrogativi circa la natura ed i limiti della responsabilità dei soggetti chiamati a realizzare ed attuare i *compliance programs*⁶³⁸. Se a ciò si aggiunge la rilevanza del dovere di cooperare con le autorità, per la scoperta dei responsabili dei crimini, al fine di ottenere una riduzione della sanzione o di evitare il procedimento penale in forza degli accordi con le procure, il suddetto quesito si trasforma nel timore di un'indiscriminata attribuzione di responsabilità per fatto altrui sulla sola base della posizione ricoperta, per salvare la società⁶³⁹.

⁶³⁶ MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, cit., 560, 569.

⁶³⁷ ARLEN J., *Corporate criminal liability in the united states: using prosecutorial discretion to induce corporations to join the war against crime*, cit., 314 ss. L'Autrice critica in particolare le modalità attraverso cui è avvenuto tale mutamento, ovvero su iniziativa di agenzie governative, anziché del legislatore, e incidendo sulla disciplina processuale, anziché su quella sostanziale, alla stregua di altri ordinamenti

⁶³⁸ MARTIN S.L., *Compliance officers: more jobs, more responsibility, more liability*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 29, 2015, 169 ss.

⁶³⁹ PODGOR E. S., HENNING P. J., ISRAEL H. J., KING N. J., *White Collar Crime*, St. Paul-Minnesota, 2013, 44-

Organo destinatario dei doveri di organizzazione e prevenzione è innanzitutto il consiglio di amministrazione, a cui le *Sentencing Guidelines* attribuiscono il dovere di essere sempre a conoscenza del contenuto e dell'attività di *compliance*, nonché il compito di vigilare sull'implementazione e l'effettività dei *compliance programs*⁶⁴⁰. In ogni caso la responsabilità generale per l'adozione di un programma efficace e del codice etico deve essere attribuita a uno o più membri dell'impresa in posizione apicale, con funzioni di direzione della società⁶⁴¹, quali i *Chiefs Compliance Officers* (CCOs), scelti in genere tra i *senior managers* (amministratori esecutivi)⁶⁴². Questi possono delegare l'attività quotidiana di controllo e *reporting* a personale con funzione operative, avente il compito di riferire con regolarità ai vertici e dotato di risorse adeguate, di appropriata autorità nella gerarchia societaria, nonché di una linea di comunicazione diretta con l'organo di governo della società⁶⁴³. Così, su impulso delle linee guida, delle condizioni spesso imposte negli *agreements* stipulati con le procure, nonché delle specifiche discipline di settore, tanto federali quanto statali, nelle aziende si assiste negli anni ad un'espansione dei *compliance departments*, nel tentativo di garantire alle società una protezione contro il rischio penale⁶⁴⁴.

Dalle incombenze connesse al dovere di conformarsi alla legge, secondo consolidata giurisprudenza, deriva in capo agli amministratori e ai sindaci, chiamati a valutare l'adeguatezza dei *compliance programs*, una responsabilità risarcitoria per i danni patiti dalla società a causa dei reati commessi al suo interno, laddove non sia stato adottato ed efficacemente attuato un sistema di prevenzione. Poiché, infatti, il controllo organizzato delle attività d'impresa costituisce una circostanza attenuante, che può portare considerevoli diminuzioni della pena pecuniaria irrogabile alla società coinvolta, l'adozione dei *compliance programs* è riconducibile al dovere di corretta

⁶⁴⁰ US Sentencing Guidelines Manual, (§82.1., lett. b) 2 a. Inoltre CENTONZE F., *Regolamentazione della criminalità d'impresa*, cit., 227.

⁶⁴¹ US Sentencing Guidelines Manual, §82.1., lett. b) 2 b)

⁶⁴² MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, cit., 571.

⁶⁴³ US Sentencing Guidelines Manual, § 8 B2.1, lett. b) n. 2, b) e c); ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 169.

⁶⁴⁴ MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, cit., 570.

amministrazione gravante sui membri del *board of directors*⁶⁴⁵, il cui inadempimento è quindi sanzionato con la responsabilità per i relativi danni.

Sul versante penale, poi, i vertici societari possono essere chiamati a rispondere delle violazioni commesse dai dipendenti in base alla *responsible corporate officer doctrine*, qualora sussista un *responsible share* o *responsible relationship* (relazione di responsabilità) del dirigente rispetto alla situazione criminosa. Ciò non richiede la dimostrazione della partecipazione attiva al crimine, ma soltanto che in capo all'amministratore ometta di esercitare il dovere-potere, riconosciutogli per legge statale o federale⁶⁴⁶, di intervenire preventivamente per impedire la commissione di illeciti o quanto meno di correggere prontamente l'altrui condotta⁶⁴⁷.

In particolare, sin dalla pronuncia della Suprema Corte nel caso *United States v. Parker (1975)*⁶⁴⁸, fu posto l'accento sul fatto che il soggetto in una posizione di *responsible relationship* con l'accaduto è colui che, ai fini della legge applicata nel caso di specie, non ha il potere solo di scoprire e di porre rimedio alle violazioni, ma anche di predisporre misure volte ad impedirle, tra le quali non è escluso siano oggi riconducibili le procedure oggetto dei *compliance programs*⁶⁴⁹.

Accanto alla responsabilità penale delle *corporations*, non è pertanto possibile escludere che l'inadempimento degli obblighi organizzativi gravanti sul *management* delle società americane, come generalmente descritti dalle *Organisational Sentencing Guidelines* e

⁶⁴⁵ RATHGEBER C., *Criminal Compliance. Kriminalpreventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*, cit., 76

⁶⁴⁶ In particolare si possono citare ad esempio il Food, Drug and Cosmetic Act, Federaal Hazardous Act, Federal Water Pollution Act, California Corporate Criminal Liability Act. Sul punto RATHGEBER C., *Criminal Compliance. Kriminalpreventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*, cit., 72,

⁶⁴⁷ L'elaborazione di tale teoria risale all'elaborazione giurisprudenziale di due sentenze della Supreme Court americana, in ordine cronologico, la *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943) e la *United States v. Park*, 421 U.S., 658 (1975). In entrambe viene indicato quale presupposto necessario all'imputazione del fatto di reato altrui una "*responsible relationship*" o una "*responsible share*" in capo ai responsabili dell'organizzazione societaria. La sentenza Parker ha quindi esplicitato in presenza di quali condizioni può dirsi esistere una "relazione di responsabilità" rispetto al fatto commesso dal dipendente, affermando che gli imputati dispongono della *powerlessness defense*, ovvero della possibilità di dimostrare l'assenza di poteri impeditivi. In questo senso la giurisprudenza della Supreme Court nega che la teoria della *responsible corporate officer doctrine* comporti una responsabilità di posizione. Nondimeno, le pronunce in esame hanno ad oggetto la commissione di *misdemeanors*, violazioni meno gravi per le quali non è richiesto l'elemento soggettivo. Si riconosce, invece, che in relazione alle violazioni per le quali si richieda il dolo (*knowledge*) o la colpa (*negligence*), è necessario che il corrispondente stato psicologico sia provato dall'accusa. In tal senso PODGOR E. S., HENNING P. J., ISRAEL H. J., KING N. J., *White Collar Crime*, cit., 47.

⁶⁴⁸ *United States v. Park*, 421 U.S., 658 (1975).

⁶⁴⁹ BLOCK J. G., VOISIN N.A., *The responsible corporate officer doctrine- can you go to jail for what you don't know?*, in *Environmental Law*, 22, 1192, 1348.

specificati da previsioni normative statali e federali di settore, comportino addebiti nei confronti dei *directors* per i reati commessi nell'ambito dell'organizzazione aziendale, ove costoro assumano la qualifica di *responsible corporate officers* ai fini delle specifiche normative concernenti l'implementazione di programmi preventivi.

In quanto al CCO, oltre alla responsabilità, anche penale, prevista da alcuni provvedimenti legislativi per l'omessa implementazione del sistema di *compliance*⁶⁵⁰, anche ove tale figura non rivesta la carica di *senior manager*, ma assuma la qualifica di dirigente di alto livello, si profila, nella prassi amministrativa⁶⁵¹, il rischio di addebito di una *supervisory liability*, con tale intendendosi la responsabilità per l'omesso controllo dei dipendenti in posizione subordinata (*failure to supervise*), così come espressamente sanzionata dal Security Exchange Act⁶⁵².

In particolare, in base alle accuse mosse dalla SEC⁶⁵³ ad alcuni CCO di società finanziarie, sarebbe possibile imputare a tali soggetti l'omesso controllo del dipendente che abbia commesso un illecito, laddove emerga l'attribuzione di un grado di responsabilità e di autorità ("*requisite degree of responsibility, ability or authority*") tali da consentire di influenzare la condotta del dipendente (*to affect the conduct of the employee*) e non sia dato ravvisare un esercizio sufficiente di tale potere. Lo stesso organo di vigilanza ha altrove⁶⁵⁴ specificato che il potere di influenzare la condotta altrui ha ad oggetto, ad esempio, l'adozione di misure disciplinari, sia premiali che di tipo sanzionatorio, così allineandosi ai presupposti indicati dalla Supreme Court per la configurazione della *supervisory liability* in ambito giuslavoristico⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ In particolare il riferimento è al Bank Secrecy Act, che, ai sensi del 31 U.S.C. §§ 5318 (h) (1) (2014) e 5322 (2013), sanziona penalmente il *compliance officer* di istituti finanziari per l'omessa implementazione di un *compliance program* idoneo a prevenire il reato di riciclaggio.

⁶⁵¹ Per una descrizione approfondita e l'indicazione degli estremi dei casi si rinvia a MARTIN S.L., *Compliance officers: more jobs, more responsibility, more liability*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, cit., 189 s.

⁶⁵² Security Exchange Act, Section 15 (b) (4) (E)

⁶⁵³ La sigla sta ad indicare il Security and Exchange Commission, l'organo di vigilanza del settore finanziario.

⁶⁵⁴ Il rinvio è sempre a MARTIN S.L., *Compliance officers: more jobs, more responsibility, more liability*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, cit., 192, che indica quale fonte dell'informazione *Frequently asked questions about Liability of Compliance and Legal Personnel at Broker-Dealers under Sections 15 (b) (4) and 15 (b) (6) dell'Exchange Act, SEC Div. of Trading and Markets* (Sept. 30, 2013), in www.sec.gov/divisions/marketreg/faq-cco-supervision-093013.htm.

⁶⁵⁵ *Vance v. Ball State University*, 113 S. Ct. 2434, 2443 (2013). Nel caso in esame, la Suprema Corte riconobbe che un dipendente può essere ritenuto *supervisor* qualora il datore di lavoro gli abbia attribuito poteri di natura disciplinare.

In dottrina, così come nelle raccomandazioni delle associazioni di categoria, si manifesta tuttavia una certa avversione rispetto alla configurazione di un assetto di poteri di tal fatta in capo al CCO⁶⁵⁶.

Ai fini dell'utile espletamento delle funzioni operative di tale incaricato, identificate nella formulazione di regole di comportamento, nell'attuazione dei programmi, nel controllo sulla relativa effettività e nell'aggiornamento delle relative procedure, nel costante *reporting* ai vertici societari, nonché nell'esortazione del personale, ad ogni livello, a rispettare le normative rivolte all'impresa⁶⁵⁷, l'attribuzione altresì di un potere di controllo-condizionamento dei dipendenti potrebbe rivelarsi controproducente, inducendo il CCO a non porre in essere iniziative energiche, necessarie invece all'implementazione del sistema di *compliance*, per il timore di essere riconosciuto *supervisor* ed incorrere nella relativa responsabilità. Riconoscendosi la capacità dei diretti superiori di influenzare le condotte dei sottoposti, si suggerisce piuttosto di attribuire alla funzione di *compliance* il compito di preparare e rendere consapevoli i primi dell'impatto che possono avere sul comportamento dei secondi, aiutandoli a sviluppare la propria leadership per assicurare il rispetto delle regole poste dall'azienda a garanzia del rispetto della legge⁶⁵⁸.

Conclusivamente, dall'analisi condotta emerge che nell'ordinamento statunitense, a differenza di quello italiano, se si esclude l'applicabilità della *conspiracy* per l'insussistenza di accordi tra controllori e agenti⁶⁵⁹, in ambito societario non appare concreto il rischio di un abuso di istituti affini al concorso commissivo mediante omissione nell'altrui reato. Accanto, infatti, alla *responsible corporate officer doctrine*, che postula pur sempre l'individuazione in via normativa di poteri di impedimento in

⁶⁵⁶ MARTIN S.L., *Compliance officers: more jobs, more responsibility, more liability*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, cit., 198; Ethic Resource Center, *Leading Corporate Integrity. Definig the role of the Chief Ethics and Compliance Officer (2007)* pdf, 15 ss, in www.ethics.org/resource/ceco)

⁶⁵⁷ *Ethic Resource Center, Leading Corporate Integrity. Definig the role of the Chief Ethics and Compliance Officer (2007)* pdf, cit., 17 ss. Similmente, alla luce di un'analisi della figura del CCO, così come predeterminata nei NPA e DPA, MCCONNELL R., MARTIN J., SIMON C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, cit., 571.

⁶⁵⁸ MARTIN S.L., *Compliance officers: more jobs, more responsibility, more liability*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, cit., 198 e in particolare *Ethic Resource Center, Leading Corporate Integrity. Definig the role of the Chief Ethics and Compliance Officer (2007)* pdf, cit., 22, ove si afferma che lo scopo dell'etica e compliance aziendali deve essere quello di incoraggiare condotte appropriate a tutti i membri dell'organizzazione, non anche quello di rendere responsabili gli incaricati delle decisioni e delle azioni altrui)

⁶⁵⁹ Per una approfondita disamina dell'istituto si rinvia a PAPA M., *voce Conspiracy*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, 95 ss.

capo agli amministratori e la sussistenza del necessario elemento soggettivo, ove richiesto dalla fattispecie commessa, l'inadempimento dei doveri di organizzazione e controllo può comportare l'addebito di responsabilità penale soltanto ove espressamente previsto dalla legge a titolo di reato omissivo proprio⁶⁶⁰. Inoltre, la tendenza a riconoscere la qualifica di *supervisor* in relazione alla configurabilità di illeciti amministrativi di cui al SEA appare contestabile sullo stesso piano amministrativo e rileva, ai fini del presente lavoro, a riprova dell'incertezza circa in generale la natura impeditiva dei poteri da attribuirsi al responsabile della *compliance*⁶⁶¹.

4.4 Il principio dell'*Organisationsverschulden* in Germania: dalla teoria alla prassi, verso l'adozione di un *Verbandsstrafgesetzbuch*. Profili di responsabilità individuale.

Più volte nell'ambito del presente lavoro si è posto l'accento sulla rilevanza che il concetto di "colpa di organizzazione", quale presupposto soggettivo di imputabilità dell'illecito, consistente nell'omessa predisposizione di misure di prevenzione e controllo della criminalità di impresa, ha assunto nella struttura della responsabilità da reato degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001⁶⁶².

Si è visto anche come tale speciale forma di colpevolezza delle persone giuridiche rappresenti la trasposizione, nel nostro ordinamento, dell'istituto dell'*Organisationsverschulden*, portato a compiuta teorizzazione dalla dottrina tedesca all'indomani della riforma del § 30 *OWiG (Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen)*. Tale norma prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (*Geldbuße*) nei confronti di una persona giuridica (*juristische Person*) o di un'associazione di persone (*Personenvereinigung*), per la commissione di un reato o di un illecito amministrativo da parte dei vertici dell'organizzazione,

⁶⁶⁰ MARTIN S.L., *Compliance officers: more jobs, more responsibility, more liability*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, cit., 197.

⁶⁶¹ Sembra condividere la posizione qui assunta con riferimento all'applicazione del concorso omissivo negli ordinamenti di common law, ALESSANDRI A., *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, cit. 540, 543.

⁶⁶² Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001, § 3.3: "Ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà, dunque, non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo (le condizioni alle quali ciò si verifica, come si è visto, sono disciplinate dall'art. 5); di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione". Si rinvia sul punto al capitolo 1 e al § 4.1.

mediante il quale alternativamente sia stato violato un dovere connesso all'attività dell'ente ovvero derivi o sarebbe dovuto derivare allo stesso un profitto⁶⁶³.

Nel 1986, infatti, il legislatore tedesco espungeva dal testo della norma la qualifica di *Nebenfolge*, riservata dall'originaria formulazione alla suddetta sanzione, la quale fungeva da conseguenza accessoria del reato (o della *Ordnungswidrigkeit*) della persona fisica e, similmente alla confisca, era finalizzata a colpire il vantaggio conseguito dall'ente in conseguenza dell'illecito penale o amministrativo⁶⁶⁴. La riforma, secondo la teoria in esame, implicava un mutamento della fattispecie descritta dal § 30 *OWiG*, consistente non più in una misura ablativa applicabile all'ente in conseguenza della condotta della persona fisica, bensì in un illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*) proprio dell'ente, destinatario pertanto di una sanzione pecuniaria principale⁶⁶⁵, irrogabile indipendentemente dall'individuazione e condanna del responsabile del reato o illecito amministrativo-presupposto⁶⁶⁶.

Poiché, dunque, il presupposto materiale (*Anknüpfungstat*) della responsabilità delle persone giuridiche continua ad essere il fatto altrui, in particolare il reato o l'*Ordnungswidrigkeit* di rappresentanti legali, dirigenti e titolari di funzioni di controllo sulla gestione e sull'attività d'impresa nel complesso⁶⁶⁷, secondo la teoria esposta si rendeva necessario individuare un nesso tra l'illecito e la persona giuridica, più forte della semplice immedesimazione organica che, come si è visto, consente di riferire alla persona giuridica gli atti e l'atteggiamento psicologico della persona fisica tramite cui essa agisce⁶⁶⁸.

⁶⁶³ In nota, § 30, Abs. 1.

⁶⁶⁴ Sul punto TIEDEMANN K., *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, 1171; BOCK D., *Criminal Compliance*, cit., 263; ACHENBACH H., *Verbandsgeldbuße und Aufsichtspflichtverletzung (§§ 30 und 130 OWiG) – Grundlagen und aktuelle Probleme*, in *NZWiSt*, 2012, 322 s., osserva come tuttora l'istituto della *Verbandsgeldbuße* mantenga la funzione ablativa tipica della confisca, sebbene la relativa formulazione normativa risulti criptica. Il comma 3 del § 30 prevede infatti che la sanzione debba essere superiore al vantaggio economico conseguito dall'ente mediante l'illecito, con ciò implicitamente richiedendo che tale profitto sia ricompreso nell'importo finale della sanzione. Quest'ultima, quindi, assomma in sé una duplice funzione: ablativa e punitiva, comportando per la società non solo la perdita del vantaggio, bensì un ulteriore esborso.

⁶⁶⁵ TIEDEMANN K., *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., 1171.

⁶⁶⁶ § 30, Abs. 4 *OWiG*

⁶⁶⁷ § 30, Abs., 1, nn. 1-5

⁶⁶⁸ La teoria dell'identificazione o *alter ego doctrine* è nondimeno avvallata da parte della dottrina tedesca, in particolare in tal senso ROGALL K., *sub § 30*, in (a cura di) SENGE L., *Karlsruhe Kommentar zum gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2014, 489 ss., che ha ritenuto compatibile l'attribuzione all'ente della condotta e dell'elemento soggettivo della persona fisica che agisce per suo

L'esigenza di personalizzare la responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche spinge quindi Tiedemann a ricercarne il fondamento nel rimprovero per l'omessa adozione di misure di prevenzione e controlli volti a scongiurare il rischio di illegalità, a fronte del dovere, gravante *in primis* sulla persona giuridica nei confronti della società, di neutralizzare i pericoli da essa stessa promananti.

In breve, l'ente può incorrere nella sanzione amministrativa minacciata in quanto versa in un errore organizzativo che ha occasionato la commissione dell'illecito da parte di soggetti in posizione apicale⁶⁶⁹.

Tale interpretazione, tuttavia, si limita alla previsione normativa così come formulata (*de lege lata*): non potendo dunque valere come cause esimenti da responsabilità, in quanto non espressamente previste dal legislatore, né la diligente organizzazione dell'ente, né l'assenza di un nesso tra il difetto organizzativo e il reato commesso dai vertici possono essere dimostrati dall'ente al fine di escluderne la responsabilità amministrativa *ex crimine*. L'*Organisationsverschulden* è dunque presunta *iuris et de iure* sulla base della mera verifica del reato o dell'*Ordnungswidrigkeit* dell'organo, che ne sono manifestazione⁶⁷⁰, nei limiti in cui si tratti di fattispecie connesse all'attività dell'ente, in quanto realizzate con la violazione di obblighi rivolti all'impresa oppure finalizzate ad arricchirla.

In ciò consiste la principale differenza con il sistema elaborato dal d.lgs. 231/2001 all'art. 6: nel nostro ordinamento, infatti, l'ente, cui viene attribuita responsabilità amministrativa per il reato commesso dagli apicali, è ammesso a provare la propria dissociazione dall'azione dei vertici, dimostrando- tra gli altri requisiti- di aver adottato

conto, col requisito soggettivo della *Vorwerfbarkeit* (rimproverabilità) richiesto dal § 12 *OWiG* per l'imputazione delle *Ordnungswidrigkeiten*. A favore in generale dell'ammissibilità della teoria dell'immedesimazione organica, si era espressa negli anni sessanta dello scorso secolo altresì la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE, 25.10.1966 – BVR 506/63).

⁶⁶⁹ TIEDEMANN K., *Die "Beußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., 1171, poiché la colpevolezza di organizzazione fa riferimento ad un momento anteriore all'insorgere del pericolo e alla condotta illecita delle persone fisiche, l'*Organisationsverschulden* si atteggia a *Vorverschulden*, ovvero a pre-colpevolezza rispetto al fatto offensivo di beni cui è riconosciuta tutela penale o amministrativa

⁶⁷⁰ TIEDEMANN K., *Die "Beußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., 1173. Aderiscono all'impostazione in esame altresì SIEBER U., *Compliance Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*, in (a cura di) SIEBER U., DANNECKER G., KINDHÄUSER U., VOGEL J., WALTER T., *Festschrift für Klaus Tiedemann*, cit., 467 s., che ravvisa nell'*Organisationsverschulden* il fondamento teleologico della responsabilità dell'ente ex § 30, Abs. 1 *OWiG*; ENGELHART M., *Verbandsverantwortlichkeit – Dogmatik und Rechtsvergleichung*, cit., 208; BOCK D., *Criminal Compliance*, cit., 264; RETTENMEIER F., PALM L., *Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen*, cit., 1414.

ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e gestione idonei alla prevenzione di reati. La persona giuridica potrà, cioè, provare di aver diligentemente organizzato la propria attività e di essere immune da qualunque tipo di rimprovero, non essendo possibile attribuirgli l'illecito né per immedesimazione, né per colpa di organizzazione.

Tornando alla norma di cui al § 30 OWiG, si rileva come gli obblighi rivolti alla persona giuridica, la cui violazione nella commissione dell'illecito è elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità dell'ente, sono obblighi di varia natura e contenuto, a seconda dell'attività svolta dallo stesso: dal dovere di tutelare l'incolumità dei dipendenti, a quello di scongiurare danni alla salute dei clienti mediante la messa in circolazione dei prodotti, a quello di protezione dei patrimoni gestiti⁶⁷¹.

Per quanto concerne l'attività d'impresa, in particolare, tra gli obblighi di cui essa è destinataria, suscettibili di essere violati dagli apicali in occasione della commissione di un'*Ordnungswidrigkeit*, vi è quello di organizzare la propria attività mediante l'adozione di *Aufsichtsmaßnahmen*, misure di prevenzione e controllo, volte ad impedire od ostacolare la commissione di reati ed illeciti amministrativi da parte dei dipendenti dell'impresa, come previsto dal § 130 OWiG (*Aufsichtspflichtverletzung*)⁶⁷².

Si è visto nel capitolo precedente come la norma da ultimo citata configuri un illecito amministrativo del titolare dell'impresa, sia questi persona fisica o giuridica, o dei suoi rappresentanti per il reato o la contravvenzione posta in essere in violazione, da parte di un dipendente, di doveri riferiti all'impresa (*betriebsbezogene Pflichten*). Nel caso di specie, il rimprovero mosso alla persona fisica, che conduce o gestisce l'attività imprenditoriale, ha ad oggetto proprio la condotta omissiva prodromica alla realizzazione dell'illecito, consistente nel difetto dell'organizzazione necessaria alla prevenzione di comportamenti devianti da parte di soggetti in posizione subordinata, di cui l'imprenditore si serve per lo svolgimento della propria attività⁶⁷³.

⁶⁷¹ GÜRTLER F., *sub § 30 OWiG*, in (a cura di) Gürtler F., Seitz H., Göhler E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2012, 258.

⁶⁷² SIEBER U., *Compliance Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*, in AAVV, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann*, cit., 465; Gürtler F., *sub § 30 OWiG*, in (a cura di) GÜRTLER F., SEITZ H., GÖHLER E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, cit., 257.

⁶⁷³ Per un'analisi della norma si rinvia al capitolo 3, § 3.4.1 e alla bibliografia ivi citata.

La commissione della fattispecie dell'*Aufsichtspflichtverletzung* ad opera di un apicale può ben integrare – come di fatto spesso accade ⁶⁷⁴ - l'*Anknüpfungstat* della *Verbandsgeldbuße* ex § 30 *OWiG*. Per il tramite, dunque, del § 130 *OWiG* non solo l'ente può essere reso responsabile delle condotte illecite anche dei suoi dipendenti, ma anche tale responsabilità presuppone indirettamente la colpa di organizzazione⁶⁷⁵. Laddove, infatti, le persone fisiche dei dirigenti, amministratori o rappresentanti dimostrino di aver adottato ogni misura ragionevolmente e prevedibilmente necessaria alla prevenzione dell'illecito commesso dal dipendente, la fattispecie di cui al § 130 non è integrata e così nemmeno l'impresa potrà essere chiamata a rispondere ex § 30, in mancanza del presupposto materiale.

In breve, alla luce delle norme attualmente vigenti nell'ordinamento tedesco in tema di responsabilità amministrativa⁶⁷⁶ *ex crimine* degli enti, la persona giuridica risponde *tout court* degli illeciti commessi dagli apicali, diversi dall'*Aufsichtspflichtverletzung* ex § 130 *OWiG*, le siano essi imputati in quanto espressione puramente teleologica di un difetto organizzativo ovvero in base alla teoria dell'immedesimazione. L'*Organisationsverschulden* viene pienamente in rilievo, invece, in relazione alla responsabilità per il fatto illecito dei subordinati, veicolata dall'*Ordnungswidrigkeit* commessa dagli apicali ai sensi del § 130 *OWiG*, che sanziona proprio la mancata adozione delle misure preventive necessarie ad impedire od ostacolare le condotte delittuose o rilevanti sul piano del diritto penal-amministrativo.

⁶⁷⁴ SIEBER U., *Compliance Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*, in AAVV, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann*, cit., 465. Se infatti la partecipazione del *management* ai reati dei subordinati costituisce la regola, tale norma consente di evitare le difficoltà probatorie relative al concorso di persone sub §§ 25-27 StGB e 14 *OWiG* ed applicare comunque una sanzione rilevante a quanti hanno la responsabilità dell'organizzazione dell'impresa. In tal senso ACHENBACH H., *Verbandsgeldbuße und Aufsichtspflichtverletzung (§§ 30 und 130 OWiG) – Grundlagen und aktuelle Probleme*, cit., 323.

⁶⁷⁵ ENGELHART M., *Verbandsverantwortlichkeit – Dogmatik und Rechtsvergleichung*, cit., 208 il quale nondimeno rileva come permangano delle discrepanze in ordine ai soggetti attivi di cui al § 130 *OWiG* e il *Täterkreis* di cui al § 30, Abs. 1, sebbene ridotte dall'intervento del legislatore che nel 2002 ha previsto tra gli autori del reato o dell'*Ordnungswidrigkeit* di cui al § 30 anche organi titolari di funzioni di controllo.

⁶⁷⁶ ACHENBACH H., *Verbandsgeldbuße und Aufsichtspflichtverletzung (§§ 30 und 130 OWiG) – Grundlagen und aktuelle Probleme*, cit., 322, ritiene che sostanzialmente si tratti di una sanzione penale. L'aver previsto l'irrogazione di una *Geldbuße* per il reato imputato all'ente ha costituito un compromesso per il legislatore del 1968: punire direttamente l'ente, senza tuttavia imputargli responsabilità penale e contravvenire al principio *societas delinquere non potest*. Ma che si tratti di una sanzione penale è dimostrato anche dalla previsione del § 444 StPO, che attribuisce alla competenza del giudice penale l'irrogazione della *Geldbuße* quando essa sia collegata alla commissione di un reato.

Di qui l'esigenza anche per le società tedesche di implementare un sistema organizzato di controlli e procedure volti a scongiurare il rischio penale gravante tanto sulle persone fisiche dell'imprenditore o dei suoi delegati, quanto sulla società-persona giuridica.

Il § 130 OWiG è dunque a ragione considerato la norma centrale di *criminal-compliance* nell'ordinamento tedesco⁶⁷⁷, in quanto cristallizza il dovere organizzativo dell'impresa e lo sottopone a sanzione al verificarsi del reato o dell'illecito amministrativo dei dipendenti⁶⁷⁸, mantenendo vivo il dibattito sulla *compliance* anche a causa della genericità della sua formulazione che, nel richiedere generiche "*Aufsichtsmaßnahmen*", non specifica quali adempimenti spettino all'impresa e personalmente a chi la guida, per non incorrere nella colpa di organizzazione⁶⁷⁹.

Sebbene né dottrina né giurisprudenza abbiano potuto fissare degli *standards* unitari⁶⁸⁰, indubbio è il dovere di adottare tutte le misure possibili, necessarie e prevedibilmente idonee all'impedimento di reati. In via interpretativa si individuano, quindi, gli stessi accorgimenti che in altri ordinamenti sono fatti oggetto di più precise disposizioni normative: la predisposizione di un'organizzazione qualificata, la suddivisione dei compiti, la formazione ed informazione del personale, il controllo di collaboratori e sorveglianti, la previsione di obblighi di intervento al verificarsi di determinate irregolarità, la minaccia ed irrogazione di sanzioni o la previsione di incentivi al rispetto delle regole comportamentali interne all'impresa⁶⁸¹.

Sempre più frequentemente tali strumenti di prevenzione della criminalità di impresa sono compendati in codici di condotta e *compliance programs*: sebbene una loro cristallizzazione non sia prescritta dal legislatore tedesco⁶⁸² ai fini dell'esenzione dalla

⁶⁷⁷ BOCK D., *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance*, in ZIS, 2009, 70.

⁶⁷⁸ Si rammenta che la commissione del reato o dell'*Ordnungswidrigkeit* è una mera condizione obiettiva per l'integrazione della fattispecie di cui al § 130 OWiG. Rinvio al § 3.4.2

⁶⁷⁹ Lamenta il pregiudizio così derivante alla certezza del diritto BOCK D., *Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtssicherheit*, cit., 202 ss.

⁶⁸⁰ BOCK D., *Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtssicherheit*, cit., 201.

⁶⁸¹ Per una approfondita descrizione delle misure preventive suggerite nella letteratura di settore si rinvia a KÖNIG P., *sub § 130 OWiG*, in (a cura di) GÖHLER E., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, München, 2006, 1245; BOCK D., *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance*, cit., 77 ss; ID., *Compliance und Aufsichtspflichten in Unternehmen*, in (a cura di) KUHLEN L., KUDLICH H., ORTIZ DE URBINA I., *Compliance und Strafrecht*, Heidelberg, 2013, 60 ss.; RETTENMEIER F., PALM L., *Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen*, cit., 1416 ss.

⁶⁸² ENGELHART M., SIEBER U., *Compliance programs for the prevention of economic crimes. An empirical survey of German companies*, cit., 15, 19, i quali osservano come in Germania, salvo la legge

responsabilità *ex crimine*, le società scelgono la via della *Selbstregulierung*, per ottemperare alle prescrizioni del § 130⁶⁸³. Secondo una ricerca condotta dal 2012 al 2014 dal Max Plank Institut per il diritto penale internazionale e straniero di Friburgo, su un campione di 140 società sparse in tutto il territorio tedesco, dalle diverse dimensioni, forma giuridica e settore di operatività, l'87% delle intervistate risultava aver adottato programmi di prevenzione e controllo⁶⁸⁴. Dall'indagine è altresì emersa la tendenza all'implementazione di misure preventive e di scoperta di quei crimini, oggetto di indagini ed accertamenti giudiziari di rilevanza mediatica a livello nazionale, quale in particolare il delitto di corruzione⁶⁸⁵ e le violazioni legate al diritto della concorrenza e della protezione dei dati sensibili⁶⁸⁶. Tra le misure preventive maggiormente applicate, le società intervistate hanno indicato la creazione di reparti specializzati nella *compliance* o quanto meno nella nomina di un incaricato (*compliance officer*), il potenziamento dei controlli interni, nonché la diffusione della cultura e dei valori aziendali ispirati alla legalità, mediante la partecipazione del *management* alla loro elaborazione e lo svolgimento di attività di formazione del personale.

Gli autori della ricerca, sulla base delle valutazioni rese da esperti del mondo aziendale circa l'efficacia dei programmi rispetto agli scopi prefissati, hanno altresì formulato delle ipotesi circa i provvedimenti che potrebbero garantire agli strumenti di *compliance* una maggiore effettività nella minimizzazione del rischio criminale⁶⁸⁷.

Allo stato, infatti, i *compliance programs* non rilevano ad alcun fine indicato dalla legge. Per chi accoglie la teoria dell'*Organisationsverschulden*, quale fondamento teleologico della *Verbandsgeldbuße* ex § 30 *OWiG*, essi potrebbero venire in considerazione nella commisurazione della sanzione amministrativa ai sensi del § 17 *OWiG*, che indica quale criterio di computo la gravità non solo del fatto integrante

sulla negoziazione di strumenti finanziari, che richiede espressamente agli intermediari di adottare *compliance programs*, non esista alcuna disciplina generale del fenomeno *criminal compliance*.

⁶⁸³ BOCK D., *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance*, cit., 77.

⁶⁸⁴ ENGELHART M., SIEBER U., *Compliance programs for the prevention of economic crimes. An empirical survey of German companies*, cit., 28, 38.

⁶⁸⁵ Il riferimento è in particolare al noto caso Siemens, per una ricostruzione del quale, anche da un punto di vista giuridico, si rinvia alla lettura di ARZT G., *Siemens: vom teuersten zum lukrativsten Fall der deutschen Geschichte*, in (a cura di) JAHN M., KUDLICH H., STRENG F., *Strafrechtpraxis und Reform. Festschrift für H. Stockel*, Berlin, 2010, Berlin, 2010, 15 ss.

⁶⁸⁶ ENGELHART M., SIEBER U., *Compliance programs for the prevention of economic crimes. An empirical survey of German companies*, cit., 201.

⁶⁸⁷ ENGELHART M., SIEBER U., *Compliance programs for the prevention of economic crimes. An empirical survey of German companies*, cit., 204.

l'*Ordnungswidrigkeit* commessa, ma anche del rimprovero addebitabile al *Täter*. La riprovevolezza della persona giuridica potrebbe essere valutata più lieve in presenza di modelli volti alla prevenzione e alla scoperta di condotte illecite da parte dei dipendenti, con conseguente irrogazione di una sanzione di minore entità⁶⁸⁸. Effetto non del tutto irrisorio se si considera che il massimo edittale della sanzione prevista dal § 30 *OWiG* ammonta a dieci milioni di euro, qualora l'*Anknüpfungstat* consista in un delitto doloso⁶⁸⁹.

Nessun influsso potrebbero invece esplicare i programmi rispetto alla configurazione della responsabilità amministrativa dell'ente, salvo facilitare l'accertamento dell'efficacia delle misure richieste dal § 130 e quindi la sussistenza dei presupposti per l'irrogazione della sanzione all'ente ai sensi del c.d. §§ 130 e 30, ove l'illecito commesso sia imputabile ad un dipendente e siano stati violati i doveri organizzativi di cui al § 130 *OWiG*⁶⁹⁰.

Pertanto, tra le proposte rivolte al legislatore tedesco per il rafforzamento dell'efficacia dei *compliance programs*, accanto alla previsione di un sistema di responsabilità autenticamente penale degli enti, fondato sul presupposto di un colpa di organizzazione e il riconoscimento di privilegi a fronte dell'impegno delle aziende nell'implementazione di idonei sistemi di *compliance*, viene posto l'accento, dagli autori della indicata indagine, sulla responsabilità penale individuale, non solo autori dei crimini, ma anche dei loro superiori per l'inadempimento dei doveri organizzativi e di supervisione e controllo⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ In tal senso SIEBER U., *Compliance Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*, in AAVV, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann*, cit. 471; WEGNER C., *Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbuße*, Frankfurt am Main, Berlin, 2000, 92.

⁶⁸⁹ Rileva nondimeno ENGELHART M., *Verbandsverantwortlichkeit – Dogmatik und Rechtsvergleichung*, cit., 208, come tale possibile rilevanza non abbia ad oggi trovato accoglimento nella prassi.

⁶⁹⁰ In tal senso SIEBER U., *Compliance Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*, in AAVV, *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann*, cit. 472. Convengono sul punto anche i sostenitori della teoria dell'immedesimazione, che fonda la sanzionabilità dell'ente sul solo fatto di reato o illecito commesso dal vertice, senza alcun riguardo all'aspetto della colpevolezza, per i quali questo è l'unico effetto che attualmente i compliance programs possono dispiegare. Non avendo alcuna rilevanza l'atteggiamento soggettivo dell'ente, per la teoria in esame la diligenza impiegata nell'organizzazione della società attraverso i modelli di prevenzione non può essere considerata nemmeno ai fini della commisurazione della sanzione. In particolare il rinvio è a ROGALL K., *sub § 30*, in (a cura di) SENGE L., *Karlsruhe Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, cit., 489 ss.

⁶⁹¹ ENGELHART M., SIEBER U., *Compliance programs for the prevention of economic crimes. An empirical survey of German companies*, cit., 214, 218.

In tale quadro si inserisce la proposta di legge di un *Verbandsstrafgesetzbuch* (codice penale degli enti), presentata dal governo del Land Nordrhein-Westfalen al ministero della giustizia federale nel settembre del 2013 e da allora immessa nell'*iter* di approvazione parlamentare⁶⁹². La proposta di legge, nota come *NRW-Entwurf*, disciplina in 22 paragrafi i presupposti della responsabilità penale degli enti, le sanzioni irrogabili ed il procedimento, previa delineazione delle esigenze e degli scopi dell'introduzione di tale forma di responsabilità⁶⁹³.

Per quanto di interesse ai fini della presente ricerca, deve rilevarsi come la proposta, ai §§ 1 (*Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich*) e 2 (*Verbandsstraftaten*), riprenda il contenuto dei §§ 30 e 130 OWiG, riformulandolo e così accogliendo alcuni dei suggerimenti sopra esposti. In particolare, oltre alla previsione di sanzioni di natura penale per gli enti in connessione a *verbandsbezogene Straftaten*, ovvero a reati commessi in violazione di doveri di cui l'ente è destinatario o al fine di arricchirlo (§ 1, Abs. 1, § 2, Abs. 1 e 2 VerbStrG-E), viene posto a fondamento della responsabilità in esame il presupposto dell'*Organisationsverschulden*⁶⁹⁴. Tale requisito è chiaramente preteso dal § 2, Abs. 2, che prevede la punibilità della persona giuridica per il reato commesso da qualunque collaboratore, laddove non siano state adottate dai vertici misure di prevenzione di natura tecnica, organizzativa o personale prevedibilmente atte ad impedire od ostacolare il reato⁶⁹⁵. Diversamente, rispetto al reato commesso dai

⁶⁹² Il testo della bozza di *Verbandsgesetzbuch* è disponibile al sito www.justiz.nrw.de.

⁶⁹³ *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden*, pdf., in www.justiz.nrw.de, 2. Nella relazione alla proposta di legge, il ministero della giustizia del Land proponente rileva in particolare l'insufficienza del diritto penal-amministrativo delle *Ordnungswidrigkeiten* nella prevenzione del crimine d'impresa, sia perché trattasi di un rischio calcolabile dalle aziende maggiori, sia perché l'attuale *Verbandgeldbuße* non consente di sanzionare la mancanza di adeguate misure di prevenzione. Sul punto si vedano altresì il commento di LEIPOLD K., *Kommt das Unternehmensstrafrecht?*, in *NJW-Spezial*, 2013, 696 e la presa di posizione del ministro della giustizia del Nordrehinwestfalen, KUTSCHATY T., *Deutschland braucht ein Unternehmensstrafrecht*, in *ZRP*, 2013, 74. Contrariamente a tale assunto si è invece espresso il *Deutscher Anwaltsverein* (DAV). Con l'elaborazione di un proprio parere sulla bozza di *Verbandstrafgesetzentwurf*, l'unione degli avvocati tedeschi nega il deficit preventivo del diritto penal-amministrativo vigente, rilevando come effetto deterrente sia esplicito nei confronti delle persone giuridiche non dalla natura della sanzione, bensì dal suo ammontare. Il rinvio è alla *Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Strafrecht*, 2013, 12, disponibile al sito http://www.kpmg-law.de/docs/Gesetzesentwurf_Unternehmensstrafrecht_Stellungnahme_DAV.pdf.

⁶⁹⁴ HOVEN E., WIMMER R., SCHWARZ T., SCHUMANN S., *Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes- Kritische Anmerkungen aus Wissenschaft und Praxis*, Teil 1, in *NZWiSt*, 2014, 162. La proposta di codice porrebbe così fine alla diatriba circa la rilevanza o meno della colpevolezza dell'ente ai fini dell'imputazione delle condotte di persone fisiche.

⁶⁹⁵ Si rileva nondimeno (DAV, *Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Strafrecht*, cit., 23) come la punibilità dell'ente in ultima istanza si fondi sempre sulla negligenza del singolo *manager*, su di un *Aufsichtverschulden* individuale.

soggetti dotati di poteri decisionali, intendendosi per tali rappresentanti legali, dirigenti, titolari di funzioni di controllo in posizione dirigenziale⁶⁹⁶, manca un espresso riferimento al difetto organizzativo, prevedendosi soltanto l'irrogazione di una sanzione quale conseguenza del fatto di reato (§ 2, Abs. 1). Cionondimeno, la relazione alla *NRW-Entwurf* chiarisce che la fattispecie di responsabilità da ultimo citata si fonderebbe sulla pregressa *culpa in eligendo* del personale dirigente, imputabile alla persona giuridica⁶⁹⁷. Da ultimo, rilevano ai fini dell'esenzione da pena altresì i comportamenti tenuti dall'ente successivamente alla commissione del fatto, in particolare l'adozione di sufficienti misure organizzative o personali idonee alla prevenzione di futuri reati della stessa specie e la collaborazione con le autorità nella ricerca delle prove (§ 5, Abs. 1 e 2).

Evidente è la carenza di disposizioni più precise in merito alle misure di *compliance* valutabili come sufficienti a ritenere adempiuto l'obbligo organizzativo imposto alle persone giuridiche⁶⁹⁸.

Similmente al nostro d.lgs. 231/2001 e contrariamente al modello offerto dal Progetto Grosso, la VerbStG-E del Nordrhein-Westfalen è priva di disposizioni inerenti alla responsabilità penale dei vertici per l'inadempimento degli obblighi organizzativi e di controllo sugli stessi gravanti.

Già antecedentemente e a prescindere dal progetto di codice penale degli enti testé esaminato, nella scienza penalistica tedesca si è insinuato il dibattito, animato negli ultimi anni dalla sentenza del *Bundesgerichtshof* 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08, circa la configurabilità di posizioni di garanzia di impedimento di altrui reati, quale veicolo di

⁶⁹⁶ § 1, Abs. 3 (lett. a)-d).

⁶⁹⁷ *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden*, pdf., 4, in www.justiz.nrw.de. In senso critico si veda DAV, *Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Strafrecht*, cit., 23, ove si osserva che, in base alla disposizione in commento, anche il *manager* che si sia sempre comportato con diligenza e in un singolo caso commetta un reato, anche solo colposo, consentirebbe di ritenere configurata una *culpa in eligendo* della società.

⁶⁹⁸ HOVEN E., WIMMER R., SCHWARZ T., SCHUMANN S., *Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes- Kritische Anmerkungen aus Wissenschaft und Praxis*, Teil 1, cit., 165. Rileva, poi, KREMS K. H., *Der NRW-Entwurf für ein Verbandsstrafgesetzbuch. Gesetzgeberische Intention und Konzeption*.pdf, in ZIS, 2015, 7, come non sia previsto alcun catalogo di reati presupposto, a differenza di altre legislazioni e della stessa convenzione PIF, sul cui stimolo la bozza è stata redatta. In generale manca un'espressa enunciazione di *Exkulpationsmöglichkeiten*, degli elementi esimenti la responsabilità dell'ente. DAV, *Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Strafrecht*, cit., 31, suggerisce al riguardo la possibilità di enucleare tra questi la valutazione dei rischi, l'adozione di un codice di condotta, la dovuta diligenza, i *compliance programs* e l'attuazione di misure preventive, nonché il controllo e la valutazione.

responsabilità penale dei soggetti tenuti all'adozione ed implementazione di un sistema di *criminal compliance*.

I termini della questione appariranno più chiari a seguito della disamina dei compiti spettanti agli organi coinvolti nell'esercizio della funzione di *compliance* nelle società tedesche, ovvero il *Vorstand* e l'*Aufsichtsrat*.

L'organo di gestione, tenuto alla diligente gestione della società (§§ 76 e 93 *AktG*) e vincolato nell'espletamento dei suoi compiti al principio di legalità, deve garantire non solo la conformità del proprio operato alle regole giuridiche di ogni natura di cui l'impresa è destinataria, ma altresì il rispetto delle medesime da parte dei dipendenti e delle maestranze⁶⁹⁹.

Perciò la *compliance*, quale predisposizione di misure che garantiscano il rispetto delle regole all'interno dell'organizzazione, viene considerata come una modalità di espletamento del dovere cardine del consiglio di amministrazione e a sua volta oggetto di un obbligo la cui estensione varia a seconda dell'attività svolta, delle dimensioni dell'impresa, del luogo geografico in cui essa esplica la propria attività⁷⁰⁰: non a tutte le realtà imprenditoriali può infatti richiedersi l'implementazione di un costoso sistema di *compliance* così come *supra* descritto, bensì soltanto a quelle in cui ciò si renda necessario e sia ragionevole rispetto ai parametri suddetti.

Nondimeno, laddove possa ritenersi sussistente tale dovere, i membri dell'organo di gestione sono chiamati, sotto il profilo preventivo, a creare ed implementare un sistema che prevenga e mantenga sotto controllo il rischio di illeciti⁷⁰¹.

In caso di fallimento di tale sistema o all'insorgere di sospetti circa la violazione di regole cui l'impresa e dipendenti siano sottoposti, spetta sempre al consiglio di amministrazione l'attivazione di poteri di reazione, *in primis* quelli di accertamento dell'illecito o di violazioni prodromiche alla commissione di illeciti; di rimozione del rischio che si verificino nuove violazioni, mediante l'intensificazione del monitoraggio del settore in cui il sistema di prevenzione ha fallito; di adozione di sanzioni

⁶⁹⁹ REICHERT J., *Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens*, in *ZIS*, 2011, 113; REICHERT J., OTT N., *Die Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat zur Aufklärung von Non Compliance in der AG*, in *NZG* 2014, 241; SCHNEIDER H., GOTTSCHALDT P., *Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen*, in *ZIS*, 2011, 573 s..

⁷⁰⁰ REICHERT J., *Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens*, cit., 114.

⁷⁰¹ REICHERT J., OTT N., *Die Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat zur Aufklärung von Non Compliance in der AG*, cit., 242.

proporzionate al fatto e tendenzialmente coincidenti con le misure previste dal diritto del lavoro⁷⁰².

Anche nella realtà societaria tedesca, come in quella americana, se la responsabilità per la costituzione e successiva attuazione di un sistema di *compliance* ricade sugli amministratori, le attività di tipo operativo e da svolgersi quotidianamente possono essere delegate verticalmente a dipendenti della società, quali ad esempio gli addetti al settore *compliance* (*Compliance Officer* o *Compliance Beauftragte*), i revisori dei conti interni od esterni all'azienda, i dipendenti dell'ufficio legale⁷⁰³.

Ai compiti della gestione societaria in materia di *compliance*, si affiancano quelli di sorveglianza dell'*Aufsichtsrat*, cui ai sensi del § 111 *AktG* spetta il controllo sull'attività di gestione e quindi altresì sulla realizzazione del sistema di prevenzione, attraverso la valutazione non solo della sussistenza, idoneità ed efficienza dell'organizzazione di *compliance*, ma anche delle indagini, della rimozione dei difetti del sistema e della reazione sanzionatoria⁷⁰⁴. In situazioni di normalità i componenti dell'*Aufsichtsrat* possono limitarsi ad una valutazione delle relazioni degli amministratori, con controlli a campione. In presenza, invece, di criticità è richiesto un controllo più pervasivo delle direttive del *Vorstand*, fino al dovere di sostituirsi allo stesso in caso di conflitto di interessi che lascino dubitare dell'imparzialità ed obiettività delle misure scelte dal consiglio di amministrazione, come ad esempio nell'ipotesi di partecipazione di un amministratore all'illecito⁷⁰⁵.

In tale quadro si inserisce la richiamata pronuncia, con cui il *Bundesverfassungsgericht*, in un *obiter dictum*, ha affermato la titolarità di una posizione di garanzia per l'inadempimento dei reati commessi dai dipendenti in capo al *Compliance Officer*.

Nel dettaglio, la vicenda giudiziaria vedeva imputato di concorso omissivo nel reato di truffa il responsabile dell'ufficio legale e di revisione contabile della società berlinese di pulizia delle strade (*Berliner Straßenreinigung*). All'epoca della sua direzione, la

⁷⁰² REICHERT J., *Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens*, cit., 119.

⁷⁰³ REICHERT J., OTT N., *Die Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat zur Aufklärung von Non Compliance in der AG*, cit., 243, BOCK D., *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance*, cit., 77. Sulla delega verticale delle funzioni di prevenzione e sorveglianza si rinvia altresì al § 3.4.1.

⁷⁰⁴ REICHERT J., OTT N., *Die Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat zur Aufklärung von Non Compliance in der AG*, cit., 242.

⁷⁰⁵ REICHERT J., OTT N., *Die Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat zur Aufklärung von Non Compliance in der AG*, cit., 245.

commissione incaricata della fissazione delle tariffe per il servizio erogato dalla società aveva applicato erroneamente i criteri di computo delle stesse fissate da un provvedimento della città di Berlino, addebitando costi più elevati ai cittadini. Terminato il suo ufficio all'interno della direzione, l'imputato, unitamente al nuovo presidente della commissione e suo sottoposto nell'ufficio legale, accortosi dell'errore di calcolo commesso, non avvisava né il consiglio di amministrazione, né il collegio sindacale, consentendo così che nel nuovo periodo fosse perpetrato l'ingiusto addebito ai contribuenti e partecipando, per omesso impedimento, al reato di truffa commesso dal nuovo presidente della commissione incaricata del piano tariffario⁷⁰⁶.

Nel confermare la condanna dell'imputato, il BGH si sofferma nell'accertamento della relativa posizione di garanzia, rilevando come la statuizione del dovere di impedimento di reati da parte del soggetto incaricato di dirigere l'ufficio legale e la revisione della società dipenda dalla verifica dei doveri e delle responsabilità che concretamente gli siano stati trasferiti dagli amministratori. In particolare, si legge nella pronuncia, una responsabilità per mancato impedimento dell'altrui reato può conseguire soltanto al trasferimento, mediante contratto di lavoro, del dovere di impedire che la società e i suoi dipendenti siano fonte di violazione di norme con pregiudizio per i terzi, così come nel caso di specie doveva evincersi rispetto al dirigente dell'ufficio legale, purtuttavia in ragione dell'incarico assunto all'interno della commissione tariffaria di una società a partecipazione pubblica⁷⁰⁷.

Parimenti, si legge in un *obiter dictum* della Corte, una posizione di garanzia ai sensi del § 13 StGB⁷⁰⁸ è sempre riconoscibile in capo al titolare della funzione *compliance*, il c.d. *Compliance Officer*, il cui compito consiste nell'impedimento delle violazioni di norme giuridiche ed in particolare di reati (*Verhinderung von Rechtsverstößen und insbesondere auch Straftaten*), che possono comportare notevoli pregiudizi patrimoniali

⁷⁰⁶ BGH 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08, in NZG, 2009, 1356 ss

⁷⁰⁷ BGH, 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08, cit., 1358 s.: specifica la corte come in genere non si possa attribuire al dirigente dell'ufficio legale una posizione di garanzia di tal fatta. Tuttavia, avendo l'imputato assunto tale incarico nell'ambito di una società pubblica, con la precisa finalità di garantire l'applicazione di tariffe conformi ai parametri normativi, legislativi e regolamentari, a tutela dei contribuenti, non può non ritenersi titolare di una posizione di garanzia volta all'impedimento di violazioni di legge a detrimento di questi ultimi.

⁷⁰⁸ Per un'analisi della norma si rinvia al capitolo 2, § 2.3

e reputazionali alla società, tale essendo il nucleo delle funzioni trasferitegli dall'amministrazione societaria⁷⁰⁹.

A prescindere dalle critiche rivolte dalla dottrina alla statuizione della Corte, inerenti la confusione tra la posizione di garanzia di impedimento di reati e quella di protezione del patrimonio della società⁷¹⁰, nonché la necessità di accertare in concreto la somma di poteri spettanti agli organi societari⁷¹¹, ciò che maggiormente rileva ai fini del presente lavoro, è il non detto di tale *obiter dictum*.

Infatti, l'individuazione dei presupposti della responsabilità omissiva impropria nell'ambito dei compiti del *compliance officer*, espressamente riconosciuto come delegato del *Vorstand*, implica il riconoscimento di una posizione di garanzia originaria in capo ai membri di tale organo in ragione dell'obbligo di organizzare la società e di dotarla di un sistema di prevenzione di reati, ovvero in ragione del dovere di *compliance*.

In dottrina, dunque, la statuizione in esame è stata interpretata quale implicito riconoscimento della *Geschäftsherrenhaftung* dell'organo di gestione delle società⁷¹². Come si è visto, tale concezione poggia sulla titolarità di poteri di controllo e di comando, ovvero di intervento, di cui il titolare dell'impresa o i suoi rappresentanti dispongono per impedire che dall'operatività della stessa possano derivare danni a terzi⁷¹³. Essenziale, per parte della dottrina, è che i poteri di comando e direttiva si inseriscano nella sostanziale funzione di controllo della *res periculosa* creata o gestita, che coincide con l'attività di impresa svolta in forma sociale⁷¹⁴.

Quando, nell'ambito dell'espletamento delle funzioni di *compliance*, il *Vorstand* debba esercitare simili poteri, in particolare, ove sia chiamato ad adottare non misure strettamente organizzative, ma di tipo operativo, quali misure sanzionatorie o di reazione ad irregolarità che impediscano il perpetrarsi della condotta illecita, prima che essa integri un reato, senz'altro i suoi membri sono tenuti ad agire in qualità di garanti e

⁷⁰⁹ BGH, 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08, cit., 1358.

⁷¹⁰ MITTELSDORF K., *Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern*, in *ZIS*, 2011, 127

⁷¹¹ SCHNEIDER H., GOTTSCHALDT P., *Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen*, cit. 574.

⁷¹² DANNECKER G., DANNECKER C., *Die "Verteilung" der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, in *JZ*, 2010, 989, 991; BERNDT M., *Strafrechtliche Garantenpflicht eines Compliance Officers*, in *StV*, 2009, 690.

⁷¹³ Si rinvia sul punto al capitolo 3, § 3.4.1

⁷¹⁴ ROXIN C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, cit., 756 e dottrina ivi citata. Inoltre DANNECKER G., DANNECKER C., *Die "Verteilung" der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, in *JZ*, cit. 990.

a rispondere per l'omesso impedimento di reati commessi dai dipendenti della società, rientrando tali facoltà nei *Weisungsbefugnisse* o *Befehlbefugnisse*, che connotano la loro posizione di *Geschäftsherren*⁷¹⁵. Analogamente deve ragionarsi in ordine all'*Aufsichtsrat* nelle ipotesi sopra viste, in cui è tenuto ad attivarsi in sostituzione al consiglio di amministrazione.

La responsabilità omissiva impropria degli apicali, conseguente all'inadempimento dei doveri proattivi di *compliance*, dovrebbe quindi sempre trovare fondamento nei doveri-poteri di impedimento tipici della *Geschäftsherrenhaftung*.

Viceversa, gli obblighi di tipo organizzativo in sé altro non sono se non una modalità di adempimento del dovere di gestione della società conformemente alla legge⁷¹⁶.

In quanto al *compliance officer*, i cui compiti sono determinati in via contrattuale e i relativi poteri delegati dal *Vorstand*, condivisibili sono le perplessità di quegli Autori che ritengono necessaria la previa valutazione delle funzioni in concreto attribuite anche a tale figura aziendale⁷¹⁷.

Da un'analisi delle prassi societarie, la dottrina ha rilevato come tra i doveri del *compliance officer* ricorrano quello di valutazione dei rischi di punibilità delle operazioni che la società intende porre in essere, si tratti di nuovi rapporti o pratiche contrattuali, piuttosto che della messa in commercio di nuovi prodotti o della lavorazione di nuove materie prime; di consulenza dei reparti interessati in relazione ai rischi evidenziati; di comunicazione con le pubbliche autorità; di costante monitoraggio dell'efficacia delle direttive gestionali; di *reporting* all'organo amministrativo in ordine alla adeguatezza ed

⁷¹⁵ Si rinvia sul punto al capitolo 3, § 3.4.1. Sui requisiti della titolarità di una *Geschäftsherrenhaftung* SCHNEIDER H., GOTTSCHALDT P., *Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen*, 574; ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 752 s.; RÜBENSTAHL M., *Zur „regelmäßigen“ Garantenstellung des Compliance Officers*, in *NZG*, 2009, 1343; MOMSEN C., *Der Compliance-Officer als Unterlassungsgarant*, in (a cura di) PAEFFGEN H. U., *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für I. Puppe, cit., 763.

⁷¹⁶ In ciò si condivide l'osservazione di REICHERT J., *Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens*, cit., 114., nel punto in cui qualifica la *compliance*, come sistema di misure volte a garantire l'osservanza delle leggi, un metodo di adempimento del dovere di legalità gravante sulla gestione.

⁷¹⁷ BOCK D., *Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtssicherheit*, cit., 79, il quale rileva come vi siano, almeno nel diritto tedesco, alcuni settori in cui il legislatore è intervenuto ponendo specifici obblighi, come ad esempio in materia di tutela delle acque da parte di soggetti di diritto pubblico (§§ 21a e ss. WHG).

effettività dei principi, mezzi e procedimenti volti all'impedimento del rischio di violazioni; infine di istruzione, consulenza e controllo del personale⁷¹⁸.

Al contrario, non competono di regola al *Compliance Officer* poteri direttivi e di comando sui sottoposti, né tanto meno nei confronti dei membri del *Vorstand*⁷¹⁹, limitandosi tale figura all'espletamento di attività di controllo, di verifica della tenuta del sistema e di informazione dei vertici⁷²⁰, senza possibilità di intervento diretto e così di influenza sull'altrui condotta.

Nondimeno, parte della dottrina nega la necessità di una delega di pieni poteri al *compliance officer* ai fini della configurazione di una posizione di garanzia, ritenendo sufficiente il dovere-potere di allertare i dirigenti e così favorirne l'intervento di natura coattiva. Ai fini della configurazione di una posizione di garanzia, infatti, rileverebbe soltanto l'importanza che il compito così trasferito assume rispetto alla tutela del bene giuridico, che nel caso di trasferimento dei doveri/poteri di vigilanza rimane elevata, non potendo il *management* esercitare i poteri di intervento senza il previo controllo del delegato. Un limite alla rilevanza penale dell'omesso controllo/informazione del *Compliance Officer* sarebbe soltanto il grado di frammentazione dei poteri, spesso ripartiti tra una molteplicità di soggetti operanti nel reparto *compliance* di una società, privi di capacità decisionale all'interno della gerarchia aziendale per l'esiguità di poteri loro via via attribuiti⁷²¹.

A parte l'ovvia difficoltà di rintracciare una linea di confine tra una ripartizione dei ruoli idonea ed una inidonea ad "infrangere" la posizione di garanzia originaria, si osserva come tale impostazione non sia accoglibile, alla stregua della nozione di potere

⁷¹⁸ BOCK D., *Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtssicherheit*, cit., 79; MOOSMAYER K., *Modethema oder Pflichtprogramm guter Unternehmensführung? – Zehn Thesen zu Compliance*, in *NJW* 2012, 3014 s.; SÜNNER E., *Das Berufsbild des Compliance Officers*, in *CCZ*, 2014, 92.

⁷¹⁹ HAUSCHKA E., *Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management?*, in cit., 260, che sottolinea la rarità nella prassi di un trasferimento di tutti i poteri facenti capo all'organo di amministrazione ed inerenti una certa funzione. Nello stesso senso GEIGER D., *Nemo ultra posse obligatur - Zur strafrechtlichen Haftung von Compliance-Beauftragten ohne Disziplinargewalt*, in *CCZ*, 2011, 172; MOMSEN C., *Der Compliance-Officer als Unterlassungsgarant*, in (a cura di) PAEFFGEN H. U., *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für I. Puppe, Berlin, 2011, 763; SCHNEIDER H., GOTTSCHALDT P., *Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen*, cit., 574; RÜBENSTAHL M., *Zur „regelmäßigen“ Garantenstellung des Compliance Officers*, in *NZG*, 2009, 1343.

⁷²⁰ BERNDT M., *Strafrechtliche Garantenpflicht eines Compliance Officers*, cit., 69.

⁷²¹ DANNECKER G., DANNECKER C., *Die "Verteilung" der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, 990.

impeditivo che nel presente lavoro⁷²² si ritiene necessario assumere a fondamento di una posizione di garanzia e che appare essere condivisa altresì dalla dottrina tedesca maggioritaria in tema di *Geschäftsherrenhaftung*⁷²³.

In ogni caso si deve ricordare che l'omessa adozione di misure preventive, idonee cioè a minimizzare il rischio e ad ostacolare ma non necessariamente ad impedire la commissione di un reato, può integrare nell'ordinamento tedesco l'elemento materiale dell'*Aufsichtspflichtverletzung*, con conseguente addebito di responsabilità amministrativa agli inadempienti *Aufsichtspflichtige* (titolari di poteri-doveri organizzativi di controllo)⁷²⁴ ai sensi del § 130 *OWiG*⁷²⁵.

4.5 Il sistema italiano di *compliance punitiva*: responsabilità individuali dei "controllori" sotto la lente di ingrandimento del d.lgs. 231/2001.

Si è visto sin qui come la tendenza alla regolazione della *criminal compliance* sia un fenomeno di portata globale, che spesso, valorizzando il principio dell'*Organisationsverschulden*, collega alla violazione dei doveri organizzativi e preventivi gravanti sull'impresa la relativa responsabilità penale o amministrativa;

In molte legislazioni assume rilevanza, nell'ottica premiale di esclusione dalla responsabilità o di riduzione della pena, l'adozione di *compliance programs*, supporto normativo degli obblighi di *criminal compliance*, in quanto previsione di un sistema di regole e procedure, che si sostanziano nel controllo organizzato delle attività imprenditoriali, ovvero nel loro monitoraggio per la rilevazione di rischi ed irregolarità e nella loro repressione mediante sanzioni di tipo disciplinare.

Negli ordinamenti assunti a modello di riferimento, gli USA e la Germania, pur nella diversità di principi, della regolamentazione ed attuazione della *compliance*, si è

⁷²² Si rinvia sul punto ai capitoli 2 e 3.

⁷²³ SCHNEIDER H., GOTTSCHALDT P., *Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beaufragten in Unternehmen*, cit., 574; ENGELHART M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, cit., 752 s.; RÜBENSTAHL M., *Zur „regelmäßigen“ Garantenstellung des Compliance Officers*, cit., 2009, 1343; MOMSEN C., *Der Compliance-Officer als Unterlassungsgarant*, in (a cura di) PAEFFGEN H. U., *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für I. Puppe, cit., 763.

⁷²⁴ Tra questi, rileva GÜRTLER F., *sub § 30 OWiG*, in (a cura di) GÜRTLER F., SEITZ H., GÖHLER E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, cit., 1156, ben può rientrare il *compliance officer* limitatamente ai poteri organizzativi che gli sono attribuiti in funzione di prevenzione degli illeciti.

⁷²⁵ Per un'analisi della norma dal punto di vista della funzione sussidiaria si rinvia al § 3.4.2..

verificato come i doveri di prevenzione dei reati direttamente o indirettamente⁷²⁶ posti agli enti, si tramutino in altrettanti doveri di previsione ed attuazione del sistema preventivo che, su impulso dell'organo amministrativo, responsabile dell'adozione delle misure di prevenzione e del loro funzionamento, coinvolge altri organi societari, *in primis* l'organo di controllo sulla gestione, funzioni aziendali, quale quella svolta dal *compliance officer*, e gli stessi dipendenti con funzioni dirigenziali ma di carattere operativo, chiamati a far rispettare le regole comportamentali e le procedure introdotte dai programmi ai propri subordinati.

Si è anche visto come in tali ordinamenti la responsabilizzazione degli organi incaricati della *criminal compliance* avvenga per lo più sulla base di espresse previsioni normative, penali o amministrative, che tipizzano condotte omissive proprie, non trovando applicazione invece il meccanismo di imputazione del reato omissivo improprio, eccezion fatta per i doveri-poteri tipicamente riservati agli amministratori, rientranti nella *Geschäftsherrenhaftung* nell'ordinamento tedesco e alla *responsible corporate doctrine* in quello statunitense.

Dunque, alla luce di quanto sinora esaminato, in materia di posizioni di garanzia sotto il profilo dogmatico, di applicazione della teorica del reato omissivo improprio al campo dei controlli sulla gestione societaria ed, infine, di sistemi di *compliance*, esaminati anche dall'angolo visuale della comparazione, è giunto il momento di riflettere sull'impatto che il d.lgs. 231/2001, quale principale fonte di *criminal compliance* nel nostro ordinamento, ha avuto sotto il profilo della responsabilità penale dei membri degli organi chiamati ad implementare e vigilare sul sistema di prevenzione della criminalità introdotto dal legislatore italiano agli inizi del secolo.

In particolare, non recando la normativa alcuna esplicita previsione di responsabilità penale per l'inadempimento degli obblighi organizzativi ed operativi introdotti dal decreto e/o dai modelli di organizzazione e gestione⁷²⁷, al fine di esonerare l'ente dalla colpa di organizzazione, si verificherà ora se un'espansione della responsabilità penale possa essere affermata in ragione della configurazione di nuove posizioni di garanzia⁷²⁸.

⁷²⁶ Attualmente in Germania mediante il combinato disposto dei §§ 130- 30 OWiG

⁷²⁷ Singolare caso è l'incriminazione della violazione del dovere di allerta delle pubbliche autorità gravante su collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato di gestione e sull'Organismo di Vigilanza prevista dagli art. 52-55 d.lgs. 231/2007 in materia di antiriciclaggio. Sul punto si veda *infra*

⁷²⁸ Rileva una continuità tra colpa di organizzazione e responsabilità omissiva impropria, GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir.*

Il quesito, tradotto nei termini della teoria cui si ritiene di aderire rispetto al fondamento dell'equivalenza tra l'azione e l'omissione ex art. 40, comma 2 c.p., comporta l'accertamento della sussistenza di poteri e doveri di controllo e di impedimento delle altrui condotte criminose, questi ultimi, nell'ambito dei rapporti societari, presupponenti un'efficacia giuridica di carattere inibitorio-comminatorio⁷²⁹.

Facendosi riferimento, dunque, all'assetto dei compiti assegnati ad amministratori e sindaci nell'organigramma societario e già esaminati al capitolo 1, si procederà ora alla disamina in chiave penalistica della posizione di tali organi, così come delineata dalle disposizioni normative del "sistema 231", tenendo in considerazione *in primis* quelle legislative e poi il contenuto di alcuni modelli, specificanti i compiti degli organi societari in via di autoregolamentazione;

Sin d'ora preme evidenziare una distinzione, già emersa tra le righe dell'esperienza tedesca, ovvero quella tra obblighi di carattere meramente organizzativo, che impongono cioè l'adeguamento della società ad efficaci standard prevenzionistici, mediante la previsione e predisposizione di misure da calibrare in relazione alla singola realtà d'impresa, ed obblighi operativi di sorveglianza ed intervento "sul campo", che costituiscono l'esplicazione dell'organizzazione mediante protocolli di azione e strumenti di reazione

4.5.1 (Segue) *La funzione amministrativa tra obblighi di organizzazione ed obblighi di garanzia.*

Si è visto come l'art. 41 Cost. fondi in capo all'imprenditore una generale posizione di garanzia per la tutela dei beni giuridici esposti ai rischi dell'attività di impresa, salva la necessità di specificazione per legge dei doveri e poteri integranti tale posizione, tra i quali figurano i poteri direttivi e decisionali riconosciutigli dagli artt. 2086, 2094 e 2104 c.c., da cui discende il dominio sull'impresa⁷³⁰.

Qualora essa sia organizzata in forma societaria, tale funzione viene assunta dall'amministratore unico o da una pluralità di amministratori, cui spetta in via esclusiva la gestione della società ai sensi dell'art. 2380 bis, comma 1 c.c.. Gli amministratori godono quindi dei poteri decisionali e di rappresentanza, adottano

pen. proc., 2002, cit., 1068. Gli sforzi compiuti dall'ente per dotarsi di una organizzazione "a prova di reato", si concretizzano in obblighi per i soggetti interni chiamati a realizzare tale responsabilità.

⁷²⁹ Si rinvia sul punto al capitolo 3.

⁷³⁰ Capitolo 3 § 3.2.1

l'adozione di tutte le decisioni necessarie al perseguimento dello scopo sociale e manifestano all'esterno la volontà dell'ente⁷³¹.

Sotto il profilo contenutistico due sono le tipologie di decisioni spettanti all'amministrazione nell'esercizio del potere di gestione e direzione dell'impresa.

Una prima tipologia ha ad oggetto scelte di natura operativa, volte a risolvere situazioni di incertezza nella gestione delle risorse societarie in vista del perseguimento dell'oggetto sociale. Nelle organizzazioni societarie più complesse, poi, il potere di adottare tali decisioni viene spesso delegato a soggetti fisicamente e per competenze più vicini all'area cui la decisione inerisce, conservando il *management* un ruolo di direzione e controllo. Accanto alle decisioni di tipo "operativo", agli amministratori competono altresì scelte di natura strettamente organizzativa dell'impresa societaria, al fine di renderla una struttura idonea al corretto svolgimento dell'intera attività sociale⁷³². Come osservato nell'*incipit* del presente lavoro, con la riforma del diritto societario del 2003, la funzione organizzativa confluisce nell'impegnativo compito di "curare" e "valutare" l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società (art. 2381, commi 3 e 5). Gli assetti consistono in un insieme di processi ed operazioni integrate- che gli amministratori, delegati o *in plenum* in assenza di deleghe, predispongono e valutano per consentire una maggiore controllabilità della realtà societaria e ridurre conseguentemente i margini di errore ed i fattori di rischio, tra cui anche quelli di *non compliance* rispetto a tutte le norme poste dall'ordinamento⁷³³.

Perciò parte della dottrina commercialistica riconosce come i poteri di gestione tendano ad assumere sempre più i caratteri di direzione strategica, attraverso il controllo sulle

⁷³¹ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, 2013, 363.

⁷³² In tal senso PALIERO C.E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 172 ss, i quali parlano di "organizzazione dell'organizzazione" quale condizione essenziale all'assunzione delle decisioni "vitali" dell'ente, che gli consentono di svolgere la propria attività e perseguire i propri scopi. Poiché queste non dipendono strettamente da un unico soggetto, ma sono il frutto dell'attivazione di una pluralità di individui e funzioni interne. Nella letteratura commercialistica, in particolare IRRERA M., *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in (a cura di) BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, 559, si sottolinea come la previsione di un obbligo di adozione di assetti adeguati, quale declinazione del dovere di corretta amministrazione, sia la traduzione sul piano giuridico delle acquisizioni delle scienze aziendalistiche, che sottolineano l'importanza dell'organizzazione per il successo dell'attività d'impresa. Così assumono sempre più rilievo, accanto ai controlli di gestione, la procedimentalizzazione delle varie fasi dell'attività, l'integrazione dei processi, il *risk management*.

⁷³³ Capitolo 1, § 1.2.

procedure in cui si svolge l'attività d'impresa, venendo progressivamente a ridursi l'esercizio ripetuto dei medesimi poteri al fine di adottare singole decisioni⁷³⁴.

Si è avuto altresì modo di vedere come la funzione *ex novo* attribuita ai dirigenti degli enti indicati dall'art. 1 d.lgs. 231/2001, tra cui un ruolo di primo piano assumono le società, ed avente ad oggetto l'adozione ed efficace attuazione di modelli di organizzazione, gestione e controllo (artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001), rientri a pieno titolo nel più generale compito di dotare la società di una struttura organizzata e capace di prevenire e reagire alle situazioni di rischio ai sensi dell'art. 2381 c.c., nella fattispecie al rischio di commissione di reati⁷³⁵.

All'indomani dell'adozione del d.lgs. 231/2001, parte della dottrina segnalava che la previsione dell'onere di adozione ed efficace attuazione dei modelli di cui agli artt. 6 e 7 del decreto potesse fungere da fonte di un dovere-potere di impedimento dei reati commessi dagli intranei, gravante sull'organo di gestione⁷³⁶.

L'analisi sin qui condotta consente di dissentire.

A prescindere dalla discussa natura di obbligo giuridico o di scelta discrezionale spettante all'amministrazione⁷³⁷, che potrebbe in taluni casi precludere la sussistenza dell'elemento formale a fondamento della responsabilità omissiva impropria ex art. 40, comma 2 c.p., ovvero l'obbligo giuridico di impedire l'evento, dal punto di vista contenutistico il dovere-potere di adottare ed efficacemente attuare i modelli attiene alla fase organizzativa della fonte di pericolo, rappresentata dall'attività di impresa svolta in forma societaria, allo scopo di renderla più facilmente controllabile e quindi *dominabile al presentarsi del rischio-reato*. Mentre agli amministratori delegati spetta la cura degli assetti organizzativi, in cui possono rientrare i modelli quale parte integrante del sistema di controllo interno, il consiglio di amministrazione deve valutarne l'adeguatezza, ovvero l'idoneità allo scopo cui sono predisposti.

Come si è visto, il contenuto essenziale dei modelli consiste nella previsione: di protocolli volti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni in ordine ai

⁷³⁴ IRRERA M., *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in (a cura di) BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *Il nuovo diritto societario*, cit., 559.

⁷³⁵ Si rinvia al capitolo 2, § 1.2.1. In particolare sul punto IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 98

⁷³⁶ GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, cit., 1065 ss.. Esprime il timore di un impatto estensivo del d.lgs. 231/2001 sulle responsabilità individuali altresì PASCULLI M.A., *La responsabilità «da reato» degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005, 198.

⁷³⁷ Rinvio al capitolo 2, §§ 1.2 e 1.2.1.

reati degli apicali (art. 6, comma 2, lett. b), con contestuale potenziamento dei controlli sul funzionamento e l'osservanza degli stessi mediante creazione dell'Organismo di Vigilanza e di un sistema di flussi informativi ad esso rivolto; di misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio (art. 7, comma 3) relative all'attività dei dipendenti.

L'adozione dei modelli consiste, quindi, in un'attività di produzione normativa, in particolare di regole comportamentali, precauzionali e cautelari, che compongono i protocolli e le procedure di svolgimento delle attività aziendali⁷³⁸, sulla base delle specifiche esigenze e dei rischi prospettabili nella singola impresa⁷³⁹.

Ora, l'esistenza della norma cautelare in sé non è sufficiente ad impedire un reato nel senso forte che si ritiene debba caratterizzare l'intervento impeditivo del "controllore" in ambito societario rispetto alla condotta delittuosa altrui, intervento che deve porsi quale potestà comminatoria, direttamente incidente nella sfera giuridica dell'agente, con attitudine a paralizzarne gli effetti⁷⁴⁰. Analogamente, dunque, nemmeno la predisposizione dei modelli idonei, contenenti tutte le norme cautelari e precauzionali formulate per la prevenzione del rischio-reato, incide sulla condotta criminosa concretamente tenuta dall'agente: si tratta soltanto di un'indicazione degli strumenti da adottare e di una ripartizione delle competenze, che riduce il rischio-reato preventivato attraverso il *risk assessment*.

Se l'adozione dei modelli non integra un'azione tipicamente impeditiva, nemmeno il dovere di adottarli può reputarsi tale e configurare così, astrattamente considerato, un obbligo di garanzia, corredato da poteri impeditivo: ciò cui mira la norma di cui all'art. 6, comma 1, lett. a) d.lgs. 231/2001 non è primariamente l'impedimento dell'evento-reato in concreto, bensì, attraverso l'organizzazione dell'ente, la minimizzazione del rischio che fattispecie criminose di un certo tipo si verificino per mezzo della struttura societaria, "geneticamente" predisposta alla loro realizzazione⁷⁴¹.

⁷³⁸ PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, cit., 844 ss.

⁷³⁹ Secondo PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2002, 415; PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, cit., 845.

⁷⁴⁰ Sul punto si rinvia alla definizione di cui al capitolo 3, § 3.2.1

⁷⁴¹ SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, cit., 282; ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *An.*

Il dovere di efficace attuazione dei modelli si concretizza nell'attività di porli in funzione, attraverso l'esercizio del potere organizzativo⁷⁴²: gli amministratori delegati devono cioè garantire, anche attraverso il supporto di esperti, l'implementazione delle procedure e la predisposizione delle risorse umane e dei materiali necessari a consentire l'efficacia preventiva, la scoperta e la repressione delle violazioni.

Parallelamente, ai membri del consiglio di amministrazione spetta la valutazione dell'adeguatezza dei modelli adottati, nonché delle strutture e degli strumenti creati ed implementati per la loro attuazione, con il dovere di esercitare quei poteri di natura "comminatoria" nei confronti dei delegati che non adempiano correttamente al dovere organizzativo primario, revocando loro la delega o ponendo dei veti all'approvazione di modelli giudicati inidonei o incompleti all'impedimento dei reati.

Tuttavia né l'attività di organizzazione mediante l'adozione ed implementazione dei modelli, né quella di valutazione/controllo del consiglio di amministrazione sono caratterizzate da attitudine impeditiva, in quanto, come si è visto, tendono ad eliminare o ridurre il rischio che all'organizzazione, quale fonte di pericoli, promanino reati.

Pertanto l'esercizio dei relativi poteri decisionali non è idoneo ad incidere sulle condotte criminose che potrebbero verificarsi in futuro: si tratta di funzioni propedeutiche a tale scopo, ma ancora troppo lontane dall'evento-reato, in quanto

giur. ec., 2009, 194; PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, cit., 846. Nel senso dell'obbligo organizzativo gravante sugli amministratori come obbligo "pianificatorio", inadatto ad integrare persino una regola cautelare PALIERO C.E.-PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, cit., 176. Considerato che nelle fattispecie omissive improprie colpose la regola cautelare contribuisce alla descrizione del comportamento doveroso idoneo ad evitare l'evento dannoso o pericoloso, una norma che ponga un mero obbligo organizzativo, ovvero un obbligo di adottare le apposite cautele, senza nulla specificare con riferimento agli eventi da impedirsi e ai poteri esercitabili a tal fine non può ontologicamente integrare nemmeno un obbligo di garanzia compatibile con i principi costituzionali in materia penale. Analogamente GIUNTA F., *Il reato come rischio di impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, 243 ss., ove si rileva che la punibilità dell'ente si fonda sul rimprovero per il non aver evitato un evento evitabile, coincidendo questo non con il reato, bensì con la risoluzione delittuosa dell'autore materiale del reato, ponendo delle condizioni avverse al proliferare della criminalità d'impresa. I modelli stessi, rileva l'Autore, devono essere idonei a ridurre il rischio di commissione di reati. E così, la loro adozione da parte del management non può che mutare tale funzione. Analogamente, ALDOVRANDI P., *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. ec.*, 2007, 463. Nel senso di una evoluzione del diritto penale in direzione di una tutela costruita attorno al rischio si veda LA ROSA M., *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1299, con specifico riferimento alla costruzione del sistema di responsabilità *ex crimine* degli enti, fondato sulla violazione di obblighi organizzativi e, quindi della *Organisationsverschulden*, in un'ottica di contributo dell'ente mediante la mancata riduzione del rischio da esso promanante.

⁷⁴² PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., 415.

presuppongono la successiva attivazione dei meccanismi di controllo e di intervento previsti nei protocolli, in parte dominati dagli stessi amministratori, per le competenze decisionali trattenute al vertice, in parte delegati a dipendenti ed impiegati della società con funzioni dirigenziali, cui è attribuita la responsabilità delle diverse aree operative della società ⁷⁴³. Diversamente, invece, reputa quella parte della dottrina che ritiene sufficiente alla configurazione di posizioni di garanzia un qualsiasi potere di intervento collocantesi nella catena impeditiva più complessa. Alla stregua di tale interpretazione l'obbligo di organizzazione è sempre fonte di una posizione di garanzia, in quanto il suo adempimento è idoneo a spiegare effetti sull'organizzazione, i quali ultimi “*cadono in una fase preliminare rispetto ad adempimenti successivi*”⁷⁴⁴. Nello stesso senso, anche il Progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso, all'art. 23, comma 1, attribuiva ai soggetti tenuti all'adozione dei modelli di prevenzione dei reati, in virtù dei poteri dirigenziali loro conferiti dalla legge o dallo statuto, una “posizione di

⁷⁴³ Senza pretesa di approfondimento per la complessità della materia, nelle riflessioni svolte non si tiene in considerazione la particolare fattispecie di omicidio o lesioni colpose commesse con violazione delle regole antinfortunistiche. La peculiarità di tale fattispecie, infatti, dipende da numerosi elementi. In primo luogo l'esistenza di una dettagliata disciplina non solo di principio (norme costituzionali e codicistiche in materia di lavoro), ma anche settoriale, contenuta oggi nel d.lgs. 81/2008 e in ulteriori provvedimenti inerenti particolari attività pericolose. Quindi, rispetto al reato in esame gli amministratori rispondono sempre in qualità di datori di lavoro, titolare dei poteri di direzione e di spesa, dal cui esercizio dipende la messa in sicurezza dei luoghi di lavoro. La responsabilità ad essi imputabile non è quindi concorsuale per il mancato impedimento del reato altrui ai sensi degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p.. In terzo luogo la posizione di garanzia degli stessi ha ad oggetto la protezione dei beni della vita e dell'incolumità dei sottoposti, ai sensi dell'art. 2087 c.c.. Quindi l'azione impeditiva richiesta al datore di lavoro è rivolta non alla condotta altrui, bensì all'evento lesivo, che deve essere scongiurato contro qualsiasi fattore aggressivo, naturale od umano, quale la condotta negligente, imprudente o imperita di altro lavoratore, fronteggiabile dal datore non attraverso l'adozione di misure, giuridiche o materiali, direttamente incidenti sulla condotta altrui, ma soltanto attraverso l'adozione dei dispositivi di sicurezza richiesti dalla particolare attività lavorativa. In quest'ottica ben possono essere inquadrati tra i doveri-poteri impeditivi quelli di predisporre misure prevenzionistiche, la cui omissione rileva sul piano della colpa del datore di lavoro, contrastando non il fatto di reato, soggetto all'altrui sfera di dominio, bensì tutti i fattori di pericolo rientranti nell'attività di impresa, il cui dominio come res pericolosa è direttamente dell'imprenditore o dei suoi delegati. Sul punto si rinvia alla riflessione di ASSUMMA B, LEI M., *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in (diretto da) LEVIS M., PERINI A., *Commento al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit. 173.

⁷⁴⁴ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 274.

garanzia” fondantesi proprio sul dovere organizzativo⁷⁴⁵, avente ad oggetto la “*predisposizione delle condizioni per così dire strutturali del rispetto della legalità*”⁷⁴⁶.

A prescindere dalla considerazione che le posizioni di garanzia individuate dal Progetto erano volte ad enucleare soltanto i principi portanti della responsabilità degli individui, dovendosi poi fare riferimento a leggi di settore per la specificazione dei compiti⁷⁴⁷, si osserva come l’obiettivo esigenza di responsabilizzare, anche penalmente, i vertici aziendali per il difetto di organizzazione dell’ente, ovvero per l’omessa predisposizione delle misure necessarie a prevenire reati, non può essere soddisfatta mediante il ricorso a criteri oggettivi di imputazione travalicanti i limiti posti dal principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27 Cost.. Il che accadrebbe, invece, individuando nel potere-dovere di organizzazione in sé il contenuto di una posizione di garanzia rilevante ex art. 40, comma 2 c.p., in quanto trattasi di un potere di intervento *precauzionale*, di per sé inidoneo ad incidere risolutivamente su future condotte illecite di terzi.

Alla luce di tali riflessioni può giungersi ad affermare la propedeuticità degli obblighi organizzativi anche rispetto ai doveri di sorveglianza, che, come si vedrà *infra*, costituiscono parte integrante del sistema di prevenzione, rientrando tra le misure di monitoraggio dell’attività aziendale implementate attraverso i protocolli e le procedure decisionali, al fine di neutralizzare o minimizzare i rischi di commissione di reati.

Che tale sia lo scopo emerge dal significato del requisito di idoneità dei modelli e dei loro protocolli di prevenzione. Per essere tali, infatti, non è necessaria la relativa infallibilità: diversamente l’ente non potrebbe mai beneficiare dell’esimente in caso di commissione di un reato nel suo interesse o vantaggio. Il modello idoneo è quello che, *ex ante*, risulta capace di prevenire i reati-rischio attraverso le misure predisposte, essendo queste tali da consentire di eliminare o quanto meno di minimizzare il *rischio* della relativa commissione⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ Posizioni di garanzia nell’ambito di organizzazioni complesse Art 23, comma 1 del progetto di codice penale Grosso “*Colui che, per legge o per statuto, ha il potere di direzione di un’organizzazione tenuta agli adempimenti di cui a comma 1 dell’articolo precedente, è tenuto ad assicurarne l’osservanza, adottando le misure di sua competenza necessarie a tal fine. E’ altresì tenuto a tali adempimenti chi, pur senza averne il potere formale, dirige di fatto l’organizzazione in via continuativa e preminente*”

⁷⁴⁶ Così I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1 ottobre 1998, cit., 596

⁷⁴⁷ I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1 ottobre 1998, cit., 596.

⁷⁴⁸ SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, cit., 164 ss.

Infine, la qualifica dell'obbligo di adozione ed attuazione dei modelli idonei quale obbligo di garanzia e l'addebitabilità di responsabilità penale per omesso impedimento del reato altrui in caso di sua violazione, comporterebbero una forzatura del paradigma causale del reato omissivo improprio, che ex artt. 40, comma 2 individua quale oggetto dell'azione impeditiva, nonché secondo termine del rapporto di causalità omissiva, l'evento (nel caso di specie l'evento-reato, sia esso di danno o di pericolo) e non invece il rischio che quell'evento si verifichi. Diversamente opinando si perverrebbe ad un'illegittima anticipazione della soglia di tutela, con trasformazione del concorso omissivo degli apicali nel reato altrui in una fattispecie di pericolo⁷⁴⁹.

Per tali motivi deve ritenersi che gli obblighi di *compliance punitiva* ex artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, ovvero di organizzazione della realtà societaria in funzione di prevenzione dei reati mediante l'adozione e attuazione di modelli di organizzazione e gestione, non siano tali da configurare *ex se* posizioni di garanzia di impedimento di reati, almeno non nell'accezione costituzionalmente orientata dell'istituto che si ritiene di accogliere nel presente lavoro.

Allo stato attuale, pertanto, l'inadempimento di tali obblighi (oneri in riferimento all'ente) non può che avere ricadute sulla responsabilità civile degli amministratori e su quella amministrativa *ex crimine* della società⁷⁵⁰.

Sul modello tedesco di sanzione dell'*Aufsichtspflichtverletzung* ex § 130 OWiG, solo un intervento legislativo, introduttivo di idonee fattispecie omissive proprie, potrebbe soddisfare l'esigenza di una risposta punitiva all'omissione o inesatto adempimento dei doveri di *criminal compliance* gravanti sugli amministratori ai sensi del d.lgs. 231/2001, rendendo rilevanti anche condotte di mera agevolazione colposa⁷⁵¹. Tale incriminazione delle condotte inerti o *negligenti* del *management* si scontrerebbe tuttavia con la natura

⁷⁴⁹ Sull'illegittimità della sostituzione del rischio all'evento in assenza di specifiche disposizioni normative, MARINUCCI G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1.

⁷⁵⁰ *Ex multis*, di recente MENARDO N., *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, 19 novembre 2015, 19, in www.penalecontemporaneo.it

⁷⁵¹ In tal senso, con riferimento tuttavia all'omissione degli apicali che non ottemperino agli obblighi di direzione e vigilanza sui subordinati ai sensi del solo art. 7 d.lgs. 231/2001, DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1151 ss..

di mero onere che l'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione hanno nei confronti dell'ente⁷⁵².

Le riflessioni sinora condotte sull'impossibilità di attribuire agli obblighi strettamente organizzativi attitudine fondare posizioni di garanzia non escludono tuttavia che, nello spazio operativo del decreto, siano ravvisabili in capo agli amministratori doveri e poteri di natura direttamente impeditiva, specificazione dei poteri decisionali già spettanti agli amministratori in base alle norme civilistiche sulla gestione e sul controllo sulla gestione⁷⁵³ e a corredo del generale obbligo di garanzia di cui all'art. 41 Cost..

Il riferimento è in particolare ad eventuali interventi richiesti dai modelli soprattutto all'organo amministrativo o al Presidente dello stesso nell'ambito dei protocolli e delle procedure volte alla prevenzione dei reati, i quali possono estrinsecarsi nel sistema di ripartizione dei poteri e delle deleghe, preesistente o creato *ad hoc*, interno al consiglio di amministrazione o coinvolgente anche i responsabili delle unità organizzative o di specifiche aree di attività⁷⁵⁴. Si pensi ad esempio a doveri-poteri di autorizzazione preventiva di decisioni attinenti ad operazioni commerciali o transazioni di notevole valore, che potrebbero essere esercitati per paralizzare condotte corruttive⁷⁵⁵.

A seguito delle segnalazioni provenienti dai soggetti titolari di funzioni di controllo e ottenute grazie al sistema di circolazione delle informazioni previsto quale elemento essenziale ai fini dell'efficacia dei modelli, poteri dall'attitudine senz'altro impeditiva, possono essere senz'altro sono quelli sanzionatorio-disciplinari, a tutti gli effetti

⁷⁵² Circa l'opportunità della previsione di un dovere in capo all'ente si veda GIUNTA F., *Il reato come rischio di impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, cit., 248, il quale valuta positivamente la previsione di cui all'art. 22, comma 1 del Progetto di riforma del codice penale Grosso, di un vero e proprio obbligo di adozione dei modelli.

⁷⁵³ Il riferimento è qui ai poteri spettanti ai consiglieri rispetto all'operato degli esecutivi, già esaminati al capitolo 3.

⁷⁵⁴ In questo senso, ad esempio, si veda il Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 di Intesa Assicura, pagina 10, aggiornato al gennaio 2012 e disponibile al sito http://www.group.intesasanpaolo.com/script/lsir0/si09/governance/ita_dlgs_231_2001.jsp#/governance/ita_dlgs_231_2001.jsp, che descrive il sistema di ripartizione dei poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria delle società, rinviando all'organigramma interno.

⁷⁵⁵ In tal senso, si veda il Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 di Banca Intesa San Paolo, 59 s., che in ordine ai poteri di autorizzazione per la stipula di contratti con la pubblica amministrazione rinvia alla disciplina aziendale interna per l'individuazione dei soggetti titolari dei poteri di autorizzazione aggiornato al luglio 2015 e disponibile al sito http://www.group.intesasanpaolo.com/script/lsir0/si09/governance/ita_dlgs_231_2001.jsp#/governance/ita_dlgs_231_2001.jsp

rientranti tra le prerogative del datore di lavoro ai sensi dell'art. 1204 c.c.⁷⁵⁶, i quali devono essere organizzati in un sistema di misure reattive alle violazioni del modello e quindi volte ad incentivare il rispetto delle procedure e dei protocolli modelli, ovvero la loro osservanza, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. e).

In un'ottica impeditiva rilevano, ad esempio, in caso di reato commesso da dipendenti il potere di sospendere dall'incarico, di mutare le mansioni di un dipendente, financo di licenziare per giusta causa o giustificato motivo così interrompendo eventuali condotte poste in essere in violazione dei modelli ed anticipatorie della commissione di reati⁷⁵⁷. Qualora invece a violare i modelli siano gli stessi amministratori un idoneo strumento preventivo può rivelarsi la revoca dell'incarico che tuttavia, a seconda del modello di *corporate governance* prescelto, può essere attribuita al consiglio di amministrazione⁷⁵⁸ ovvero, per prevenire conflitti di interessi, in capo ad altri organi, quali il consiglio di sorveglianza⁷⁵⁹ o l'assemblea dei soci.

In conclusione, può quindi negarsi l'attitudine del "sistema 231" ad espandere la sfera della responsabilità penale degli amministratori mediante la creazione *ex novo* di posizioni di garanzia. All'impossibilità di qualificare gli obblighi organizzativi di *criminal compliance* tra gli obblighi di impedimento di altrui reati, si accompagna tuttavia l'eventualità che attraverso i modelli siano specificati, ed in tal modo chiariti, i possibili interventi impeditivi già rientranti nell'assetto dei poteri di direzione e gestione della società⁷⁶⁰.

Pertanto, in assenza o in caso di inidoneità dei modelli, gli amministratori potranno essere chiamati a rispondere del mancato impedimento del reato commesso

⁷⁵⁶ ASSUMMA B, LEI M., *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in (diretto da) LEVIS M., PERINI A., *Commento al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., 172.

⁷⁵⁷ A titolo esemplificativo si rinvia alle previsioni sul sistema sanzionatorio previsto dal Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 di Banca Intesa San Paolo, cit., 42 ove i poteri sia procedurali che di irrogazione della sanzione nei confronti dei dipendenti sono delegati all'Ufficio delle Risorse umane.

⁷⁵⁸ *Modello di organizzazione e di gestione ex decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231 parte generale approvata dal consiglio di amministrazione*, disponibile al sito https://www.enel.com/en-gb/Documents/governance/231/231_Parte_Generale.pdf, 50 ss.

⁷⁵⁹ Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 di Banca Intesa San Paolo, 46.

⁷⁶⁰ Sebbene nel senso opposto della qualificabilità degli obblighi di organizzazione quali obblighi di garanzia, anche NISCO A., *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni su criteri ascrittivi "soggettivi" e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, cit., 304, rileva come il d.lgs. 231/2001 si inserisca in una pregressa disciplina più generale, già fondante obblighi di garanzia.

nell'interesse o vantaggio dell'ente, tuttavia non per aver violato gli obblighi organizzativi di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, bensì soltanto nel caso in cui omettano altresì l'esercizio in concreto dei poteri di natura impeditiva, loro riconosciuti da altre disposizioni di legge e che, attraverso l'adozione ed attuazione di idonei modelli di prevenzione, avrebbero potuto adempiere in ottimali condizioni organizzative.

4.5.2 (Segue) I doveri-poteri di vigilanza dell'organo di controllo nel sistema di responsabilità amministrativa ex crimine degli enti.

Il d.lgs. 231/2001 non attribuisce espressamente funzioni al collegio sindacale e agli organi degli altri modelli di *corporate governance*, fatta salva la previsione della libertà della singola società di investire l'organo altresì dell'incarico di organismo di vigilanza (art. 6, comma 4 bis d.lgs. 231/2001). Nondimeno, in base alla normativa codicistica anche l'organo di controllo assume un ruolo attivo nel sistema di responsabilità da reato degli enti.

Richiamando brevemente quanto già esaminato nei capitoli precedenti⁷⁶¹ in ordine ai compiti e alla posizione del collegio sindacale, si sono distinte principalmente tre funzioni, accanto alle residue competenze sul controllo contabile:

- a) la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto nell'attività di gestione, attività che si risolve nella verifica di conformità ad ogni disciplina legale e regolamentare dell'intera attività sociale, anche qualora non direttamente riconducibile agli amministratori;
- b) la vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, ovvero delle regole aziendalistiche di corretta e prudente gestione della società;
- c) la vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e sul loro concreto funzionamento⁷⁶².

⁷⁶¹ Capitolo 1, §§ 1.2 e 1.2.1. e capitolo 3, § 3.3.1.

⁷⁶² CAVALLI G., *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in (a cura di) ABBADESSA P., PORTALE G.B., *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 56; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 185 ss.; IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 282; IRRERA M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in (a cura di) ALESSI R., ABRIANI N., MORERA U., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit., 265 ss; SFAMENI P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, 275; BENVENUTO L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, in *Le società* 2009, 679; PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., 189.

In particolare, per quanto attiene alla funzione da ultimo citata, oggetto del controllo del collegio sindacale sono altresì i modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001, in quanto parte integrante del sistema di controllo interno e degli assetti organizzativi: si tratta di un'attività di sorveglianza attinente alla fase dinamica del funzionamento delle procedure e delle operazioni che integrano gli assetti e alla loro efficace attuazione nella singola società⁷⁶³, al fine di verificare la razionalità dell'organizzazione rispetto all'obiettivo di prevenzione dei reati commessi nell'interesse o vantaggio della società stessa⁷⁶⁴.

Si è visto inoltre che, sulla base delle disposizioni del codice civile, l'espletamento delle attività di vigilanza sono condotte mediante l'ausilio del flusso di informazioni, di cui risulta destinatario e che ciascun membro dell'organo collegiale può autonomamente reperire mediante la doverosa partecipazione alle adunanze del consiglio di amministrazione (2405, comma 1 c.c.), nonché l'esercizio dei poteri di indagine, di controllo e di richiesta di informazioni specifiche agli amministratori di cui all'art. 2403 *bis* c.c.⁷⁶⁵.

Pertanto, grazie a tali strumenti informativi, anche nello svolgimento dell'attività di sorveglianza sul funzionamento dei modelli 231/2001, il collegio sindacale potrà venire a conoscenza di violazioni del modello o di situazioni in cui si è manifestata la sua inadeguatezza rispetto al fine di prevenire il rischio-reato.

In tali casi avrà il preciso dovere-potere di riferire al consiglio di amministrazione, sollecitandolo, ad esempio, al compimento di una nuova mappatura dei rischi o alla modifica delle procedure e dei protocolli di cui abbia rilevato la fallacia rispetto alle esigenze preventive della società⁷⁶⁶. A monte, ove manchi un idoneo modello organizzativo, inoltre, il collegio sindacale dovrà comunicare all'amministrazione l'urgenza di provvedere all'adozione dello stesso, onde evitare l'incorrere di danni per

⁷⁶³ FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P. E PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 273; FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in (diretto da) ABBADESSA P. E PORTALE G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 14 ss.

⁷⁶⁴ NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 333.

⁷⁶⁵ AIELLO M., *Il collegio sindacale: struttura e funzioni*, in (a cura di) COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, 584.

⁷⁶⁶ ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, cit., 201

la società e il rischio personale di esserne chiamato a rispondere civilmente ai sensi dell'art. 2407, comma 2 c.c..

Come già osservato in relazione all'attività di controllo sulla gestione⁷⁶⁷, acquisite notizie di illeciti o irregolarità, il collegio sindacale non dispone che di poteri di convocazione degli altri organi sociali e di *moral suasion* verso l'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione, al fine di incoraggiarne l'attivazione, senza tuttavia potersi loro sostituire nell'adozione di decisioni risolutive, compito che spetta esclusivamente all'organo di gestione e, in particolari materie, all'assemblea (artt. 2364-2365 c.c.)⁷⁶⁸.

Alla luce delle considerazioni espresse, deve escludersi che le norme civilistiche vigenti, così come integrate dalla disciplina del d.lgs. 231/2001, configurino in capo ai membri del collegio sindacale una posizione di garanzia per l'impedimento dei reati che gli intranei possano commettere nell'interesse o a vantaggio della società.

Se, infatti, tale non può ritenersi il dovere-potere degli amministratori di adottare, attuare ed aggiornare i modelli⁷⁶⁹, a maggior ragione il controllo sul concreto funzionamento, finalizzato alla rimozione delle lacune ed al miglioramento in chiave prevenzionistica mediante l'attivazione degli amministratori, non può ritenersi connotato da quell'attitudine impeditiva che, si ripete, deve caratterizzare l'assetto dei doveri e poteri di un garante⁷⁷⁰.

Rispetto alla funzione di organizzazione attiva degli amministratori, l'(in)adempimento dei compiti di controllo ed impulso si collocherebbe ad una distanza ancora maggiore dalle condotte illecite eventualmente tenute, non potendo esplicitare rispetto ad esse alcun effetto paralizzante di natura diretto⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ Capitolo 3, § 3.3.1.

⁷⁶⁸ GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., 610; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 153. Parimenti nella dottrina commercialista AMBROSINI S., *I poteri del collegio sindacale*, in (diretto da) ABBADESSA P.-PORTALE G.B., *Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso sul punto*, cit., 44; MONDINI F. P., *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, 48.

⁷⁶⁹ Sul punto si rinvia al § precedente.

⁷⁷⁰ In senso analogo, rileva ALDOVRANDI P., *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell' "ingerenza" penalistica nel "governo" delle società*, cit., 467, come già sul piano causale appare ardua la riconducibilità della violazione del dovere di vigilare sull'adeguatezza degli assetti e l'evento-reato da altri posto in essere.

⁷⁷¹ ALDOVRANDI P., *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell' "ingerenza" penalistica nel "governo" delle società*, cit., 467, il quale a ragione rileva come dalla funzione di mera vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi non possa derivarsi un obbligo di garanzia.

In ordine, poi, al sistema di controllo e di influssi informativi, che deve essere implementato a garanzia dell'efficacia dei modelli, può rilevare altresì l'attività di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto di cui il collegio sindacale è investito. Trattasi di un'attività di notevole portata, in quanto ha ad oggetto l'operato di ogni organo sociale ed il rispetto di ogni norma, di qualsiasi rango o fonte, rivolta alla società⁷⁷², che perciò non può che essere di carattere generale ed indiretto⁷⁷³.

Attraverso i modelli tale ruolo può essere specificato e declinato, attribuendo ai membri del collegio sindacale il dovere di scambiare informazioni con l'organismo di vigilanza ovvero di svolgere uno specifico ruolo di monitoraggio in alcune delle attività aziendali, al fine di rilevare irregolarità. La rilevazione di fatti da cui potrebbe discendere la responsabilità dell'ente dovranno essere comunicati agli organi competenti all'adozione di provvedimenti risolutivi, quali l'assemblea o il consiglio di amministrazione ovvero denunciati alle pubbliche autorità con i mezzi che si sono già esaminati e di cui si è esclusa la portata impeditiva⁷⁷⁴.

In carenza di poteri impeditivi previsti per legge, deve escludersi che gli stessi possano essere attribuiti dai modelli, i quali costituiscono atti di autonomia negoziale, inidonei a fondare posizioni di garanzia *ex novo*. Nel caso di specie l'attribuzione al collegio sindacale di prerogative decisionali, incidenti sull'altrui sfera giuridica, integrerebbe, ancora una volta, una violazione del principio di ripartizione dei poteri all'interno delle società voluto dal legislatore in relazione al sistema tradizionale di corporate governance⁷⁷⁵.

A ciò fa eccezione l'assetto di competenze dell'organo di controllo del sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza che, come si è visto, accanto ai doveri di vigilanza dei sindaci (art. 2409 *terdecies* c.c.), infatti, gode anche di poteri tipicamente amministrativi, quali l'approvazione del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato, nonché, su previsione statutaria, una sua deliberazione in ordine all'autorizzazione di operazioni strategiche, all'approvazione dei piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Inoltre all'organo in esame è attribuito il potere di nominare e

⁷⁷² AIELLO M., *Il collegio sindacale: struttura e funzioni*, in (a cura di) COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *Il nuovo diritto societario*, cit. 584.

⁷⁷³ MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit. 53.

⁷⁷⁴ Capitolo 3, § 3.3.1

⁷⁷⁵ AMBROSINI S., *I poteri del collegio sindacale*, in (diretto da) ABBADESSA P.-PORTALE G.B., *Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso sul punto*, cit., 44.

revocare i membri del consiglio di gestione, una delle iniziative più idonee ad incidere sulla sfera giuridica di altri soggetti a livello endosocietario (art. 2409-terdecies, lett. a))

⁷⁷⁶

Sulla scorta di tali previsioni, dunque, i modelli possono prevedere una partecipazione del consiglio di sorveglianza nelle procedure di approvazione di determinate operazioni a rischio reato, attribuendo all'organo il potere di paralizzare, mediante il diniego dell'autorizzazione, operazioni destinate a sfociare in condotte delittuose. Parimenti, in caso di violazioni del modello da parte degli amministratori stessi, il potere di revoca può essere esercitato in funzione sanzionatoria⁷⁷⁷ con effetti eventualmente impeditivi.

Anche con riferimento agli organi di controllo, deve quindi negarsi l'attitudine della disciplina del d.lgs. 231/2001 ad espandere la sfera di responsabilità degli organi societari di controllo, potendo al più essere valorizzare o specificate le funzioni ed i poteri attribuiti da altre norme dell'ordinamento.

4.5.3. (Segue) Gli autonomi poteri di iniziativa e controllo dell'Organismo di Vigilanza

L'art. 6, comma 1, lett. b) d.lgs. 231/2001 prevede, tra le condizioni di esonero da responsabilità amministrativa per il reato commesso da un apicale, la costituzione di “*un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*”, con il compito di “*vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento*”: l'Organismo di Vigilanza (OdV). Ai sensi, inoltre, della lettera d) dello stesso articolo, l'omessa o negligente attività dell'organo non consente l'esclusione della responsabilità.

In ordine alle questioni sulla composizione, nomina e collocazione nella struttura societaria si rinvia alle deduzioni già svolte nel primo capitolo in relazione alla rete dei controlli societari⁷⁷⁸. In questa sede si porrà l'attenzione sui requisiti che devono contraddistinguere i suoi componenti, nonché sui compiti e sui poteri riconosciuti all'organismo, per comprendere se, nelle intenzioni del legislatore, i membri dell'OdV

⁷⁷⁶ BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 20; VARRASI G., *I controlli nei sistemi alternativi*, cit., 2432.

⁷⁷⁷ Così nel Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 di Banca Intesa San Paolo, cit., 46.

⁷⁷⁸ Capitolo 1, § 1.2.1.

debbano essere ritenuti titolari di posizioni di garanzia per l'impedimento dei reati, il cui rischio deve essere scongiurato.

In dottrina è stato definito come l'innovazione di maggiore portata del d.lgs. 231/2001 al sistema di *corporate governance* delle società italiane, comportando la necessità di ripensare alla ripartizione delle funzioni di controllo, per lo meno nell'ambito della *criminal compliance*.

Figura fino a non molti anni fa unica nel panorama internazionale⁷⁷⁹ e solo di recente recepita da alcune legislazioni straniere in materia di responsabilità amministrativa degli enti⁷⁸⁰, va chiarito sin d'ora che l'OdV non deve essere confuso con l'incaricato o il reparto aziendale preposto allo svolgimento della funzione di *compliance* (o *compliance officer*). Quest'ultima comporta, infatti, compiti di verifica della conformità delle attività dell'ente a tutte le normative di cui è destinatario, e dipende dall'organo di amministrazione, che lo delega alla vigilanza sulla conformità normativa dell'attività societaria⁷⁸¹.

L'organismo di vigilanza è invece un organo⁷⁸², mono o plurisoggettivo a seconda delle caratteristiche della società adottante, indipendente dal consiglio di amministrazione. Sebbene nominato proprio dall'organo gestorio⁷⁸³, il requisito dell'indipendenza dei suoi membri, o almeno di una parte degli stessi⁷⁸⁴, si rivela essenziale, essendo l'Organismo deputato a vigilare sull'osservanza dei modelli di prevenzione dei reati proprio degli apicali, *in primis* –quindi- degli amministratori. Pertanto si ritiene non possano assumere l'incarico né membri del consiglio di amministrazione con funzioni

⁷⁷⁹ ALESSANDRI A., *La vocazione penalistica dell'OdV e il suo rapporto con il modello organizzativo*, in (a cura di) BIANCHINI M., DI NOIA C., *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, cit. 106.

⁷⁸⁰ Il riferimento è in particolare all'ordinamento spagnolo che, con Ley Orgánica 1/2015, del 30 marzo 2015 (in vigore dal 1 luglio 2015), prevede all'art. 31 bis, comma 5, n. 4 Código Penal quale condizione per l'esenzione da responsabilità penale, che l'ente abbia istituito un "*organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*". Sul punto si rinvia alla lettura di MONGILLO V., *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. amm. enti*, 2015, 85.

⁷⁸¹ GIAVAZZI S., *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, cit., 1218. Si vedano inoltre i riferimenti alla funzione di *compliance* nell'ordinamento americano e in quello tedesco.

⁷⁸² Sul dibattito dottrinale circa la qualificabilità dell'OdV quale organo si rinvia alla bibliografia citata al capitolo 1, § 1.2.1, note nn. 78 e 79.

⁷⁸³ Si suole ritenere, infatti, che la nomina dell'OdV spetti all'organo gestorio in quanto attinente all'organizzazione della società. Per l'esposizione delle posizioni contrarie si rinvia al capitolo 1, § 1.2.1.

⁷⁸⁴ SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza.*, cit., 191.

esecutive, né dipendenti soggetti alle linee direttive degli amministratori o a condizionamenti gerarchici⁷⁸⁵.

Tra i requisiti richiesti ai fini dell'assunzione dell'incarico, oltre a quello di indipendenza, figurano altresì quelli di professionalità, consistente nel possesso di conoscenze e tecniche specifiche, necessarie a garantire l'efficacia dell'esercizio dei suoi poteri⁷⁸⁶; di onorabilità, in base al quale sono cause di ineleggibilità o di decadenza dall'incarico l'instaurazione di procedimenti e la pronuncia di condanne penali⁷⁸⁷; di continuità d'azione, che richiede una presenza ed un funzionamento costante nel tempo⁷⁸⁸; infine di autonomia, carattere che involge la libertà di iniziativa dell'organo, il quale deve essere in grado di esercitare la propria attività senza necessità di autorizzazioni, in ciò quindi ricollegandosi strettamente al carattere dell'indipendenza⁷⁸⁹.

Venendo ora al novero dei doveri e dei poteri, l'attività dei membri dell'Organismo di Vigilanza ricomprende le funzioni di: attivazione delle procedure di controllo sul funzionamento e sull'osservanza del modello, che presuppongono altresì una verifica periodica delle attività e delle operazioni individuate nelle aree di rischio, nell'ottica altresì di proporre all'organo amministrativo l'aggiornamento dei modelli ove risultanti inefficaci o non più idonei⁷⁹⁰; partecipazione alla formazione ed informazione del

⁷⁸⁵ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm soc. enti*, 2012, 208 s.. In senso analogo MONGILLO V., *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, cit., 95 ss., il quale osserva come negli anni si sia assistito ad una evoluzione della configurazione dell'organismo di vigilanza nella prassi societaria. Da organo tipicamente "funzionale", tendenzialmente monocratico e composto da soggetti interni (amministratori indipendenti, titolare della funzione di *internal audit*, sindaci) o comunque dipendenti della società collocati nello *staff* di collaboratori degli amministratori, indipendenti ma pur sempre estranei ad attività operative, ad organo via via sempre più distante dall'organo gestorio, ad una composizione prevalentemente esterna, tale da attribuire all'organo un aspetto istituzionale non dissimile da quello del collegio sindacale. Ciò precipuamente allo scopo di garantire il rispetto del requisito di indipendenza. Un'involuzione appare segnata dalla riforma del 2011, che, consentendo di attribuire al collegio sindacale le funzioni dell'Organismo di Vigilanza, consente alle società di ricondurre ad un loro organo il

⁷⁸⁶ In tal senso una delle poche pronunce giurisprudenziali che si sono occupate di definire requisiti e ruolo dell'Organismo di vigilanza, Trib. Napoli, 26 giugno 2007, in www.rivista231.it.

⁷⁸⁷ Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, 537.

⁷⁸⁸ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm soc. enti*, cit., 210, i quali riterrebbero addirittura necessaria una attività a tempo pieno, esclusivamente dedicata all'organismo. MONGILLO V., *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, cit., 88.

⁷⁸⁹ MONGILLO V., *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, cit., 98.

⁷⁹⁰ SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza.*, cit., 185.

personale sul contenuto dei modelli⁷⁹¹; attività di *reporting* verso gli organi di vertice della società; proposizione agli organi competenti, individuati dai modelli o dagli statuti, cui quelli spesso fanno rinvio, dei procedimenti disciplinari per l'irrogazione delle sanzioni previste in caso di violazione delle prescrizioni dei modelli⁷⁹².

Ai fini dell'espletamento di tali funzioni, il decreto prevede che l'Organismo di vigilanza debba essere dotato di “*autonomi poteri di iniziativa e controllo*”. L'assenza di ulteriori indicazioni da parte del legislatore, se da un lato comporta un *deficit* di certezza circa le competenze dell'organismo, dall'altro viene giustificato dalla necessità di adattare l'organo alla singola realtà societaria e di specificarne così le prerogative in via di autonormazione⁷⁹³.

In linea generale, dall'autonomia di iniziativa e controllo deriva innanzitutto la libertà dei membri dell'Organismo di intraprendere la conduzione di indagini interne, su propria iniziativa o su segnalazione, per la verifica delle informazioni ricevute per effetto degli obblighi informativi posti in capo agli altri organi societari, nonché ai responsabili delle aree operative dallo stesso decreto, ai sensi dell'art. 6, comma 2 lett. d). In secondo luogo, i componenti dell'Organismo di vigilanza devono poter formulare anche *motu proprio* le proposte, osservazioni, denunce o i pareri diretti ad altri organi, *in primis* a quello gestorio, che si rendano necessari alla razionalizzazione ed aggiornamento dei modelli all'esito delle attività di controllo ed indagine⁷⁹⁴.

Non è necessario che questa si concentri direttamente sulle condotte poste in essere dalla moltitudine dei soggetti che operano all'interno della società per verificarne la conformità ai modelli. Il riscontro dell'osservanza o inosservanza delle regole in essi contenute può avvenire mediante controlli di secondo livello, preannunciati o a sorpresa, presso le istanze inferiori, attraverso la richiesta di informazioni o di *report*

⁷⁹¹ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, cit., 198, i quali rilevano come tale attività, pur rientrando nella responsabilità dei vertici, possa nondimeno essere coadiuvata dall'apporto dei membri più esperti dell'Organismo.

⁷⁹² CERQUA F., *sub art. 6 d.lgs. 231/2001*, in (a cura di) CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 134 s.

⁷⁹³ Così, C. PIERGALLINI, *I Modelli Organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, II ed., Milano 2010, 168.

⁷⁹⁴ CERQUA F., *sub art. 6 d.lgs. 231/2001*, in (a cura di) CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, cit. 135; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 404 ss.

periodici o in corrispondenza al verificarsi di determinati eventi, circa l'effettività dei protocolli applicati allo svolgimento di una certa attività⁷⁹⁵.

Eccezione alla regola del controllo di secondo grado, oltre alle ipotesi in cui la rilevazione di anomalie o irregolarità richieda un controllo diretto da parte dell'organo, sembra essere apportata dalla disciplina di cui agli articoli 52 e 55 d.lgs. 231/2007, in materia di antiriciclaggio. In particolare la prima delle norme citate impone a numerosi organi societari, titolari di funzioni di controllo, tra cui l'Organismo di Vigilanza, di vigilare sul rispetto di alcune prescrizioni normative contenute nel decreto stesso, il cui obiettivo è il contrasto di condotte di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo internazionale⁷⁹⁶. L'art. 55, comma 5, invece, sanziona penalmente l'omessa comunicazione, da parte degli organi incaricati della vigilanza, di fatti rilevanti in relazione all'inadempimento dei doveri previsti dal decreto, così introducendo una fattispecie di reato omissivo proprio. Pertanto, a differenza dell'attività di vigilanza sull'osservanza dei modelli 231, nel caso di specie, oggetto dei doveri di controllo e comunicazione alle pubbliche autorità non sono le violazioni delle regole procedurali autonormate, eventuale prelude di condotte criminose, ma direttamente i comportamenti illeciti dei soggetti che pongono in essere violazioni delle norme del decreto⁷⁹⁷.

Le considerazioni sin qui svolte in ordine alla latitudine e all'oggetto delle attività dell'Organismo di vigilanza consentono di prendere posizione sulla natura delle funzioni attribuitegli *ex lege*.

In quanto ai poteri-doveri di controllo sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli, nonché di *reporting* agli organi di vertice, possono svolgersi le medesime osservazioni a suo tempo espresse in ordine alla posizione del collegio sindacale.

⁷⁹⁵ ABRIANI N., GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, cit., 194; MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, cit., 643. GIAVAZZI S., *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, cit., 1218. Nello stesso senso in giurisprudenza Cass., Sez. Pen., 19 marzo 2012, n. 10702, in www.iusexplorer.it.

⁷⁹⁶ Tra gli adempimenti imposti dal decreto agli operatori del settore bancario vi sono principalmente quelli di verifica della clientela, di conservazione di documenti inerenti l'identità ed i rapporti intrattenuti da quest'ultima, nonché di collaborazione con l'autorità pubblica, mediante segnalazioni o denunce di attività bancarie sospette. Per una descrizione più approfondita della disciplina in oggetto, si rinvia a D'ARCANGELO F., *Il ruolo e la responsabilità dell'OdV nella disciplina antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 68.

⁷⁹⁷ ID., *Il ruolo e la responsabilità dell'OdV nella disciplina antiriciclaggio*, cit., 69; GIAVAZZI S., *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, cit., 1219.

Non può infatti non notarsi una vera e propria analogia nei compiti dei due organi, se non una sovrapposizione, dettata dalla riconducibilità dei modelli 231 agli assetti organizzativi, la cui adeguatezza e funzionamento il tradizionale organo di controllo è chiamato a vigilare ai sensi dell'art. 2403, comma 1. Proprio tale interferenza di funzioni si ritiene sia stata alla base della scelta legislativa di introdurre il co. 4 bis dell'art. 6 d.lgs. 231/2001, con il quale si consente alle società di capitali di attribuire le funzioni dell'Organismo di Vigilanza agli organi di controllo⁷⁹⁸.

Orbene, il controllo finalizzato alla mera segnalazione di irregolarità o malfunzionamenti dei protocolli e delle regole contenute nei modelli non si caratterizza come direttamente impeditivo rispetto alla commissione di condotte illecite. Ciò vale altresì nell'ipotesi in cui l'oggetto diretto del controllo consista in vere e proprie violazioni di legge, come nell'ambito della normativa antiriciclaggio⁷⁹⁹: l'intervento impeditivo, spesso consistente nell'emanazione di una sanzione o nella revoca dell'incarico, è infatti sempre allocato altrove, presso l'organo amministrativo o le autorità esterne, con conseguente inconfigurabilità di una posizione di garanzia. Il controllo e l'attivazione dell'OdV costituiscono piuttosto il tipico contenuto di un dovere di sorveglianza⁸⁰⁰.

Nei medesimi termini e a maggior ragione deve ragionarsi con riferimento al potere propulsivo, consultivo e di denuncia volto ad ottenere l'aggiornamento dei modelli da parte degli amministratori, in presenza di lacune o disfunzioni: la condotta pretesa è infatti destinata ad inserirsi in uno stadio ancora più arretrato rispetto all'eventuale concretizzazione del rischio-reato.

⁷⁹⁸ MONGILLO V., *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, cit., 99 critica tale scelta, ritenendola dettata dalla necessità di consentire un taglio dei costi organizzativi, laddove il trasferimento di funzioni, dato il compenso non elevato spettante ai membri dell'organismo, si trasformerebbe in una diversa allocazione delle risorse della società

⁷⁹⁹ PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «Modello Organizzativo» ex d.lgs. 231/2001*, cit., 399; Contra sullo specifico punto D'ARCANGELO F., *Il ruolo e la responsabilità dell'OdV nella disciplina antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, cit., 70 ss.

⁸⁰⁰ ALDOVRANDI P., *I "modelli di organizzazione e di gestione" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell' "ingerenza" penalistica nel "governo" delle società*, cit., 460; CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., 404 ss., il quale rileva altresì l'assenza di obblighi di impedimento. Contrariamente ritengono configurata una posizione di garanzia alla stregua della disciplina legislativa GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, cit., 1066. Inoltre, in adesione alla teoria dei poteri impeditivi mediati NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, cit., 319; Alagna R., *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. 231/2001*, in *ius17@unibo. Studi e materiali di diritto penale*, 2008, 571 ss; Manna

Del resto, tutte le attività sopracitate ed espressamente previste dal decreto legislativo presuppongono la titolarità di poteri operativi che non spettano originariamente all'OdV per previsione normativa, ma che sono tipiche della funzione gestoria, presupponendo la capacità di interferire con la sfera giuridica altrui mediante l'adozione di direttive o decisioni vincolanti⁸⁰¹.

Da escludersi, inoltre, che simili poteri impeditivi possano essere attribuiti *ex novo* mediante i modelli, in quanto fonte negoziale, o costituiscano oggetto di una delega da parte dell'organo gestorio. A tale ultima eventualità ostano i caratteri di indipendenza ed autonomia che devono caratterizzare l'attività dell'Organismo di vigilanza e che quindi si oppongono ad una sua subordinazione al controllo del delegante organo amministrativo⁸⁰².

La stessa giurisprudenza di merito ha rilevato⁸⁰³ che l'attribuzione di poteri operativi, quale potrebbe essere l'irrogazione di sanzioni ai trasgressori delle regole del modello, aggraverebbe il compito dell'organismo, distogliendolo dalla funzione attribuita dalla legge, ovvero quella di vigilanza.

Infine non può non rilevarsi come la delega di poteri attributivi e con essa il conferimento di un compito più gravoso per i membri dell'OdV, comporti maggiori difficoltà nell'adempimento dei suoi compiti secondo diligenza, con conseguente rischio per l'ente di non potersi giovare dell'esenzione da responsabilità amministrativa *ex crimine* ai sensi dell'art. 6, comma 1 lett. d).

Pertanto, anche con riferimento all'assetto di poteri e doveri dell'Organismo di Vigilanza deve escludersi che il decreto istitutivo ne abbia forgiato una posizione di garanzia, potendosi al più rilevare una funzione di controllo ed allerta integrante l'obbligo - ad oggi penalmente irrilevante- di sorveglianza.

⁸⁰¹ Così anche la dottrina maggioritaria SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, cit., 186; GIAVAZZI S., *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, cit., 1220; CERQUA F., *sub art. 6 d.lgs. 231/2001*, in (a cura di) CADOPPI A., GARUTI G., VENEZIANI P., *Enti e responsabilità da reato*, cit., 135 s.; GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit. 610; FONDAROLI D., *Organismo di Vigilanza ex art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in (a cura di) VINCIGUERRA S., DASSANO F., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 317; LA ROSA M., *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1311.

⁸⁰² FONDAROLI D., *Organismo di Vigilanza ex art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in (a cura di) VINCIGUERRA S., DASSANO F., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., 318.

⁸⁰³ Trib. Roma 4.4.2003, in *Foro It.*, 2004, II, 317.

Conclusioni

Con la presente ricerca si è cercato di chiarire se siano configurabili posizioni di garanzia per l'impedimento di reati, in capo ai membri degli organi societari tradizionalmente investiti di funzioni di controllo, nonché dell'Organismo di Vigilanza, alla luce del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Nel primo capitolo del lavoro, preso atto del fenomeno della criminalità d'impresa, quale fonte di illeciti anche penali, frutto della pericolosità delle attività svolte, di politiche aziendali tendenti alla massimizzazione dei profitti in spregio alla legalità o di sconsiderati comportamenti individuali, si è analizzata la struttura dei controlli societari, in quanto principale strumento di contrasto e prevenzione alla criminalità economica. Particolare attenzione ha quindi meritato lo studio dell'impatto che il d.lgs. 231/2001 ha avuto sul sistema dei controlli interni.

Con tale provvedimento il legislatore ha inteso stimolare le persone giuridiche, *in primis* le società, ad adottare modelli di organizzazione, gestione e controllo delle attività dell'ente, svolte tanto a livello apicale, quanto subordinato, in cambio dell'esenzione da responsabilità amministrativa per i reati commessi nel suo interesse o vantaggio. Di fatto esso comporta l'implementazione di protocolli di azione e di procedure di monitoraggio, finalizzate alla costante verifica che l'azione delle persone giuridiche si svolga in conformità alle leggi penali, al fine di individuare e prevenire il rischio di commissione di quei reati previsti dal "catalogo" contenuto nel decreto e rispetto a cui l'ente è esposto.

L'adozione ed attuazione del "sistema 231" comporta, quindi, l'intensificazione delle funzioni di controllo, con conseguente: 1) aumento dei compiti dei tradizionali organi societari (amministratori e sindaci), chiamati ad approvare e vigilare sull'adeguatezza ed il funzionamento dei modelli, in forza dei doveri derivanti loro dagli artt. 2381 e 2403 c.c.; 2) istituzione di un organismo specificamente deputato alla vigilanza sul funzionamento ed osservanza dei modelli ed alla cura del relativo aggiornamento.

Di qui il quesito da cui muove l'intera ricerca, ovvero se tale sistema di controllo, espressamente fondato sulla minaccia di una sanzione amministrativa all'ente, non generi in realtà posizioni di garanzia per l'impedimento di reati a carico degli organi coinvolti nella sua realizzazione e vigilanza. Appare lecito dubitare che prima o poi si

pervenga ad imputazioni di tal fatta, stante la tendenza, nella prassi, a dilatare la sfera della responsabilità omissiva per commissione degli organi societari con funzioni di controllo.

Se si giungesse a simili conclusioni, si dovrebbe allora propendere per il fallimento di uno degli scopi perseguiti, almeno nelle intenzioni del legislatore e nelle speranze della dottrina, con la rivoluzionaria introduzione della responsabilità amministrativa da reato degli enti: limitare il ricorso alla responsabilità per reato omissivo improprio, quale strumento di tutela penale contro gli illeciti promananti dall'impresa. Nella prassi, infatti, la tendenza alla configurazione di posizioni di garanzia fondanti tale forma di responsabilità e l'approssimazione della giurisprudenza nell'accertamento del nesso di causalità tra omissione dei controllori ed evento, nonché dell'elemento soggettivo, comporta la contestazione e condanna spesso per responsabilità da posizione, in contrasto con i principi costituzionali in materia penale, *in primis* con quello di personalità della responsabilità.

Pertanto, nel capitolo secondo ampio spazio è stato dedicato allo studio dell'evoluzione storico-dogmatica dell'istituto del reato omissivo improprio, disciplinato dall'art. 40, comma 2 c.p., secondo cui "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*". A tal riguardo si sono analizzate le tesi degli autori tedeschi, che più hanno influenzato la dottrina italiana nell'individuazione di un criterio di equivalenza tra l'azione e l'omissione, fino al recepimento e rielaborazione dell'istituto della posizione di garanzia, quale sintesi di doveri e poteri giuridici di impedimento che vincolano un soggetto alla tutela di un bene giuridico bisognoso di protezione rinforzata. In particolare, si è dedicato un approfondimento ai requisiti del potere giuridico impeditivo di reati, presupposto della rilevanza penale del concorso omissivo nell'altrui reato alla stregua degli artt. 40, comma 2 e 110 c.p.. Aderendo ad un orientamento dottrinale, poco condiviso in giurisprudenza, si ritiene che tale potere costituisca il *discrimen* tra obblighi di garanzia e di sorveglianza, questi ultimi irrilevanti ai sensi della disciplina del concorso omissivo nel reato commissivo altrui, in quanto aventi ad oggetto il controllo sull'altrui attività e la mera informazione del garante o del titolare del bene giuridico. Obblighi di tal tipo appaiono privi di idoneità impeditiva e conseguentemente, in un'ottica costituzionalmente orientata, inadatti a fungere da presupposto di equivalenza tra l'azione e l'omissione.

Il terzo capitolo si apre con alcune riflessioni generali sulle posizioni di garanzia per omesso impedimento di reati e all'interazione dell'istituto con quello del concorso di persone, con particolare riferimento all'atteggiarsi dei poteri impeditivi nell'ambito dei rapporti umani.

Segue quindi un'analisi comparata del sistema di controlli societari e della responsabilità gravante sui controllori in Italia e in Germania. Riprendendo la distinzione tra obblighi di garanzia e di sorveglianza, si è studiato l'assetto di doveri e poteri di controllo spettanti rispettivamente al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale nell'ordinamento italiano e al *Vorstand* e all'*Aufsichtsrat* in quello tedesco, ai sensi della legge sulle società per azioni (*AktG*). In quest'ultimo, accanto ad una posizione di garanzia di tali organi, fondantesi sul principio del dominio sull'impresa (*Geschäftsherrenhaftung*), sussiste altresì un sistema sanzionatorio di tipo amministrativo, che, in base al § 130 *OWiG* sanziona, la violazione del dovere gravante sui vertici di organizzare l'impresa in modo da garantire un costante controllo sulla relativa attività, sulla base del principio che il controllo sia momento immanente all'attività di gestione. L'inadempimento di tale dovere, cui faccia seguito un illecito, penale o amministrativo, comporta l'irrogazione a carico dell'imprenditore e, nelle società, degli amministratori, di una sanzione pecuniaria di natura amministrativa.

In Italia, invece, l'assenza di analoghe previsioni induce giurisprudenza e parte della dottrina ad ampliare le maglie dell'istituto del concorso omissivo nel reato commesso da un terzo, per il suo mancato impedimento. Tale effetto discende essenzialmente dall'attribuzione di posizioni di garanzia anche a titolari di doveri e poteri di mera sorveglianza ed informazione, incaricati sì di funzioni di controllo sulla gestione, ma sprovvisti dei necessari poteri impeditivi. Nell'ambito di relazioni tra soggetti, per tali non possono che intendersi quei poteri idonei ad incidere sulla sfera giuridica altrui, condizionando o inibendo gli effetti delle relative condotte.

All'esito del percorso di ricerca, il quarto capitolo è incentrato sullo studio dell'attitudine dei sistemi di *criminal compliance* all'espansione delle posizioni di garanzia degli organi societari chiamati alla loro cura, implementazione, sorveglianza ed aggiornamento.

Con tale termine di origine anglosassone si intende far riferimento all'insieme di misure volte alla prevenzione, scoperta e repressione del crimine di impresa e più in generale

degli enti collettivi. All'adozione degli strumenti di *criminal compliance*, sempre più diffusamente gli ordinamenti ricollegano effetti premiali consistenti nell'esenzione della persona giuridica da responsabilità *ex crimine* o nella riduzione della corrispondente sanzione, aumentando tuttavia i doveri organizzativi e di controllo, che inevitabilmente si riversano sulle persone fisiche che per loro conto agiscono.

A seguito di un'analisi comparatistica dello "stato dell'arte" negli Stati Uniti, ordinamento che ha dato i natali ai *compliance programs*, e in Germania, ove è sorto il concetto di *Organisationsverschulden* (colpevolezza di organizzazione), si è finalmente data applicazione alle conoscenze acquisite per verificare l'impatto del d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità omissiva degli organi societari interessati alla sua attuazione e controllo.

L'esito cui è pervenuta la ricerca è che la normativa richiamata si atteggia a lente di ingrandimento della posizione di tali organi, senza perciò mutarne caratteri e dimensione.

Da un lato, infatti, gli obblighi organizzativi ex artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001 fungono da regole precauzionali, che descrivono le modalità attraverso cui organizzare la struttura societaria, per consentire l'esercizio più proficuo dei poteri impeditivi integranti la posizione di garanzia degli amministratori. Tuttavia l'attivazione da essi imposta non può incidere direttamente sulle eventuali e future condotte criminose dei terzi, alla *minimizzazione* del cui *rischio* tende il sistema di *compliance*.

Pertanto ad un'omissione o inadeguata adozione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, non potrà seguire la contestazione di responsabilità per concorso omissivo nell'altrui reato, qualora non sia mancato altresì l'esercizio dei poteri operativi che la legge *aliunde* loro riconosce.

Nemmeno con riferimento alla posizione del collegio sindacale e dell'Organismo di Vigilanza può affermarsi la creazione di alcun potere-dovere di garanzia, limitandosi le relative funzioni ad attività di sorveglianza ed impulso dell'implementazione dei modelli, con una collocazione spazio-temporale eccessivamente distante dalle condotte criminose, che si vorrebbero loro imputare con i meccanismi della responsabilità omissiva impropria e del concorso di persone. I loro obblighi nella "cornice 231" sono obblighi di mera sorveglianza, inidonei a fondare il rimprovero penale se non

espressamente tipizzati, quali condotte integranti reati omissivi propri o di agevolazione colposa.

Onde evitare che la ripartizione delle funzioni nell'ambito di organizzazioni complesse conduca a dispersioni di responsabilità, l'esigenza di sanzionare, anche penalmente, l'inerzia dei controllori privi di poteri impeditivi può essere soddisfatta soltanto con un intervento del legislatore, che scongiuri l'abuso del malleabile strumento della responsabilità concorsuale omissiva per mancato impedimento del reato, ponendo così al riparo da violazioni il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1 Cost.

BIBLIOGRAFIA

Abbadessa P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in (a cura di) Abadessa P., Portale G., *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007

Abriani N., *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione*, in (a cura di) Tombari U., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, Torino, 2013

Abriani N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *An. giur. ec.*, 2009, 194 s.

Abriani N., Giunta F., *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Resp. amm soc. enti*, 2012, 208 s.

Achenbach H., *Verbandsgeldbuße und Aufsichtspflichtverletzung (§§ 30 und 130 OWiG) – Grundlagen und aktuelle Probleme*, in *NZWiSt*, 2012, 322 s.

Aiello M., *Il collegio sindacale: struttura e funzioni*, in (a cura di) Cottino G., Bonfante G., Cagnasso O., Montalenti P., *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009

Alagna R., *L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in ius@l7unibo.it, 2008, 575 s.

Albeggiani F., *Imputazione dell'evento e fattispecie e struttura obiettiva della fattispecie criminosa*, in *Ind pen.*, 1977, 427.

Aldovrandi P., *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. ec.*, 2007, 445 s.

Alessandri A., *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 534 s.

Alessandri A., *Corporate Governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. Comm.*, 2002, 540 s.

Alessandri A., *Diritto penale ed attività economiche*, Bologna, 2010

Alessandri A., *La vocazione penalistica dell'OdV e il suo rapporto con il modello organizzativo*, in (a cura di), Bianchini M., Di Noia C., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema* Milano, 2010

Alessandri A., voce *Impresa (Responsabilità penali)*, vol. V, in *Dig. Discipl. Pen.*, Torino, 1992

Amato G., *Profili penalistici del Whistleblowing una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 549 s.

Ambrosetti E.M., *Criminalità finanziaria e sanzioni penali*, in A.A.V.V., *Crisi finanziaria: quali difese?*, Vicenza, 2008

Ambrosetti E.M., *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale dell'impresa*, in Ambrosetti E.M., Mezzetti E., Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012

Ambrosini S., *I poteri del collegio sindacale*, in (diretto da) Abbadessa P.-Portale G.B., *Nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007,

Ambrosini S., *Il collegio sindacale: la responsabilità dei sindaci*, in (a cura di) Cottino G., Bonfante G., Cagnasso O., Montalenti P., *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, 584 (In giurisprudenza: sentenze che facciano riferimento all'obbligo di impedimento in questione)

Androulakis N. K., *Studien zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, München, 1963

Antolisei F., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 121 s.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003

Arlen J., *Corporate criminal liability in the United States: using prosecutorial discretion to induce corporation to join the war against crime*, in AAVV, *Impresa e*

giustizia penale: tra passato e futuro, in Atti del convegno, Milano 14-15 marzo 2008, Milano, 2009

Arzt G., *Siemens: vom teuersten zum lukrativsten Fall der deutschen Geschichte*, in (a cura di) Jahn M., Kudlich H., Streng F., *Strafrechtpraxis und Reform. Festschrift für H. Stockel*, Berlin, 2010

Assumma B, Lei M., *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in (diretto da) Levis M., Perini A., *Commento al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014

Bar v. C. L., *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, II, Berlin, 1906

Bärwinkel R. B., *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1968

Bastia P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in Palazzo F. (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003

Baumann J., *Strafrecht, All. Teil*, Bielefeld, 2003

Beck U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 2010

Beling E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906

Beltrani S- Carcano D., *Art. 40. Rapporto di causalità*, in Lattanzi G.-Lupo E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II, Libro I, Milano, 2010

Benvenuto L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato dell'ente*, in *Le società* 2009, 678 s.

Bergmann M., *Strafbarkeit vertragswidrigen Unterlassens*, Baden-Baden, 2012

Berndt M., *Strafrechtliche Garantienpflicht eines Compliance Officers*, in *StV*, 2009, 690 s.

Bettiol G., *Diritto penale*, Padova, 1982

Bettiol G., Pettoello-Mantovani L., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 646;

Beulke W., *Der Compliance Officer als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung*, in (a cura di) *Festschrift für K. Geppert zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 39;

Beulke W., *Der Compliance Officer als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung*, in (a cura di) *Festschrift für K. Geppert zum 70. Geburtstag*, 39 s.

Bianchi F., *La funzione di compliance e il modello 231*, in *Resp. amm.soc. enti*, 2010, 13 s.

Bianchini M., Di Noia C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in Bianchini M., Di Noia C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010

Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1914

Bisori L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1352 s.

Block J. G., Voisin N.A., *The responsible corporate officer doctrine- can you go to jail for what you don't know?*, in *Environmental Law*, 22, 1192 s.

Bock D., *Compliance und Aufsichtspflichten in Unternehmen*, in (a cura di) Kuhlen L., Kudlich H., Ortiz De Urbina I., *Compliance und Strafrecht*, Heidelberg, 2013,

Bock D., *Criminal Compliance*, Baden Baden, 2011

Bock D., *Strafrechtlich gebotene Unternehmensaufsicht (Criminal Compliance) als Problem der Rechtssicherheit*, in *Wistra* 2011, 201 s.

Bock D., *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance*, in *ZIS*, 2009, 70 s.

- Boido A., *Le posizioni di garanzia*, in (a cura di) Ronco M., *Il reato*, Bologna, 2011
- Bonelli F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 159 o sennò l'articolo, Resp. degli amministratori di spa, in giur. comm. 2004, 620.
- Borsari R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013
- Borsari R., *I confini della responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, in *Cont., fin., contr.*, 2009, 266 s.
- Borsari R., *I confini della responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, in *Fin. contr. contab.*, 2009, 266.
- Borsari R., *La responsabilità da reato degli enti in cerca d'autore*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 70 s.
- Bottke W., *Compliance – Oder: Normbefolgungsbereitschaft von und in Unternehmen. Zur Wirksamkeit von freiwilligen Selbstverpflichtungen und staatlichen Sanktionen*, in (a cura di) Jahn M., Kudlich H., Streng F., *Strafrechtpraxis und Reform. Festschrift für H. Stockel*, Berlin, 2010
- Brammsen J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986
- Bricchetti R., *Un obbligo di garanzia "leggero" che pone numerosi interrogativi*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 35, 78;
- Bricola F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La Quest. Crim.*, 1980, 191 s.
- Bruno G., *Società del rischio e disastri tecnologici*, in *Dir. e form.*, 2005, 1480 s.
- Bülte J., *Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten*, in *NZWiSt*, 2012, 176 ss.
- Buri v. M., *I Willensfreiheit. II. Unterlassung. III Kausalität und Teilnahme*, in *GS*, 1899, 190 s.

Cadoppi A., *Il reato omissivo proprio*, I *Profili introduttivi e politico criminali*, II, *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988

Cadoppi A., *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci della società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. Pen.*, 1986, 496 ss.

Calandra Buonauro V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, Impresa, Società*, 2015, 33 s.

Calcagno R., *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra contatto sociale e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, in *Cas. pen.*, 2014, 3582 s.

Calvi A. A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967

Camaioni S., *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1628 s.

Campobasso G.F., *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, Torino, 2013

Canepa A., *L'imputazione soggettiva della colpa*, Torino, 2011

Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999

Caputo M., *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in www.penalecontemporaneo.it.

Caraccioli I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova 2005, 617 ss.

Caraccioli I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005

Carnelutti F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951

Castronuovo D., *La colpa penale*, Milano, 2009

Cattaneo M., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970

Cavalli G., *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in (a cura di) Abbadessa P, Portale G.B., *Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007

Cavallo B., *Dissesti finanziari e sistema istituzionale: il ruolo delle autorità di controllo*, in Galgano F., Visintini G., *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006

Centonze F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009

Centonze F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. Soc.*, 2012, 334 s.

Centonze F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. Soc.*, 2012, 334, 354;

Centonze F., *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei compliance programs nell'ordinamento italiano*, in *An. Giur. ec.*, 2009, 219 s.

Centonze F., *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, 109 s.

Cerqua F., *sub art. 6 d.lgs. 231/2001*, in (a cura di) Cadoppi A., Garuti G., Veneziani P., *Enti e responsabilità da reato*, Torin

Cerquetti G., *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004

Chiappetta F., *Il controllo interno tra compliance normativa e attività gestionale*, in Tombari U. (a cura di), *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, Torino, 2013

Chiaraviglio G., *Il collegio sindacale e l'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 198.

Chiaraviglio G., *Il collegio sindacale e l'obbligo di impedire l'evento*, cit, 198;

Chiaraviglio G., *Il collegio sindacale e l'obbligo di impedire l'evento*, cit, 198;

Civello G., *La colpa eventuale nella società del rischio*, Torino, 2013

Corapi D., *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 196 s.

Cornacchia L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004

Cramer P., *Rechtspflicht des Aufsichtsrat zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten*, in (a cura di) Küper W., *Festschrift für Stree-Wessels*, Heidelberg, 1993, 564 ss.;

Crespi A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 541.

D'Alessandro F., *sub art. 40 c.p.*, in (a cura di) Dolcini E., Marinucci G., *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 448.

Dahm G., *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, in *ZStW*, 1940, 134 s.

Dannecker G., Dannecker C., *Die "Verteilung" der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, in *JZ*, 2010, 989 s.

D'Arcangelo F., *Il ruolo e la responsabilità dell'OdV nella disciplina antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 68 s.

De La Cuesta J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español*, in www.penalecontemporaneo.it

De Maglie C., *L'Etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002

De Simone G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, (a cura di) Garuti G., *Responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato*, 2002

De Simone G., *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in AAVV, *Studi in onore di Romano M.*, Napoli, 2011

De Vero G., *La responsabilità diretta ex crimine degli enti collettivi: modelli sanzionatori e modelli strutturali*, in *Leg. Pen.*, 2003, 360 s.

De Vero G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008

De Vero G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre dell'attuazione della legge delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1137 s.

Delitala G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 134;

Delogu T., *La "partecipazione negativa" al reato secondo il nuovo codice*, in *Annali*, 1935, 927;

Di Giovine O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in (a cura di) Lattanzi G., *Reati e responsabilità dell'ente. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010

Di Girolamo F., *I compliance programs: un tema di governo societario da svolgere a cura dell'assemblea*, in *Riv. soc.*, 2008, 959 s.

Donini M., *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32 s.

Drygala T., *sub § 111 AktG*, in (a cura di) Schmidt K., Lutter M., *Aktiengesetz Kommentar*, I Band, Köln, 2008, 1202;

Dworkin T.M., *Sox and whistleblowing*, in *Michigan Law Review*, 2007, 1757 s.

Eidam H- Eidam G., *Die Zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit im Unternehmen*, in (a cura di) Eidam G., *Unternehmen und Strafe*, Köln, 2014, 139;

Eisele J., *Vorbemerkungen § 13*, in (a cura di) Schönke A.-Schröder H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2014

Engelhart M., *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und in den USA*, Berlin, 2012

Engelhart M., Sieber U., *Compliance programs for the prevention of economic crimes. An empirical survey of German companies*, Berlin, 2014

Engelhart M., *Verbandsverantwortlichkeit – Dogmatik und Rechtsvergleichung*, in *NZWiSt*, 2015, 204 s.

Engisch K., *Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für Gallas*, Berlin, 1973

Eusebi L., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1053 s.

Eusebi L., *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993

Ferrarini G. Giudici P., *Scandali finanziari e ruolo dell'azione privata: il caso Parmalat*, in Galgano F., Visintini G., *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006

Ferrarini G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in Abbadessa P., Portale G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007

Ferrarini G., *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti, e doveri fiduciari*, in Bianchini M., Di Noia C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010

Ferro-Luzzi P., *Riflessioni in tema di controllo*, in Bianchi L.A., Ghezzi F., Notari M. (a cura di) *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi, omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010

Feuerbach A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1836

Fiandaca G.-Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, 505 ss, in partic. 507;

Fiandaca G.-Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2012

Fiandaca G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, Pisa, 2011

Fiandaca G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979

Fiandaca G., *Omissione*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1994

Fidelbo G., *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.*, 2010

Fiore C.-Fiore F., *Diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2008

Fiorella A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Milano, 1985

Fiorella A., *Principi generali di diritto penale dell'impresa*, in Conti L. (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, Padova, 2001, 48;

Fiorella A., voce *Reo*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991

Fischer T., sub § 13, in *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München, 2014

Fondaroli D., *Organismo di Vigilanza ex art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in (a cura di) Vinciguerra S., Dassano F., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010

FONDAROLI D., *Organismo di Vigilanza ex art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in (a cura di) VINCIGUERRA S., DASSANO F., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010

Fornasari G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 20 ss.

Forster S., *Verantwortlichkeit für Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven in England and Wales*, in (a cura di) Sieber U., Cornils K., *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Vol. IV, Berlin, 2010

Forti G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990

Forti G., *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, in Catenacci M.-Marconi G. (a cura di) *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009

Forti G., *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249 s.

Forti G., *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. ai "piani nobili" d. lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1249.

Frank R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1925

Freund G., *Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen*, in *Festschrift für R.D. Herzberg*, Tübingen, 2008

Frisch W., *Vorsatz und Risiko*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983

Gallas W., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am bau Beteiligten*, 1963, Heidelberg

Galletti D., *I modelli organizzativi nel d.lgs. 231/2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, 134 s.

Gandini F., *La circolazione del modello 231: la responsabilità da reato delle persone giuridiche in Cile*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 51 s.

Gargani A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1063 s.

Gargani A., *Ubi culpa ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. Pen.*, 2000, 584 s.

- Garrett B., *Corporate criminals scapegoat*, in *Virginia Law Review*, 2015, 1791 s.
- Geiger D., *Nemo ultra posse obligatur - Zur strafrechtlichen Haftung von Compliance-Beauftragten ohne Disziplinargewalt*, in *CCZ*, 2011, 172 s.
- Geppert K., *Die Beihilfe*, in *Jura* 1999, 226
- Giavazzi S., *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Le società*, 2012, 1218 s.
- Gitzi D., *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società, prima e dopo la riforma del 2003*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1780 s.
- Giunta F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608 s.
- Giunta F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608;
- Giunta F., *Il reato come rischio di impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *An. giur. ec.*, 2009, 243 s.
- Giunta F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Milano, 1993
- Giunta F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 626 s.
- Giunta F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, 624;
- Glaser O., *Abhandlungen aus dem österreichisches Strafrecht*, Wien, 1858
- Gottschalk P., *Policing White Collar Crime. Characteristics of White-Collar Criminals*, New York, 2014
- Grande Stevens F., *Controlli interni e responsabilità nelle società di capitali*, in *Dir. fall. e soc. comm.*, 2012, 251 s.

Grasso G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983

Grasso G., *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo § 13 del codice penale della repubblica federale tedesca*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1978, 880 s.

Grasso G., Romano M., *sub art. 110*, in (diretto da) Romano M., *Commentario sistematico del codice penale*, II, artt. 85-149, Milano, 2012, 191.

Grasso G., Romano M., *sub pre-art. 110*, in (diretto da) Romano M., *Commentario sistematico del codice penale*, II, artt. 85-149, Milano, 2012, 138 ss.

Grispigni F., *Corso di diritto penale*, Padova, 1935

Gropp W., *Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung*, in *GA*, 2009, 392 ss

Grünwald G., *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, in *ZStW*, 1970, 413 s.

Guerrieri L., *La "colpa di organizzazione" quale manifestazione della colpevolezza degli enti*", in (a cura di) Catenacci M., Marconi G., *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009

Gürtler F., *sub § 30 OWiG*, in (a cura di) Gürtler F., Seitz H., Göhler E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2012

Haas V., *sub § 13*, in (a cura di) Matt H.-Renzikowski J., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2013

Hartung G., *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht*, Breslau, 1939

Hauschka E., *Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management?*, in *NJW*, 2004, 260 s.

Heine G., Weißer B., *Vorbem. §§ 25 StGB*, in (a cura di) Schönke A.-Schröder H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2014, 498 ss.¹

Heine G., Weißer B., *Vorbem. §§ 25 StGB*, in (a cura di) Schönke A.-Schröder H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 506).

Herzberg R.D., *Anstiftung und Beihilfe*, in *GA*, 1971, 6;

Herzberg R.D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, 320;

Herzberg R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977, 82 ss.;

Hippel R., *Deutsches Strafrecht*, II, Berlin, 1930

Hoyer A., *sub § 14*, in (a cura di) Wolter J, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Köln, 2009, 25,

Hsü Y.-h., *Garantenstellung des Betriebsinhaber zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten*, Pfaffenweiler, 1986, 254:

Iacoviello F.M., *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 499, 506

Iannini A., *L'impresa e la crisi economica: analisi e prospettive alla luce delle proposte di modifica della 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 187 s.

Id., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, 389 ss..

Ielo P., *Compliance Programs: natura e funzione nel sistema di responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 103 s.

Ingrassia A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in www.penalecontemporaneo.it.

Ingrassia A., *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in www.penalecontemporaneo.it.

- Insolera G., *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988
- Irrera M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005
- Irrera M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in Alessi R., Abriani N., Morera U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007
- Irrera M., *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in (a cura di) Bonfante G., Cagnasso O., Montalenti P., *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009
- Jakobs G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 1993
- Jescheck H.H.-Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996
- Kargl W., *Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen*, in *ZStW*, 2007, 250 s.
- Kaufmann A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1988 ried.
- Kaufmann A., *Unterlassung und Vorsatz*, in *Festschrift für H. von Weber*, Bonn, 1963
- Kilgore S.K., Smith E. M., *Corporate Criminal liability*, in *American Law Review*, 48, 2011, 422 s.
- Kindhäuser U., *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden, 2013
- Kissin S., *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, Breslau-Neukirch, 1933
- Kohler J., *Studien aus dem Strafrecht*, I, Mannheim, 1890
- König P., *sub § 130 OWiG*, in (a cura di) Göhler E., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, München, 2006, 1245
- König P., *sub § 130 OWiG*, in (a cura di) Göhler E., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, München, 2006
- Krause D. M., *Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates*, in *NStZ*, 2011, 57.

Krems K. H., *Der NRW-Entwurf für ein Verbandsstrafgesetzbuch. Gesetzgeberische Intention und Konzeption*.pdf, in ZIS, 2015, 7 s.

Kretschmer J., *Anmerkung zum BGH, Urteil vom 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08*, in JR, 2009, 474, 476.

Krieger G., Seiler V., *sub § 93 AktG*, in (a cura di) Schmidt K., Lutter M., *Aktiengesetz Kommentar*, I Band, Köln, 2008, 1059;

Krug A.O., *Kommentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königsreich Sachsen vom 11 August 1855 und den damit in Verbindung stehenden Gesetzen*, Leipzig, 1855

Kühl K., *Die strafrechtliche Garantenstellung- Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung*, in Jus 2007, 498 s.

Kühl K., *Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Rechtsdogmatik und Verfassungsrecht*, in *Festschrift für R.D.Herzberg zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2008

Kühne H.H., *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug. Wettbewerbspraktiken im Lichte des Paragraphen 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Kehl am Rhein, 1978

Kutschaty T., *Deutschland braucht ein Unternehmensstrafrecht*, in ZRP, 2013, 74 s.

La Rosa M., *Teoria e prassi del controllo interno ed esterno sull'illecito dell'ente collettivo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 104 s.

Lascurain J. A., *La reforma del Artículo 31 bis del Código Penal: dos bodas y algun funeral*, in www.almacenderecho.org

Leipold K., *Kommt das Unternehmensstrafrecht?*, in NJW-Spezial, 2013, 696 s.

Leoncini I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999

Leoncini I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*,

- Leoncini I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*,
- Liszt F.- Schmidt E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1927
- Liszt F., *Lehrbuch*, Berlin, 1894
- Loffredo E., *Modifiche piccole e non in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a.*, in AAVV, *Scritti in onore di V. Buonocore*, Milano, 2005, 2859 ss.
- Löhr A., Burkatzki E., *Wirtschaftskriminalität und Ethik*, Mering, 2008
- Luden H., *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht*, I, Göttingen, 1840
- Maiwald M., *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, in *JuS*, 1981, 480 s.
- Manacorda S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le società*, 2015, 473 s.
- Manna A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1116 s.
- Mantovani F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984 s.
- Mantovani F., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2013, 134 s.
- Mantovani F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 s.
- Mantovani F., *voce Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, 1988
- Marchetti P., *Il ruolo delle autorità indipendenti*, in A.A.V.V., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009
- Marinucci G.- Dolcini E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012
- Marinucci G., *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 253 s.

Marinucci G., *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1465 s.

Marinucci G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965

Marinucci G., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1 s.

Marinucci G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 s.

Marinucci G., Romano M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1971, 703.

Martin S.L., *Compliance officers: more jobs, more responsibility, more liability*, in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 29, 2015, 169 s.

Massaro A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013

Masullo M.N., *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012

Mayer H., *Strafrecht, All. Teil*, Stuttgart, 1967

Mayer M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strefrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, 1915

McConnell R., Martin J., Simon C., *Plan now or pay later: the role of compliance in criminal cases*, in *Houston Journal of International Law*, 2010-2011, Vol. 33:3, 573 s.

Menardo N., *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in www.penalecontemporaneo.it

Mercone G., *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*.

Merenda I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2011, 1182;

Merenda I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, 1182,

Mereu A., *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006, 32 s.

Merkel A., *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, 76 s.

Mezger E., *Strafrecht*, München, 1949.

Mezzetti E., *Criteri oggettivi e soggettivi di imputazione della responsabilità*, in Ambrosetti E.M., Mezzetti E., Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012, 103; Pierdonati M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. pregnanti*, Napoli, 2012, 97 ss.)

Mezzetti E., *I soggetti del diritto penale dell'impresa*, in Ambrosetti E.M., Mezzetti E., Ronco M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012

Militello V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, 988 s.

Militello V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988

Mittelsdorf K., *Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern*, in *ZIS*, 2011, 127 s.

Momsen C., *Der Compliance-Officer als Unterlassungsgarant*, in (a cura di) Paeffgen H. U., *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für I. Puppe, Berlin, 2011

Mondini F. P., *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, in *Banca, Impresa, Società*, 2015, 48 s.

Mongillo V., *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. amm. enti*, 2015, 85 s.

Montalenti P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.* 2013, 50 s.

Montalenti P., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in Abbadessa P., Portale G.B., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. 2 (Assemblea-Amministrazione) Torino, 2006

Montalenti P., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 943 s.

Montalenti P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Milano, 2005, 132.

Montalenti P., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, 643 s.

Montalenti P., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in (a cura di), Bianchini M., Di Noia C., *I controlli societari. Nessun sistema*, Milano, 2010

Moosmayer K., *Modethema oder Pflichtprogramm guter Unternehmensführung? – Zehn Thesen zu Compliance*, in *NJW* 2012, 3014 s.; Sünner E., *Das Berufsbild des Compliance Officers*, in *CCZ*, 2014, 92 s.

Moretti M., Monterisi M., Belfiore G., *La disciplina della responsabilità degli enti in UK: profili applicativi ed extraterritorialità del Bribery Act 2010. L'impatto sulle società italiane operanti nel Regno Unito e sulle società inglesi operanti in Italia*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, 75 s.

Murmann U., *Beteiligung durch Unterlassen*, in (a cura di) Fahl C., Müller E., Satzger H., Swoboda S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, München, 2015, 191 ss).

Nagler J., *Die Problematik der Begheung durch Unterlassen*, in GS, 1938, 61 s.

Nappi A., *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cas. pen.*, 2004, 4296 s.

Nelken D., *White- Collar Crime*, in Maguire M., Morgan R., Reiner R., (a cura di) *Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 1994

Nieto Martin A., *Cosmetic Use and Lack of precision in compliance programs: Any Solution*, in *Eucrim*, 2012, 124 s.

Nieto Martin A., *Grundlegende Probleme von Compliance und Strafrecht*, in (a cura di) Kuhlen L., Kudlich H., Ortiz de Urbina I., *Compliance und Strafrecht*, Heidelberg, München, Frechen, Hamburg, 2013

Niro R., *sub art. 41 Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006

Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009

Nisco A., *Responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni su criteri ascrittivi "soggettivi" e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 300 s.

Nuvolone P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982

Otto H.- Brammsen J., *Die Grundlagen der strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, in *Jura*, 1985, 539;

Otto H.-Brammsen J., *Die Grundlagen der strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, in *Jura*, 1985, 530 s.

- Otto H., *Anstiftung und Beihilfe*, in *JuS*, 1982, 563;
- Otto H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtlehre*, Berlin-New York, 2000
- Otto H., *Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung*, in *NJW*, 1974, 528 s.
- Padovani T., *Diritto penale*, Milano, 2012
- Pagliari A., (voce) *Legge penale*, Vol. XXIII, in *Enc. Dir.*, 1973
- Pagliari A., *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale dolus in re ipsa ed errore su legge penale)*, in *Cass. pen.*, 1991, 324 s.
- Pagliari A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003
- Pagliari A., *Principio di legalità ed indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 694 s.
- Palazzo F., *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema delicati*, in *Studium iuris*, 1996, 1108
- Paliero C., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 839 s.
- Paliero C.E.-Piergallini C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167 s.
- Paliero C.E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 847 s.
- Paliero C.E., *La società punita: del come, del perché del per cosa*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2008, 1545 s.
- Paliero C.E., *Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente, sub art. 7*, in (diretto da) Levis M., Perini A., *Commento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014

- Paliero C.E., voce *Ordnungswidrigkeiten*, in *Dig. Disc. pen.*, 1995
- Panagia S., *Rilievi critici sulla responsabilità punitiva degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 163 s.
- Papa M., voce *Conspiracy*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, 95 ss.
- Pasculli M.A., *La responsabilità «da reato» degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005
- Pearce F.-Tombs S., *Ideology, Hegemony, Empiricism-Compliance Thoery of regulation*, in *British Journal of Criminology*, 1990, vol. 30, 4, 423 s.
- Pedrazzi C., *Diritto penale*, Milano, 2003, 467 ss..
- Pedrazzi C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 77 s.
- Pedrazzi C., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 127 s.
- Pedrazzi C., *sub art. 223 l. fall.*, in (a cura di) Galgano F., *Commentario Scialoja-Branca, Legge Fallimentare. Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna-Roma, 1995, 276,
- Pedrazzi C., *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1277 s.
- Perini C., *La legislazione tra diritto penale dell'evento e diritto penale del rischio*, in *Legisl. Pen.*, 2012, 117 s.
- Perron W., *sub § 14 StGB*, in (a cura di) Schönke A.-Schröder H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2014, 234 s.
- Peruzzo G.G., *Il dovere di vigilanza degli amministratori di S.p.A.: il ruolo degli amministratori deleganti e la loro responsabilità*, in A.A.V.V., *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi*, Atti del V Convegno annuale dell'associazione di professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale", Roma 21-22 febbraio 2014

Picotti L., *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, 659 s.

Pierdonati M., *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012

Piergallini C., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AAVV, *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002

Piergallini C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, in www.csm.it

Piergallini C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 576 s.

Pinto A., Evans M., *Corporate criminal liability*, New York, 2013, 15 ss., 263;

Pisani N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003

Pisani N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003.

Podgor E. S., Henning P. J., Israel H. J., King N. J., *White Collar Crime*, St. Paul-Minnesota, 2013

Presti G.M. G., *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, in Bianchini M., Di Noia C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010

Presutti A., Bernasconi A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013

Pulitanò D., *Diritto penale*, Torino, 2013

Pulitanò D., *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 429 s.

Pulitanò D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, 362 s.

Pulitanò D., *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1985, 11 s.

Pulitanò D., *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1231 s.

Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904

Ranft O., *Das garantispflichtwidrige Unterlassung der Taterschwerung*, in *ZStW*, 1997, 284.

Ranft O., *Das garantispflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung*, in *ZStW*, 1982, 815 ss.

Ransiek A., *Das unechte Unterlassungsdelikt*, in *Jus* 2010, 589 s.

Ransiek A., *Das unechte Unterlassungsdelikt*, in *JuS*, 2010, 587.

Ransiek A., *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg 1996, 102.

Rathgeber C., *Criminal Compliance. Kriminalpreventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*, Baden Baden, 2012

Rau C., *Compliance und strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit*, Frankfurt am Main, 2010

Reichert J., Ott N., *Die Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat zur Aufklärung von Non Compliance in der AG*, in *NZG* 2014, 241 s.

Reichert J., *Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens*, in *ZIS*, 2011, 113 s.

Rettenmaier F, Palm M., *Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen*, in *NJOZ*, 2010, 1415.

Richter M.S. jr, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, 664 s.

Risicato L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2004

Risicato L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale, Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004

Risicato L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267 ss.;

Rogall K., *Dogmatische und kriminalpolitische Problem der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)*, in *ZStW*, 1986, 617.

Rogall K., *sub § 30*, in (a cura di) Senge L., *Karlsruhe Kommentar zum gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2014

Rohland v. W., *Die strafbare Unterlassung*, I, Dorpat, 1887

Romano M., *Commentario sistematico del codice penale, I, art. 1-84*, Milano, 2004

Romano M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, *Riv. soc.*, 2002, 409 s.

Romano M., *Questione in tema di responsabilità penale degli amministratori per violazione degli obblighi di comunicazione nella legge di riforma delle società per azioni*, in *Giur. comm.* 1976, 344, nota 11..

Ronco M., *Dolo, preterintenzione e colpa: fondamento e struttura*, in (opera diretta da) Ronco M., *Commentario al codice penale. Il reato*, I, Bologna, 2011

Ronco M., *Il dolo*, in (opera diretta da) Ronco M., *Commentario al codice penale. Il reato*, I, Bologna, 2011

Ronco M., *Il principio di legalità*, in (a cura di) Ronco M., *Commentario al codice penale. La legge penale*, Bologna, 2006

Ronco M., *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in (opera diretta da) Ronco M., *Il reato*, I, Bologna, 2011

Rossi A., *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, in (a cura di) Bertolino M., Forti G., Eusebi L., *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, 2135.

Rossi G., *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008

Rotsch, *Criminal Compliance, in Theorie und Praxis des Wirtschaftsstrafrecht*, in AAVV, *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, 2013

Roxin C., *Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren*, in (a cura di) Fahl C., Müller E., Satzger H., Swoboda S., *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2015, 242.

Roxin C., *Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen*, GA, 09, 73 s.

Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2003

Roxin C., *Täterschaft und Teilnahme*, Berlin, 1963.

Roxin C., *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit*, im Jus, 1964, 53 s.

Rübenstahl M., *Zur „regelmäßigen“ Garantenstellung des Compliance Officers*, in NZG, 2009, 1343 s.

Rudolphi H. J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966

Rudolphi H. J., Stein U., *sub § 13*, in (a cura di) Wolter J, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Köln, 2009, 24 ss

Ruggiero R.A., *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli usa: il paradosso del liberismo economico*, in www.penalecontemporaneo.it

Sacchi R., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in (a cura di) Tombari U., *Corporate Governance e “sistema dei controlli” nella s.p.a.*, Torino, 2013

- Sacchi R., *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231*, in *Giur comm.*, 2012, 858 s.
- Santangelo L., *Prevenzione del rischio di commissione di aggio e elusione fraudolenta del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. 231/2001: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it
- Santi F., *La responsabilità delle società e degli enti*, Milano, 2004
- Sauer W., *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin, 1921
- Sauer W., *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, in Hegler A. (a cura di), *Festgabe für Reinhard Frank*, Tübingen, 1930
- Schaffstein F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935
- Schaffstein F., *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht*, in (a cura di) Barth H., *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, 169;
- Schall H., *Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, in (a cura di) Rogall K., Puppe I., Stein U., Wolter J., *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, 2004, 272.
- Schneider H., Gottschaldt P., *Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen*, in *ZIS*, 2011, 573 s.
- Schöne W., *Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1973
- Schumann H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, 42 ss; 121;
- Schünemann B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971
- Schünemann B., sub § 27, in (a cura di) Laufhütte W. H., Rissing-van-Saan R., Tiedemann K., *Leipziger Kommentar*, Berlin 2007, 2030;

Schünemann B., *sub Vorbemerkungen § 25 StGB*, in (a cura di) in (a cura di) Laufhütte H. W., Rissing – van Saan R., Tiedemann K., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2007

Schünemann B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979

Schünemann B., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, 89

Schünemann B., *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, in Gimbernat E., Schünemann B., Wolter T., *Internationale Dogmatik der Objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1995

Seebode M., *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts*, in *FS für Günther Spendel*, Berlin-New York 1992

Seher G., *Grundfälle zur Mittäterschaft*, in *JuS*, 2009, 795; BGH 02.09.2009, 5 StR 269/09, in *NJW* 2010, 248;

Seibt C., *sub §§ 76, 77 AktG*, in (a cura di) Schmidt K., Lutter M., *Aktiengesetz Kommentar*, I Band, Köln, 2008, 871, 887.

Semeraro P., *La partecipazione mediante omissione*, in *Ind. Pen.* 2006, 557 ss.

Sfameni P., *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, 275 s.

Sfameni P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 2007, 175 s.

Sgubbi F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975

Sieber U., *Compliance Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle der Wirtschaftskriminalität*, in in (a cura di) Sieber U., Dannecker G., Kindhäuser U., Vogel J., Walter T., *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann*, München, 2008

- Spasari M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957
- Spendel G., *Beihilfe und Kausalität*, in (a cura di) Jescheck H.H., Lüttger H., *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York, 1977, 185. In giurisprudenza BGH 06.05.1960, 4 StR 117/60
- Spring P., *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*, Hamburg, 2009, 217;
- Stella F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo, lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 462 s.
- Stella F., *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1249 s.
- Stoffers K., *Garantenpflichten des Innenrevisionsleiters einer öffentlich-rechtlichen Anstalt – Überhöhte Straßenreinigungsentgelte*, in *NJW*, 2009, 3176;
- Stortoni L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, 17, 98;
- Stratenwerth G., Kuhlen L., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2011, 257 ss.).
- Stree W.- Bosch N., *sub § 13*, in (a cura di) Schönke A.-Schröder H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2014
- Stree W.- Bosch N., *sub § 13*, in (a cura di) Schönke A.-Schröder H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 210, 225
- Sutherland E. H., *White collar crime*, New York, 1949
- Tiedemann K., *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in *NJW*, 1988, 1169 s.
- Tiedemann K., *Strafbarkeit von juristischen Personen?* in (a cura di) Schoch F., *Freiburger Begegnung*, Heidelberg, 1996
- Tiedemann K., *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, in (a cura di) Küper W., *Festschrift für Stree- Wessels*, Heidelberg, 1993

Tiedemann K., *Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern*, in (a cura di) Jescheck H.H., *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin, 1989 319;

Tiedemann K., *Wirtschaftsstrafrecht*, München, 2014

Torre V., *La responsabilità penale dell'organo di controllo sull'amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in *Giur. comm.*, 2012, 564,

Torre V., *Posizione di garanzia e obblighi di vigilanza nell'attività del collegio sindacale*, in *Ind. Pen.*, 2000, 283. Idem, cercare Pisani

Traeger L., *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1913

Vannini O., *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916

Varrasi G., *I controlli nei sistemi alternativi*, in *Giur. comm.*, 2013, 2427.

Varrasi G., *I controlli nei sistemi alternativi*, in *Giur. comm.*, 2013, 2436.

Viganò F., *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in www.penalecontemporaneo.it.

Viganò F., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1679 s.

Vignale L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1995, 1367.

Vignale L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1995, 1365 ss.;

Vogel J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993

Vogler T., *Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt*, in *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1976

Wegner C., *Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbuße*, Frankfurt am Main, Berlin, 2000

Weigend T., sub § 13 StGB, in (a cura di) Laufhütte W. H., Rissing-van-Saan R., Tiedemann K., *Leipziger Kommentar*, Berlin 2007

Welp J., *Vorangeganes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, 1968

Welp J., *Vorangeganes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin 1968, 320.

Welzel H., *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969

Welzel H., *Um die finale Handlungslehre*, 1949

Wessels J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2015

Wieser R., sub § 130, in AAVV, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) Kommentar*, Nördlingen, 2014, 711; Gürtler F., sub § 130 OWiG, in (a cura di) Gürtler F., Seitz H., Göhler E., *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2012, 1153.

Wolf E., *Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Breslau, 1931

Wolff E.A., *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg, 1965

Zannotti R. *Il nuovo diritto penale dell'economica*, Milano, 2008, 31;

Zannotti R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, 35.

Zerbes I., *Verantwortlichkeit für Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven in Österreich*, in (a cura di) Sieber U., Cornils K., *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Vol. IV, Berlin, 2010