

Autonomia, indipendenza ed operato dell'OdV: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza.

di **Ciro Santoriello**

*TRIBUNALE DI VICENZA, SEZ. PENALE, 17 GIUGNO 2021 (UD. 19 MARZO 2021), N. 348
PRESIDENTE ESTENSORE DE STEFANO, GIUDICI ESTENSORI GARBO - AMEDORO*

1. Il processo nei confronti dei vertici della Banca Popolare di Vicenza vedeva fra i protagonisti anche lo stesso istituto di credito, chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 25 ter comma 1 lett. R) ed s) d.lgs. n. 231 del 2001 dei reati di agiotaggio ed ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza di cui agli artt. 2638 e 2637 cod. civ..

Il giudizio si è concluso con una severa condanna per l'istituto di credito e la motivazione della decisione segue un canone ormai costante, ovvero la censura del comportamento dei membri dell'Organismo di Vigilanza¹ la cui inadeguatezza – in termini di funzionamento e composizione – rende, secondo il giudicante, inidoneo il modello. Questa attenzione dedicata, fra i molti elementi che vanno a comporre il modello organizzativo e fra i diversi profili che possono fondare la responsabilità delle società, al solo OdV ed al suo comportamento è comprensibile e si spiega, riteniamo, con la circostanza che a fronte della natura "sfuggente" ed incerta dei criteri in base ai quali formulare un giudizio di idoneità del modello 231, la disciplina dettata con riferimento all'Organismo di Vigilanza è invece sufficientemente determinata ed è quindi più agevole individuarne le eventuali violazioni da parte della società accusata: ecco perché quando si tratta di verificare la colpevolezza dell'ente collettivo per illeciti commessi dai vertici i giudici, anziché concentrare la loro attenzione sulle procedure previste, sui sistemi prevenzionali adottati, sul *risk assessment* e *risk management*, ecc., i giudici esaminano in prevalenza i profili di autonomia ed indipendenza dei componenti dell'OdV nonché l'efficacia e consistenza del loro operato.

Al contempo, tuttavia, come vedremo più avanti, questa accentuazione dell'importanza e del rilievo dell'attività dell'Organismo rischia di condurre a conclusioni non sempre condivisibili.

2. Prima di svolgere alcune considerazioni di carattere generale che sono sollecitate dalla lettura della decisione del Tribunale di Vicenza è il caso di soffermarsi brevemente sul contenuto di tale decisione, nella quale - al di là

¹ Per una impostazione analoga, cfr. Trib. Milano, sez. II pen., 7 aprile 2021, Viola + altri.



delle specificità del caso concreto, che evidenziano elementi di grave responsabilità dell'ente in relazione a quanto contestatogli – compaiono alcuni elementi che meritano approfondimento.

Un primo profilo di censura mosso all'OdV presente nella Banca Popolare di Vicenza riguarda la sua composizione. In proposito il giudizio è impietoso: lo stesso, infatti, secondo i giudici *"era composto da soggetti non esenti da ingerenza e condizionamento da parte dei componenti dell'Ente, in particolare degli organi di vertice"*, in quanto erano presenti il direttore dell'*Internal Audit* presso la banca che dipendeva gerarchicamente e funzionalmente dai soggetti che – con riguardo ai reati oggetto del processo – era tenuto a controllare, mentre gli altri due membri erano avvocati che avevano ricevuto dalla società di ingenti retribuzioni.

Sul punto, tuttavia, preme fare qualche precisazione.

Il profilo attinente all'indipendenza dei componenti l'OdV non va, infatti, esasperato giacché, a ben vedere, ciò che è necessario, per escludere la responsabilità della società, non è tanto che i soggetti nominati in tale ruolo siano indipendenti *"in astratto"* quanto che agiscano come tali ovvero che nella loro azione non si facciano condizionare da eventuali legami con l'ente presso il quale operano. In sostanza, il giudizio sull'indipendenza dei componenti dell'OdV non va operato in via preventiva ma alla luce di come gli stessi hanno svolto il loro compito, tant'è che forse sarebbe più corretto articolare le motivazioni di condanna dell'ente non facendo leva sulla circostanza che i membri dell'Organismo di Vigilanza presentavano eventuali *"legami"* con l'ente imputato quando sostenendo che gli stessi non hanno esercitato correttamente i propri compiti e ciò in ragione, presumibilmente, del fatto che non godevano della necessaria indipendenza.

La precisazione non è irrilevante, giacché ragionando nel modo da noi suggerito viene meno la preclusione a nominare membri del collegio in questione legali o professionisti che abbiano svolto in precedenza attività per conto dell'azienda, come nel caso di specie (i membri esterni dell'OdV erano stati beneficiari di ingenti retribuzioni da parte di società veicolo della BPVi o dalla stessa totalmente partecipate), e la cui presenza nell'Organismo potrebbe invece essere opportuna in ragione della conoscenza che gli stessi hanno dei meccanismi e del funzionamento dell'azienda, il che gli potrebbe consentire di svolgere in maniera più efficace il loro compito. Ribadiamo: il rapporto fra membro dell'OdV e società può condurre sì ipotizzare l'inadeguatezza, ma solo in astratto, della *compliance* aziendale nell'ottica del d.lgs. n. 231 del 2001; ai fini di una decisione di condanna è però necessario verificare i suoi meccanismi di funzionamento in concreto, come peraltro ritenuto anche dallo stesso tribunale vicentino il quale in effetti esamina – con esito parimenti sconsigliato – anche tale profilo, sostenendo che *"i verbali dell'OdV danno conto di un'attività assolutamente inconsistente, che si esaurisce in un esercizio formale della funzione, limitata ad un confronto con*



il responsabile della funzione compliance e il presidente del collegio sindacale su alcune tematiche di poco spessore, senza programmazione di alcuna autonoma attività di verifica [...] e senza alcun minimo accenno a tematiche attinenti ad effettive criticità rilevate, nemmeno quelle afferenti i casi più eclatanti”.

3. Proprio questa parte della decisione consente di formulare un’ulteriore considerazione.

Il richiamo della sentenza alla verbalizzazione dell’attività svolta dall’OdV ribadisce infatti come un’attenta documentazione della propria attività da parte del collegio sia essenziale in sede di contestazione in sede penale, posto che ciò che non viene documentato in atti non potrà essere provato innanzi al giudice.

Si tratta di un profilo che spesso sfugge a quanti svolgono il ruolo di componenti dell’OdV, i quali provvedono alla verbalizzazione di eventuali situazioni di criticità o illiceità riscontrare, mentre non si preoccupano di documentare l’esercizio di attività di verifica e controllo che si siano concluse senza aver accertato alcun elemento rilevante. Si tratta di una modalità di procedere deleteria in ottica difensiva: va ricordato, infatti, che ciò che è chiesto all’OdV non è necessariamente di avvedersi dell’esistenza di illeciti richiamati dal d.lgs. n. 231 del 2001 quanto di fare ciò che è possibile per accertare tali delitti; ciò significa che i componenti del collegio ben possono difendersi sostenendo di non essere riusciti ad intervenire in ragione delle capacità criminali dei responsabili del delitto, ma tale difesa sarà credibile innanzi al giudice solo se si è in grado di documentare i controlli svolti e la loro efficacia e per l’appunto ciò sarà possibile solo se si procede a verbalizzare (non solo le attività ispettive che si sono concluse con l’accertamento di irregolarità, evenienza che potrà anche mancare, ma anche) ogni forma ispettiva e di controllo, dando anche atto di quelle in cui non si sono rilevate criticità.

In sostanza, la tesi difensiva secondo cui la commissione del reato per cui si procede non era preventivabile e prevenibile in ragione dell’episodicità del fatto, essendosi in presenza di una violazione isolata della norma penale, sarà sostenibile solo dimostrando come in precedenza comportamenti delittuosi di tenore analogo non si erano riscontrati.

4. Poco da dire sulle altre censure che la sentenza muove all’OdV della banca vicentina, il quale era sprovvisto di autonomi poteri di iniziativa e controllo, tanto che il piano delle attività di verifica dell’OdV doveva essere sottoposto al vaglio degli organi dirigenti e amministrativi prima della sua approvazione, di tal ché nessuna verifica a sorpresa si rendeva possibile nei confronti dei vertici aziendali – circostanza questa che davvero sembra un’ipotesi di scuola per dimostrare l’inattitudine dell’Organismo di Vigilanza....

Del pari corretto è il rilievo che la decisione in esame riconosce alla inadeguatezza dei flussi informativi di cui l'OdV era destinatario e che erano inadeguati a garantire il controllo informato sulle diverse aree di rischio, in quanto prevedevano esclusivamente la segnalazione di eventuali violazioni al Presidente dell'OdV, peraltro, attraverso un canale email di segnalazione inidoneo a garantire la riservatezza e la tutela del segnalante.

5. Ciò che lascia perplessi, invece, anche se si tratta di un tema appena accennato nella pronuncia, è il profilo dedicato alla inattività dell'Organismo di Vigilanza rispetto a quanto, secondo i giudici vicentini, avrebbero dovuto fare.

Nulla da replicare all'osservazione secondo cui l'inefficienza e l'inefficacia dell'OdV di BPVi si evince anche dall'assenza di qualsivoglia intervento sanzionatorio erogato dall'organismo stesso. In effetti, la presenza di contestazioni disciplinari e l'apertura dei relativi procedimenti (a prescindere dall'applicazione di sanzioni che, per le più svariate motivazioni, possono anche mancare) sono indici necessari dell'operatività dell'OdV ed evidenze dell'attenzione che lo stesso presta al rispetto delle prescrizioni presenti nel MOG.

Meno chiaro invece è a cosa intendano riferirsi i giudici quando osservano, censurandola, la circostanza secondo cui l'unico potere riconosciuto all'Organismo di Vigilanza in caso di conoscenza di illeciti era la segnalazione gerarchica rivolta agli stessi soggetti controllati, senza alcun ulteriore potere di intervento autonomo. Se, infatti, con tale espressione si intende richiamare la possibilità per l'OdV di contestare direttamente a dipendenti o vertici dell'azienda eventuali comportamenti adottati in violazione delle prescrizioni presenti nel modello organizzativo o di segnalare gli stessi ad organi di controllo, come l'*audit* o il collegio sindacale, la conclusione è pienamente condivisibile; se, invece, i giudici vicentini hanno inteso ipotizzare la presenza, in capo ai membri dell'OdV, di un potere – con conseguente obbligo – di impedimento delle altrui condotte illecite, si rischia di cadere in un equivoco che si sta recentemente affacciando nella giurisprudenza di merito ovvero nell'attribuzione in capo all'Organismo di Vigilanza del dovere di impedimento di fatti illeciti commessi all'interno dell'azienda, equiparando così, in maniera impropria, l'OdV al collegio sindacale.

Sul punto, ci siamo già soffermati in altro contributo presente in questa rivista ed allo stesso rimandiamo: in queste sedi, ci limitiamo solo a sottolineare che nel caso di specie l'equivoco di cui si è detto potrebbe essere stato ingenerato anche dalla circostanza che – come spesso accade per gli istituti bancari, su suggerimento della Banca d'Italia – la composizione dell'OdV coincideva con il collegio sindacale ed era quindi difficile distinguere i ruoli.