

[Estratto dall'e-book "*Orientamenti della giurisprudenza penale sull'Organismo di vigilanza ex d.lg. 231/2001*", M. Arena, in corso di pubblicazione]

### **5.3 Il problema della posizione di garanzia dell'OdV**

L'OdV, con la sua omessa vigilanza, può concorrere nella condotta illecita altrui (del datore ecc.)? La risposta è sempre la stessa ed è oggetto di riflessione dottrina da tempo: l'OdV può concorrere in via omissiva solo se ha l'obbligo giuridico di impedire il reato altrui.

La dottrina nettamente prevalente esclude la configurabilità di un obbligo giuridico di impedire il reato altrui in capo ai membri dell'Organismo, in quanto essi avrebbero esclusivamente compiti di controllo in ordine al funzionamento ed all'osservanza dei Modelli organizzativi e non in ordine alla prevenzione del reato.

In tema di reati omissivi il fondamento della responsabilità è correlato all'esistenza di un dovere giuridico di attivarsi per impedire che l'evento temuto si verifichi.

Il titolare di quest'obbligo versa in posizione di garanzia, le cui componenti essenziali costitutive sono: da un lato, una fonte normativa di diritto privato o pubblico, anche non scritta, o una situazione di fatto per precedente condotta illegittima, che costituisca il dovere di intervento; dall'altro lato, l'esistenza di un potere (giuridico, ma anche di fatto) attraverso il corretto uso del quale il soggetto garante sia in grado, attivandosi, di impedire l'evento<sup>1</sup>.

Esiste anche una tesi favorevole all'insorgenza della posizione di garanzia, in quanto le funzioni affidate all'OdV sono proprio quelle di prevenzione e di impedimento dei reati, obiettivo perseguito anche con l'attuazione dei modelli di organizzazione e gestione.

In quest'ottica, la fonte dell'obbligo di impedire l'evento potrebbe ravvisarsi negli artt. 6 lett. a), b) e d) e 7 d. lg. n. 231: la posizione di garanzia dei componenti l'OdV risiederebbe direttamente nei Modelli di organizzazione e gestione e verrebbe assunta in forza del contratto, in particolare del contratto di lavoro (o l'incarico professionale per il membro esterno) con la società<sup>2</sup>.

### **5.4 I profili di responsabilità dell'Organismo di vigilanza in relazione ai delitti ex art 25-septies**

La contestazione sulla quale si è svolto il processo conclusosi con la pronuncia della Cassazione riguardava il delitto doloso previsto dall'437 c.p.

---

<sup>1</sup> Cass. 21 maggio 1998, n. 8217.

<sup>2</sup> Gargani, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penali dell'intraneo: due piani irrelati?* Dir. Pen. Processo, 9/2002, 1061 ss.

Fino ad oggi le riflessioni svolte sui profili di responsabilità dell'OdV hanno riguardato l'omicidio colposo o le lesioni colpose gravi o gravissime commessi in violazione della normativa antinfortunistica.

Ebbene, in dottrina la responsabilità concorsuale dell'OdV è stata ritenuta configurabile, ex art 113 c.p., alla stregua della casistica giurisprudenziale formatasi in relazione ai componenti il servizio di prevenzione e protezione (RSPP) ex d.lg. n. 626/1994<sup>3</sup>.

In particolare, si è affermato che costoro

*sono soltanto dei consulenti e i risultati dei loro studi e delle loro elaborazioni, come in qualsiasi altro settore dell'amministrazione dell'azienda (ad esempio in campo fiscale, tributario, giuslavoristico), vengono fatti propri dal vertice che li ha scelti e che della loro opera si avvale per meglio ottemperare agli obblighi di cui è esclusivo destinatario*<sup>4</sup>.

Il RSPP può essere chiamato a rispondere anche penalmente per lo svolgimento della propria attività:

*questi, infatti, qualora agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo così il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale, risponderà insieme a questi dell'evento dannoso derivatone, essendo a lui ascrivibile, a titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo*<sup>5</sup>.

Lo spunto è stato ripreso – in maniera incisiva – in un contributo<sup>6</sup> che ipotizza il seguente scenario:

- imputazione di omicidio colposo a carico del committente e dei datori di lavoro delle imprese esecutrici, per aver cagionato la morte di un lavoratore, avendo gestito con colpa il rischio interferenziale indotto dalla contemporanea operatività delle imprese;
- medesima imputazione, in cooperazione colposa, all'OdV dell'impresa committente per aver ommesso di segnalare al CDA l'inidoneità del Modello, derivante dalla mancata previsione in esso di un procedimento di verifica dell'avvenuta nomina di un coordinatore per l'esecuzione dei lavori (ex art. 90, comma 4, TUSL), nonostante avesse avuto conoscenza di tale lacuna del Modello prima dell'infortunio al lavoratore.

Lo stesso Autore precisa che “se la contestazione mossa all'OdV vuole aspirare ad una qualche plausibilità, deve potersi rinvenire in capo allo stesso un obbligo giuridico di impedimento e deve potersi affermare che tale impedimento attiene all'evento rappresentato dalla morte di un lavoratore”.

Il nodo risiede, principalmente, nella nozione di “potere impeditivo” quale presupposto caratteristico della posizione di garanzia.

---

<sup>3</sup> Antonetto, *Il regime del rapporto e della responsabilità dell'Organismo di vigilanza*, Riv. Resp. Amm. Soc. enti, 1/2008, 1061 ss.

<sup>4</sup> *ex multis*: Cass., III, 23 maggio 2001, n. 20904.

<sup>5</sup> Cass., IV, 31 marzo 2006.

<sup>6</sup> *Dovere, Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell'Organismo di Vigilanza per il caso di grave infortunio sul lavoro*, Riv. Resp. Amm. Soc. enti, 1/2016, 78.

Se la giurisprudenza si orienterà nel senso che è sufficiente “un potere di interferenza in contesto cooperativo, valorizzando cioè l’assolvimento di una funzione di prevenzione indiretta”<sup>7</sup>, non è assolutamente peregrino, ad avviso di chi scrive, prevedere che “presto o tardi emergerà dalla casistica giudiziaria la tesi che l’OdV concorre, con i peculiari compiti, a garantire la sicurezza dell’ambiente di lavoro, di talché una trasgressione degli stessi, che si manifesti eziologicamente connessa all’evento-infortunio, ne importa il coinvolgimento nel giudizio di attribuzione di responsabilità penale”<sup>8</sup>.

(Maurizio Arena)

---

<sup>7</sup> Nella sentenza di primo grado del noto procedimento “ThyssenKrupp”, si afferma che il fatto che il RSPP non sia destinatario di obblighi penalmente sanzionati si spiega con l’assenza di un ruolo gestionale ma non è decisivo per l’identificazione di una posizione di garanzia, la quale presuppone la titolarità di obblighi giuridici che devono essere diligentemente adempiuti; tali obblighi, a loro volta, sono «parte inscindibile di una procedura complessa che sfocia nelle scelte operative sulla sicurezza compiute dal datore di lavoro».

<sup>8</sup> *Dovere, op. cit.*, 87.