

Non c'è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all'Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell'azienda.

di **Ciro Santoriello**

TRIBUNALE DI MILANO, SEZ. II, 7 APRILE 2021 (UD. 15 OTTOBRE 2020)
PRESIDENTE TANGA, ESTENSORE SABA

1. La decisione del Tribunale di Milano avente ad oggetto la gestione della banca Monte dei Paschi di Siena con riferimento alle vicende inerenti "*alle operazioni SANTORINI ed ALEXANDRIA*" presenta molteplici profili di interesse e, non a caso, alla stessa una significativa attenzione è stata dedicata sia dai *mass media* che dagli operatori del diritto.

Fra i diversi argomenti esaminati nella suddetta 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 ed aggio commessi dai vertici della banca. Le conclusioni che sono raggiunte sul punto dai giudici lombardi presentano tre profili di interesse, uno attentamente esaminato dalla decisione e gli altri due, invece, solo sommariamente richiamati anche se meritavano ben altro approfondimento.

2. Dopo una breve introduzione sui caratteri più generali del d.lgs. n. 231 del 2001, la sentenza passa ad affrontare il tema centrale dell'idoneità del modello organizzativo adottato dall'istituto di credito e della sua conformità rispetto alle indicazioni, pur generiche, fornite dal legislatore del 2001.

Sul punto, i giudici milanesi fanno una duplice valutazione, diversa in ragione del lasso temporale preso a riferimento. In proposito, sulla base di dati probatori acquisiti e la cui lettura non si prestava ad equivoci, viene ritenuto assolutamente inidoneo il modello vigente fino all'ottobre 2013; la fondatezza di tale conclusione, da quello che emerge nella pronuncia, pare incontestabile posto che le criticità presenti nel modello in allora vigente erano state direttamente riscontrate dallo stesso consulente nominato dall'istituto bancario che sollecitava una significativa riscrittura di questo profilo 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 (!).

Questa prima parte della pronuncia non presenta, dunque, particolari profili di rilievo, stante appunto la incontestabile insufficienza del modello in allora

adottato da MPS. L'unico aspetto che merita di essere segnalato è la circostanza che la decisione sottolinea la differenza – evidenziata già in altre occasioni dalla giurisprudenza e da altre decisioni del tribunale di Milano – fra possibili sistemi di controllo interno (si pensi al comitato per il controllo interno, al sistema di *audit*, ecc.) presenti eventualmente in azienda ed il modello organizzativo delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001; quest'ultimo, infatti, richiede, a differenza dei primi, una serie di adempimenti come "la mappatura delle aree di rischio, la predisposizione di specifici protocolli diretti alla prevenzione dei reati, gli indispensabili flussi informativi verso l'OdV, nonché il sistema disciplinare", la cui mancanza – quale che siano gli strumenti organizzativi assunti dalla società – determina la violazione del d.lgs. n. 231 del 2001.

Si tratta, come accennato, 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 stesso¹, presenti determinate caratteristiche senza le quali non può dirsi soddisfatto il dettato normativo. 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 richiesti dal d.lgs. n. 231 del 2001, qualora non contengano l'individuazione degli illeciti da prevenire unitamente alla specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del modello"².

3. 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 anche in relazione a questo aspetto per la responsabilità della società.

Questa parte della decisione presenta due profili di interesse, anche se rispetto ad uno di essi sarebbe stata apprezzabile una motivazione più articolate. In proposito, va premesso che i giudici milanesi giustificano la loro decisione circa l'inidoneità del modello valorizzando, in modo pressoché esclusivo, la sostanziale inattività, la vera e proprio inerzia, dei componenti dell'organismo di vigilanza, i quali da più fronti avvisati delle criticità legate alle vicende inerenti "alle operazioni SANTORINI ed ALEXANDRIA" – e finanche venuti a conoscenza dell'apertura di un procedimento riguardo alle

¹ Nel senso che è necessaria la valutazione del contenuto concreto del modello adottato e certo non che lo stesso contenga espressi riferimenti al d.lgs. n. 231 del 2001, cfr., con riferimento alla valutazione di modelli di prevenzione di reati da parte di enti stranieri, Trib. Milano, II sez. pen., sent. N. 13490/2019 dep. 12 maggio 2020.

² Cass., sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768. Nello stesso senso, Cass., sez. IV, 28 maggio 2019, n. 29538.

stesse –, non avrebbero in alcun modo esercitato i loro poteri di controllo e di intervento.

Due le considerazioni da fare.

La prima concerne il fatto che il tribunale milanese è giunto alle sue conclusioni non prendendo in esame le procedure previste nel modello organizzativo, bensì valutando in che misura le stesse fossero concretamente implementate e rispettate, verificando cioè il concreto ed effettivo funzionamento del modello organizzativo. In effetti, in più parti della decisione, i giudici milanesi 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 – in particolare, tale considerazione di ineffettività delle previsioni presenti nel modello è svolta in sentenza in termini pressoché esclusivi con riferimento all’operato dell’organismo di vigilanza: sulle ragioni e sulla correttezza di tale valutazione si dirà in seguito.

Si tratta di una impostazione pienamente condivisibile e la cui adozione ci eravamo permessi di suggerire già in altre occasioni³.

E’ noto, infatti, che i criteri in base ai quali formulare un giudizio di idoneità del modello 231 sono assolutamente “sfumati” ed estremamente incerti: il legislatore fornisce alcune indicazioni (il MOG 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 e stabile, mentre la giurisprudenza è praticamente silente sul punto, non fornendo significativi spunti operativi e strumenti di orientamento per l’imprenditore e suoi coadiutori. In questa situazione di incertezza, è tutt’altro che infrequente che la responsabilità e la colpevolezza della società coinvolta ed avvantaggiata da una condotta criminosa venga ricostruita prestando attenzione non al mero contenuto del modello organizzativo 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 organizzativo (circostanza in effetti sempre più rara da riscontrare) bensì 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 posti in essere. Detto altrimenti, è facile mettere su carta un assetto logistico dell’impresa funzionale

³ SANTORIELLO, *La valutazione giudiziale del modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei modelli organizzativi*, in *Riv. Resp. Amm. Enti*, 2/2019, 194

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 MOG 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 ed 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 ad 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".

4. Come evidenziato dalle parole che chiudono il paragrafo precedente e che sono tratte dalla decisione in commento, il Tribunale di Milano conduce l'esame circa l'effettiva implementazione del modello organizzativo in azienda prendendo in considerazione, in via pressoché esclusiva, il profilo attinente il funzionamento e l'operato dell'organismo di vigilanza, sostenendo, come si è visto, che l'inadeguato operato di tale organo è sufficiente a fondare la responsabilità della società.

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 organizzativo ovvero su quello che è, come si è detto, l'aspetto centrale nel sistema di responsabilità da reato degli enti collettivi.

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 quasi concentrare solo su questo aspetto il giudizio sulla colpevolezza dell'ente, prescindendo ad 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'ente 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 organizzativo e la tipologia di struttura aziendale. Si tratta di una considerazione opinabile, soprattutto perché pare sottintendere un presupposto, tutt'altro che pacifico, ovvero che compito dell'Organismo di Vigilanza sia quello di impedire la commissione di reati – e ciò per l'appunto giustificerebbe l'accentuazione dell'importanza riconosciuta all'operato (o all'inerzia) di tale soggetto ai fini della dichiarazione di responsabilità dell'ente collettivo.

5. È questa la parte di maggior interesse della decisione ovvero 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 Cassazione⁴ analoghe riflessioni sono state formulate in sede di merito⁵ e che – anche se la giurisprudenza non pare averne coscienza – sembra condurre ad un vero e proprio 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 agguattaggio 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 organizzativo dell'azienda coinvolta, non era sufficientemente incisiva dal momento che le bozze dei comunicati stampa predisposte dalle strutture

⁴ Cass., Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4667. A commento, cfr. PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis*, in *Soc.*, 2014, 469; SALAFIA, *La condizione di non punibilità per responsabilità amministrativa, delle società ed enti, nel recente intervento della Corte di cassazione*, *ibidem*, 481; BERNASCONI, *"Razionalità" e "irrazionalità" della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 1429.

⁵ Qualche prospettiva in questo senso è presente già in Trib. Milano, II sez. pen., sent. N. 13490/2019 dep. 12 maggio 2020, di cui si dirà in seguito.

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 ad un "*mero simulacro*" se non si estrinseca in un controllo sui più importanti atti di gestione.

Analoghe conclusioni, sia pur in modo meno esplicito espresso, 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 ad 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 milanesi esclusero l'idoneità dei presidi preventivi adottati dalla sede londinese di DEUTSCHE BANK, non in base ad una valutazione *ex ante*, volta a verificarne la conformità ai requisiti indicati dall'art. 6 d.lgs. 231/2001, ma perché «*non [gli stessi non erano] valsi a rilevare la vera natura del deal ed 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, «*laddove ammette [ed anzi sembra richiedere] 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'ente, magari con facoltà di interrogare i presunti colpevoli⁶.

6. Questi futuri sviluppi circa il ruolo dell'organismo di vigilanza non sono condivisibili e sono tutt'altro che tranquillizzanti, 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 ad una modifica radicale del ruolo dell'Organismo di Vigilanza

⁶ FUSCO – FRAGASSO, *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS*, in *Sistemapenale.it*.

all'interno del sistema di *governance*, facendo smarrire allo stesso la sua natura di organo di controllo di II[^] livello⁷, 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 ad 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 ed 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 notiziare 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'ente, i cd. *stakeholders* e di conseguenza l'OdV non deve sottolineare le violazioni della procedura ma il fatto di reato (ad 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 ad un modello organizzativo non idoneo. Di contro, la corretta ricostruzione della disciplina in tema di responsabilità dell'ente 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

⁷ MONTALENTI, *Modello "231" ed organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2/2014; ID.,

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'ente⁸.

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 ed in particolare non è assolutamente obbligato ad 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.

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

Come è stato detto, «*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*»⁹, 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 ad impedire singoli eventi lesivi ma connotati da una «*finalità preventiva indiretta [per] assicurare l'effettività dei modelli di organizzazione e di gestione adottati*», senza pretendere di «*prevenire concreti episodi delittuosi*»¹⁰, per cui, qualora riscontrino criticità e difetti del modello organizzativo, 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 necessarie¹¹.

⁹ FUSCO – FRAGASSO, *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'organismo*, cit., 10. Nello stesso senso, BERNASCONI, «*Razionalità*» e «*irrazionalità*» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 1436.

¹⁰ CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 445.

¹¹ CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, 2009, 407.