

IL RUOLO DI SINDACATO DELL'ODV SULLE SCELTE DI GESTIONE DELL'AZIENDA

1. Il caso in breve

La decisione del Tribunale di Milano in esame ha a oggetto la gestione della banca Monte dei Paschi di Siena (MPS), con riferimento alle operazioni Santorini e Alexandria. Fra i diversi argomenti esaminati nella decisione vi è anche la tematica della responsabilità da reato ex d.lgs. n. 231 del 2001 dell'istituto di credito con riferimento ai delitti di false comunicazioni sociali e aggio commessi dai vertici della banca.

2. L'idoneità del Modello 231

Dopo una breve introduzione sui caratteri più generali del d.lgs. n. 231 del 2001, la sentenza affronta il tema dell'idoneità del Modello 231 adottato dall'istituto di credito e della sua conformità rispetto alle indicazioni fornite dal legislatore del 2001. Sul punto, i giudici fanno una duplice valutazione, diversa in ragione del lasso temporale considerato:

- viene ritenuto inidoneo il Modello vigente fino all'ottobre 2013: la fondatezza di tale conclusione pare incontestabile, posto che le criticità presenti nel Modello allora vigente erano state direttamente riscontrate dallo stesso consulente nominato dall'istituto bancario che sollecitava una significativa riscrittura della *governance* aziendale (senza poi potersi tralasciare il fatto che fino al 24 maggio 2012, la società era finanche priva di un Organismo di Vigilanza: d'ora in avanti anche OdV). Questa prima parte della pronuncia non presenta, dunque, particolari profili di rilievo, stante la incontestabile insufficienza del Modello allora adottato da MPS;
- l'unico aspetto che merita di essere segnalato è che la decisione sottolinea la differenza fra possibili sistemi di controllo interno (si pensi al comitato per il controllo interno, al sistema di *audit*, ecc.) presenti eventualmente in azienda e il Modello 231. Quest'ultimo, infatti, richiede, a differenza dei primi, una serie di adempimenti come:
 - a. la mappatura delle aree di rischio;
 - b. la predisposizione di specifici protocolli diretti alla prevenzione dei reati;
 - c. i flussi informativi verso l'OdV;
 - d. il sistema disciplinare, la cui mancanza (qualche che siano gli strumenti organizzativi assunti dalla società) determina la violazione del d.lgs. n. 231 del 2001.

Si tratta di una conclusione non nuova, giacché più volte la giurisprudenza ha sostenuto che la soddisfazione delle esigenze e della *ratio* sottesa al d.lgs. n. 231 richiede un assetto organizzativo che, quale che sia la denominazione dello stesso, presenti determinate caratteristiche senza le quali non può dirsi soddisfatto il dettato normativo (v., Trib. Milano, II sez. pen., sent. n. 13490/2019, dep. 12 maggio 2020). In questo senso si ricorda che la Cassazione ha affermato che i Modelli aziendali ISO UNI EN ISO 9001 non possono essere ritenuti equivalenti ai Modelli 231, qualora non contengano l'individuazione degli illeciti da prevenire unitamente alla specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del modello.

3. Le conseguenze dell'inerzia dell'OdV

Dopo aver esaminato l'assetto organizzativo operante fino all'ottobre 2013, la sentenza prende in considerazione il Modello 231 adottato in seguito dallo stesso istituto di credito, concludendo per la responsabilità della società.

I giudici giustificano la loro decisione circa l'inidoneità del Modello valorizzando, in modo pressoché esclusivo, la sostanziale inattività dei componenti dell'Organismo di Vigilanza, i quali da più fronti avvisati delle criticità legate alle vicende inerenti alle operazioni Santorini e Alexandria e venuti a conoscenza dell'apertura di un procedimento riguardo alle stesse, non avrebbero in alcun modo esercitato i loro poteri di controllo e di intervento.

Il tribunale è giunto alle sue conclusioni non prendendo in esame le procedure previste nel Modello 231, ma valutando in che misura le stesse fossero concretamente implementate e rispettate, verificando cioè il concreto ed effettivo funzionamento del Modello 231. In effetti, in più parti della decisione, i giudici manifestano apprezzamento per il contenuto del Modello, riconoscendo la completezza dello stesso, ma poi sottolineano con forza come le relative previsioni siano rimaste essenzialmente inosservate, non essendo infatti risultato operante nessuno degli strumenti preventivi e impeditivi ivi previsti. È noto, infatti, che i criteri in base ai quali formulare un giudizio di idoneità del Modello 231 sono incerti: il legislatore fornisce alcune indicazioni (il Modello deve prevedere un sistema sanzionatorio, deve prevedere canali per il fenomeno del *whistleblowing*, deve prevedere la presenza di un Organismo di Vigilanza indipendente e competente ecc.) comunque insufficienti a formare una base di giudizio oggettiva, mentre la giurisprudenza è praticamente silente sul punto, non fornendo significativi spunti operativi per l'imprenditore e suoi coadiutori. In questa situazione di incertezza, è frequente che la responsabilità e la colpevolezza della società coinvolta venga ricostruita prestando attenzione non al mero contenuto del Modello 231, quanto alla circostanza che i dettami e le misure preventive previsti in quei Modelli non sono di fatto rispettati. In sostanza, assai di frequente il fondamento della dichiarazione di responsabilità delle società va rinvenuto non in una radicale inadeguatezza del Modello 231, ma nel fatto che proprio gli strumenti che quei Modelli prevedono (e che li rendono idonei a prevenire il reato) nella concreta operatività dell'azienda non sono poi stati attuati. Detto altrimenti, è facile mettere su carta un assetto logistico dell'impresa funzionale all'obiettivo di eliminare il rischio-reato, mentre quello che è difficile è rispettare i precetti che tale assetto impone.

A tale logica, come si accennava, si rifà anche la sentenza del tribunale di Milano che in più parti riconosce l'apprezzabilità in via astratta del Modello 231 adottato nel 2014 dal MPS, ma poi ne evidenzia i limiti operativi. In questo senso, crediamo vada letta l'osservazione secondo cui, dopo aver indicato la composizione dell'Organismo di Vigilanza, formato da professionisti di elevato spessore e comprovata esperienza, di cui era assicurata la continuità di azione, munito di penetranti poteri di iniziativa e controllo, ivi inclusa la facoltà di chiedere e acquisire informazioni da ogni livello e settore operativo della Banca, avvalendosi delle componenti funzioni dell'istituto, se ne sottolinea però l'inerzia, quasi il disinteresse di tale organo in relazione alle vicende Santorini e Nomura, essendosi i componenti limitati a insignificanti prese d'atto, nella vorticoso spirale degli eventi che un più accorto esercizio delle funzioni di controllo avrebbe certamente scongiurato, per cui non resta che rilevare l'omessa (o almeno insufficiente) vigilanza da parte dell'Organismo che fonda la colpa di organizzazione di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001. Questa conclusione lascia parzialmente perplessi. Che la rilevanza del ruolo dell'Organismo di Vigilanza nel sistema 231 non possa essere sottovalutata è evidente, posto che si tratta di un soggetto la cui istituzione è espressamente prevista da legislatore e che ha un ruolo centrale nella parte di *governance* aziendale dedicata alla prevenzione di illeciti, così come allo stesso è espressamente attribuito il compito di vigilare sul funzionamento del Modello 231 o su quello che è l'aspetto centrale nel sistema di responsabilità da reato delle imprese.

Al contempo, però, questa accentuazione della rilevanza dell'operatività dell'OdV, che assume valenza assolutamente prevalente rispetto a tutti gli altri aspetti della materia, pare eccessiva perché sembra concentrare solo su questo aspetto il giudizio sulla colpevolezza dell'impresa, prescindendo per esempio dalle procedure adottate, dai protocolli organizzativi, dai controlli previsti, ecc.

In conclusione, a leggere la decisione in epigrafe pare quasi che debba sostenersi che la responsabilità dell'impresa sussista o meno in base a quanto risulti attento e proattivo l'Organismo di Vigilanza, prescindendo da ogni altra considerazione circa il contenuto del Modello 231 e la tipologia di struttura aziendale. Si tratta di una considerazione opinabile, soprattutto perché pare sottintendere un presupposto, tutt'altro che pacifico, secondo cui compito dell'Organismo di Vigilanza è impedire la commissione di reati.

4. L'OdV quale organo di prevenzione e repressione dei reati commessi dalla società?

È questa la parte di maggior interesse della decisione: la possibilità (o dovere) per l'Organismo di Vigilanza di impedire la commissione dei reati presupposto richiamati dagli artt. 24 ss. d.lgs. n. 231 del 2001.

Si tratta di una tesi che comincia ad affacciarsi con una certa frequenza nella giurisprudenza, posto che dopo una prima non recente decisione in tal senso della Cassazione (Cass., Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4667) analoghe riflessioni sono state formulate in sede di merito (Trib. Milano, II sez. pen., sent. N. 13490/2019 dep. 12 maggio 2020) e che sembra condurre a uno stravolgimento del ruolo e delle funzioni dell'Organismo di Vigilanza. Nella decisione in commento, la conclusione apodittica secondo cui se l'Organismo di Vigilanza si fosse attivato il reato non si sarebbe verificato non è minimamente argomentata, diversamente da quanto può sostenersi con riferimento a due pronunce in cui il tema è stato affrontato, il cui contenuto è, dunque, il caso di richiamare e riassumere in questa sede.

Nella sentenza n. 4677 del 2014 della Corte di cassazione, nell'ambito di una vicenda di agiotaggio informativo in cui erano coinvolti gli apicali dell'ente, nell'escludere l'applicabilità dell'esimente dell'elusione fraudolenta del Modello, i giudici di legittimità evidenziarono, quale ulteriore criticità nel sistema di *compliance*, la mancata previsione della facoltà in capo all'Organismo di Vigilanza, di esprimere una *dissenting opinion* sul contenuto del comunicato stampa, atto pacificamente di competenza dell'organo di gestione. In particolare, secondo la Corte di Cassazione, la funzione di controllo dell'Organismo di Vigilanza, così come delineata nel Modello 231 dell'azienda coinvolta, non era sufficientemente incisiva dal momento che le bozze dei comunicati stampa predisposte dalle strutture amministrative potevano essere modificate dagli apicali, senza che all'organo di controllo fosse concesso di esprimere una *dissenting opinion* sul prodotto finito il comunicato: nonostante le considerazioni in senso contrario svolte nella parte introduttiva della sentenza (dove si legge che «la responsabilità dell'ente, ai sensi della L. n. 231 del 2001, non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato (ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2)»), la Corte nelle parti successive della pronuncia sembra attribuire all'OdV una vera e propria funzione impeditiva dell'evento-reato, affermando che la vigilanza si riduce a un *mero simulacro* se non si estrinseca in un controllo sui più importanti atti di gestione.

Analoghe conclusioni sono raggiunte nella decisione del Trib. Milano, II sez. pen., sent. n. 13490 del 2019, peraltro anch'essa relativa alle sorti della Banca Monte dei Paschi di Siena e sempre con riferimento a un'operazioni di finanziamento con la Santorini. Nel giudicare il Modello di un istituto di credito straniero che aveva partecipato alle suddette operazioni finanziarie, i giudici esclusero l'idoneità dei presidi preventivi adottati dalla sede londinese di *Deutsche Bank*, non in base a una valutazione *ex ante*, volta a verificarne la conformità ai requisiti indicati dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, ma perché gli stessi non erano valsi a rilevare la vera natura del deal e a bloccarne l'approvazione, e, anzi, ne avevano accettato la commissione come parte di una *policy* aziendale tesa a privilegiare il conseguimento di un risultato profittevole anche a discapito dell'osservanza delle regole.

La decisione, dunque, pur non affermando espressamente l'esistenza di un obbligo di impedimento dei reati-presupposto in capo all'OdV, tuttavia aderisce, senza richiamarla, alla prospettiva avanzata dalla Cassazione nell'occasione sopra menzionata, là dove ammette un controllo diretto degli atti del potere gestionale da parte dell'Organismo di vigilanza, con conseguente trasfigurazione dell'OdV, che, da controllore della *compliance*, diverrebbe organo di prevenzione e repressione dei reati commessi dalla società: una sorta di Procura interna all'impresa, magari con facoltà di interrogare i presunti colpevoli.

5. Considerazioni finali

Questi futuri sviluppi circa il ruolo dell'Organismo di Vigilanza non sono condivisibili, specie ove alle suddette conclusioni si pervenga, come pare accadere nella decisione in commento e nelle altre sopra richiamate, senza un'adeguata consapevolezza in ordine alle conseguenze che ne derivano. Le conclusioni che si stanno affermando in giurisprudenza rischiano, infatti, di condurre a una modifica radicale del ruolo dell'Organismo di Vigilanza all'interno del sistema di *governance*, facendo smarrire allo stesso la sua natura di organo di controllo di II livello, cioè di soggetto che garantisce non la prevenzione del reato in

sé ma il rispetto delle misure preventive del modello organizzativo – a loro volta intese non a escludere la commissione di ogni forma di illecito, ma a ridurre il rischio che ciò si verifichi a mezzo di una eliminazione e controllo dei fattori di facilitazione dell'illecito.

Di contro, nelle decisioni indicate sembra che l'OdV debba agire per impedire la commissione del reato o quanto meno debba attivarsi per rendere evidente la violazione della legge penale o la pericolosità delle condotte assunte: rimanendo alle vicende considerate dalle due sentenze del tribunale di Milano l'Organismo di Vigilanza avrebbe dovuto evidenziare la natura delle operazioni negoziali Santorini e Alexandria, qualificando le stesse come vicende fortemente rischiose per la solidità economica di BMPS, mentre, con riferimento alla decisione della Cassazione i componenti dell'Organismo di Vigilanza avrebbe dovuto notificare il pubblico circa l'infondatezza dei dati economici richiamati dai vertici della società nel loro comunicato. In sostanza, l'Organismo di Vigilanza sarebbe tenuto ad assumere determinati comportamenti a tutela non della società nel cui ambito opera (da mantenere esente da responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001), ma a garanzia di soggetti esterni all'impresa, i cd. *stakeholders* e di conseguenza l'OdV non deve sottolineare le violazioni della procedura ma il fatto di reato (per esempio, con riferimento alla vicenda sottostante la decisione della Corte di Cassazione, i componenti dell'Organismo di Vigilanza non dovevano limitarsi a sostenere che il comunicato con cui era stato commesso il reato di agiotaggio era stato emesso in maniera irregolare, senza essere transitato per un parere presso l'OdV, ma dovevano dichiarare direttamente la falsità del suo contenuto).

Due le conseguenze inaccettabili che derivano dall'affermarsi di questa nuova prospettiva del *sistema 231*.

In primo luogo, questa impostazione rischia di far smarrire la corretta lettura della *ratio* del d.lgs. n. 231 del 2001. Per il tramite di questo nuovo ruolo riconosciuto all'Organismo di Vigilanza, infatti, si finisce per attribuire ai modelli organizzativi 231 un ruolo impeditivo degli eventi-reato e non, invece, una funzione meramente precauzionale, per cui o l'Organismo di Vigilanza interviene per prevenire la commissione dell'illecito o si è innanzi a un modello organizzativo non idoneo. Di contro, la corretta ricostruzione della disciplina in tema di responsabilità dell'impresa per il reato commesso da apicali o dipendenti impone di fondare la colpevolezza della società (non nel non aver impedito il reato, ma) nel non aver predisposto sufficienti presidi preventivi del rischio-reato ed è proprio sulla funzionalità, da verificarsi *ex ante*, di questi presidi che deve concentrarsi l'indagine dell'autorità giudiziaria: di conseguenza, con riferimento al ruolo dell'Organismo di Vigilanza deve ritenersi che questi – lungi dall'attivarsi per impedire il delitto -, qualora ravvisi un'incompletezza nei protocolli di prevenzione o un mancato rispetto delle procedure da parte dei destinatari dell'autonormazione, deve semplicemente procedere alla segnalazione del fatto ai vertici dell'ente.

In secondo luogo, le considerazioni che si sono sopra riassunte rischiano di imporre all'Organismo di Vigilanza l'adozione di un controllo nel merito dell'operato degli amministratori della società, con la conseguente insorgenza, quantomeno potenziale, in capo ai relativi componenti di un obbligo di impedimento del reato (dal cui inadempimento possono derivare conseguenze penali). In questo modo, però, si assegna all'OdV un ruolo di sindacato diretto e totale sulle scelte gestorie dell'azienda e dei suoi vertici (giacché in questo si traduce – per rimanere alle vicende esaminate dalla giurisprudenza – l'eventuale affermazione dei componenti dell'Organismo di Vigilanza secondo cui la natura di alcune operazioni di finanziamento è diversa da quella indicata dal Consiglio di Amministrazione o che il comunicato stampa dell'azienda è falso).

Un conto è dire che l'Organismo di Vigilanza deve vigilare sul rispetto del Modello, altro conto è dire che, per risultare il modello efficace, l'OdV debba essere messo in condizione di impedire il reato.

Nel primo caso, tale organo per adempiere ai propri compiti deve eventualmente evidenziare che una procedura prevista nel Modello per arginare un rischio-reato non è stata rispettata, ma non è tenuto a formulare alcuna valutazione sulle conseguenze di questa violazione e in particolare non è assolutamente obbligato a evidenziare la portata criminogena della violazione: altra cosa è ritenere che, unitamente al riscontro circa la violazione della procedura, i componenti dell'Organismo debbano segnalare la commissione (avvenuta o possibile in futuro) di un illecito, segnalazione in mancanza della quale si deve concludere nel senso della inefficienza ed inefficacia del modello perché non ha consentito all'Organismo di Vigilanza di impedire la commissione di reato o di evidenziare al verificarsi dello stesso.

Questa seconda prospettiva è sideralmente lontana dal ruolo proprio dell'OdV, che deve essere quanto più estraneo rispetto alla gestione dell'impresa. La non ingerenza nelle scelte degli amministratori è *condicio sine qua non* di autonomia e indipendenza, requisiti che devono sempre connotare i componenti dell'Organismo di Vigilanza e, conseguentemente, l'Organismo stesso, il quale può adempiere correttamente ai propri compiti solo nella misura in cui è separato rispetto alla gestione della società e verifica, in maniera indipendente, l'adozione e l'attuazione dei Modelli organizzativi. I compiti dell'OdV sono di generica prevenzione, prospettici e organizzativi, non volti a impedire singoli eventi lesivi ma connotati da una finalità preventiva indiretta per assicurare l'effettività dei Modelli 231 adottati, senza pretende di prevenire concreti episodi delittuosi, per cui, qualora riscontrino criticità del Modello 231, i componenti dell'Organismo di Vigilanza non devono intervenire direttamente ma devono limitarsi a riferire all'organo di gestione, che provvede eventualmente a deliberare e ad adottare le misure correttive necessarie.

18 maggio 2021

A cura di Avv. Bruna Capparelli

prorevi auditing s.r.l.