

Responsabilità 231

Odv con poteri di iniziativa e controllo definiti —p.30

Responsabilità 231, organismo di vigilanza con poteri di iniziativa e controllo definiti

Società

Il Tribunale di Milano riapre di fatto il dibattito sulla forza e sull'operato degli Odv

Compito principale è la vigilanza su funzionamento e attuazione del modello

Pagina a cura di
Riccardo Borsari

Alcune affermazioni contenute in una recente sentenza (n. 10748 depositata il 7 aprile 2021) resa dal Tribunale di Milano in un caso assai noto (reati societari e finanziari in Banca Monte dei Paschi) riportano all'attenzione degli studiosi e dei pratici un tema – poteri, doveri e responsabilità dell'organismo di vigilanza – per la verità costantemente vitale e attuale.

Così stigmatizza il Tribunale di Milano l'operato dell'organismo di vigilanza: «In definitiva, l'organismo di vigilanza – pur 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 competenti funzioni dell'istituto (così il regolamento del luglio 2012) – ha sostanzialmente omissso i dovuti accertamenti (funzionali alla prevenzione dei reati, indisturbatamente reiterati), nonostante la rilevanza del tema contabile, già colto nelle ispezioni di Banca d'Italia (di cui l'OdV era a conoscenza) e persino assunto a contestazione giudiziaria»; per poi proseguire: «Nel periodo d'interesse l'organismo di vigilanza ha assistito inerte agli accadimenti, limitandosi a insignificanti prese d'atto, nella vorticoso spirale degli eventi (dalle allarmanti notizie di stampa sino alla débâcle giu-

delle funzioni di controllo avrebbe certamente scongiurato»; e quindi concludere: «Così, purtroppo, non è stato e non resta che rilevare l'omessa (o almeno insufficiente) vigilanza da parte dell'organismo, che fonda la colpa di organizzazione di cui all'articolo 6, Dlgs. n. 231/2001».

Nella consapevolezza che queste affermazioni vanno calate nel contesto di una vicenda complessa e di una motivazione corposa, ci pare che meritino una qualche puntualizzazione, anche alla luce del noto, improprio fenomeno di estrapolazione-decontestualizzazione-circolazione-generalizzazione che subiscono talune proposizioni contenute in una pronuncia, specie in quanto di (apparente) portata generale. In tale modo l'insostituibile apporto della giurisprudenza finisce infatti per perdere il suo più autentico connotato di contributo alla vita di una disposizione, anche in chiave di precedente.

Non convince appieno, anzitutto, nella sua perentorietà, l'affermazione di penetranti poteri (di iniziativa e controllo), specialmente perché la (minore e diversa) portata e «profondità» delle prerogative attribuite all'organismo di vigilanza costituisce da sempre il principale profilo di differenziazione dell'organismo medesimo rispetto anzitutto al collegio sindacale; a maggiore ragione laddove si funzionalizzino gli accertamenti discendenti dai poteri alla prevenzione di reati. Infatti, i poteri dell'organismo di vigilanza, tra i quali difetta – è bene ricordarlo – quello di intervento impeditivo, si rivolgono alla vigilanza sul funzionamento e osservanza nonché sull'efficace attuazione del modello (oltre

che sul suo aggiornamento) e pervengono così alla prevenzione del reato solamente in via mediata, per così dire, e nell'ambito di un disegno che contempla diversi tasselli.

Traspare dalla sequenza «penetranti poteri-accertamenti funzionali alla prevenzione dei reati-inerzia dell'organismo» una caratterizzazione adeguata a un organo (non or-

ganismo) di controllo, non di vigilanza; e non già di terzo livello, come invece risulta assodato nell'impianto del decreto 231 (pur in presenza di taluni controlli di secondo livello). Un organo che guardi direttamente ai comportamenti dei singoli, cui sia attribuita la possibilità di concretamente frapporsi, pure con iniziative in sede giudiziaria, a eventuali illeciti, interrompendo sequenze criminose (oltretutto sovente presunte, a quel momento) che dovessero perdurare, mentre non va dimenticato che interlocutore principe dell'organismo è l'organo di gestione dell'ente, con ogni intuibile conseguenza.

© RIPRODUZIONE RISERVATA



Si tratta di un organismo di vigilanza, non di controllo, di terzo livello

diziaria) che un più accorto esercizio

I compiti

Prerogative diverse dal collegio sindacale

Non condivisibile fondare la colpa sull'omessa vigilanza dell'Odv

Pare fuori luogo richiedere all'organismo di vigilanza di dovere di seguire con apprensione la «vorticoso spirale degli eventi». È ben certo che l'organismo non deve rimanere inerte o pigro, ma deve al contrario attivarsi in maniera vigile e tempestiva, ma l'assenza dei poteri e la natura di controllo di terzo livello della sua attività non possono non conferire a tutte le iniziative una determinata coloritura e significato che stride in maniera incolmabile con l'affermazione di certo impedimento del reato.

Non fu un caso che la sentenza Impregilo (Cassazione 4677/2014) riscosse molte critiche tra l'altro proprio con riferimento all'organismo di vigilanza il quale, per risultare dotato di adeguati ed effettivi poteri di controllo, veniva al fine idealmente tratteggiato come dotato di prerogative in sostanza di co-decisione su determinati processi sensibili, con funzioni di controllo della legalità degli atti di gestione e di tutela pure di interessi esterni alla società.

Non si tratta di «privare di senso» o ingiustamente dequalificare il ruolo dell'organismo e, per traslato, dell'intero sistema 231; tutt'al contrario: ove, infatti, non si fosse attenti a sagomare in maniera corretta la figura dell'organismo e a tenere sempre presente la specificità del rischio, anche reputazionale, implicato, esso finirebbe con il sovrapporsi indistintamente ad altre funzioni di controllo, così sorreggendo l'idea di una inutile duplicazione. In questo senso andrebbero invece ripensate quelle interpretazioni – si pensi ad esempio alle indicazioni di Banca d'Italia – che propugnano la coincidenza dell'organismo con il collegio sindacale.

Si tratta per un verso di entità

distinte, chiamate a vigilare su ambiti differenti, ancorché a tratti intersecantisi; per l'altro, alla luce della crescente complessità, anche sovranazionale, del contesto, il corretto esercizio delle rispettive prerogative consentirà di convergere e cooperare anzitutto verso quell'adeguato assetto organizzativo che si pone come una sorta di prerequisito non più prescindibile. L'organismo di vigilanza, in particolare, non può non porsi al centro, in chiave propulsiva, di quel processo di autovalutazione che può, e deve, condurre l'impresa all'autorganizzazione quale premessa ed esito assieme di un virtuoso processo di gestione del rischio complessivamente inteso.

Anche alla luce di queste considerazioni appare da ultimo poco condivisibile l'affermazione alla stregua della quale sarebbe l'omessa vigilanza da parte dell'organismo a fondare la colpa di organizzazione: essa è in realtà concetto ben più ampio, composto da una pluralità complessa di elementi e non può essere ridotta, pena ancora una volta lo snaturamento dell'organismo stesso e del sistema 231 nella sua unità, a una sua pur rilevante parte.

Una considerazione finale. Emerge con chiarezza come sia più che mai necessario, a vent'anni dall'entrata in vigore, continuare a riflettere a fondo sui caratteri strutturali dell'illecito punitivo ascritto all'ente così come, in termini generali, sul tema, classico in ambito corporate governance, del controllo e dei controlli, rispetto al quale sembra giunta l'ora di un ripensamento sistematico.

© RIPRODUZIONE RISERVATA