

## IL PRESUNTO OBBLIGO DI IMPEDIMENTO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

### 1. La sentenza del tribunale di Milano sul caso BMPS

La sentenza del Tribunale di Milano sul caso Banca Monte dei Paschi di Siena (BMPS) – nel riconoscere la responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 di Nomura e Deutsche Bank – London Branch, in relazione ai reati di

- Aggiotaggio
- false comunicazioni sociali commessi da soggetti apicali, in concorso con esponenti di BMPS

offre l'occasione per svolgere alcune riflessioni sulle modalità di ascrizione della responsabilità dell'impresa e, soprattutto, sul ruolo e la **funzione dell'Organismo di Vigilanza (OdV) nel sistema 231**.

La parte in commento della sentenza è quella conclusiva, riguardante il **giudizio di inidoneità dei modelli organizzativi** predisposti dalla filiale londinese di Deutsche Bank.

Alcuni passaggi motivazionali riecheggiano, senza richiamarla, la sentenza Impregilo, pronunciata dalla Corte di Cassazione nel 2013, anch'essa in materia di aggiotaggio. In quel caso, i giudici di legittimità, nell'escludere l'applicabilità dell'esimente dell'elusione fraudolenta del modello, riscontravano – quale ulteriore criticità nel sistema di *compliance* – la mancata previsione della facoltà, dell'OdV, di esprimere una *dissenting opinion* sul contenuto del comunicato stampa, atto pacificamente di competenza dell'organo di gestione.

Nonostante la Cassazione – nella stessa sentenza Impregilo – affermi con chiarezza che «la responsabilità dell'ente, ai sensi del decreto 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)», le conclusioni raggiunte dai giudici rischiano di essere intese nel senso di legittimare l'Organismo di Vigilanza al controllo nel merito dell'operato degli amministratori della società, con la conseguente insorgenza, quantomeno potenziale, di un obbligo di impedimento.

La sentenza del Tribunale di Milano pare muoversi nella medesima prospettiva, riconoscendo all'OdV una sorta di sindacato nel merito dell'attività gestoria, all'evidenza eccentrico rispetto allo Statuto dell'Organismo di vigilanza, così come delineato nel decreto 231. Vale, allora, la pena di analizzare il presunto obbligo di impedimento dell'OdV per cercare di fugare dubbi ancora attuali.

### 2. Il fatto in breve

I dirigenti di BMPS avevano concordato con Deutsche Bank - London Branch un'operazione strutturata il cui obiettivo era quello di dotare la società Santorini (veicolo scozzese posseduto al 100% da BMPS) di un provento immediato tale da neutralizzare, contabilmente, la minusvalenza che stava maturando sul *collared equity swap* (CES), stipulato con Deutsche Bank.

Solo per avere un ordine di grandezze: all'esito della operazione strutturata, Santorini realizzava una plusvalenza pari a 364 milioni di euro, grazie alla quale esponeva un utile di 61 milioni di euro anziché una perdita di circa 300 milioni di euro. In questo modo, si evitava di evidenziare nel conto economico di BMPS un elemento che avrebbe avuto un impatto negativo sul risultato di esercizio e sul patrimonio di vigilanza.

### 3. Le argomentazioni del Tribunale di Milano

Ricostruiti i fatti e accertata la responsabilità dei funzionari di Deutsche Bank in concorso con gli esponenti di BMPS, per i reati di manipolazione del mercato e di false comunicazioni sociali; il Tribunale procede a verificare se sia configurabile una responsabilità della banca estera ai sensi del d.lgs. 231/2001, in forza del richiamo ai citati reati-presupposto operato dall'art. 25-*sexies* e dall'art. 25-*ter* del decreto.

Innanzitutto, va ricordata l'ininfluenza, rispetto alla normativa interna, del fatto che l'impresa abbia sede all'estero. Il Tribunale di Milano dà per assodato il principio di diritto in base al quale i tribunali italiani hanno giurisdizione sulla responsabilità amministrativa dell'impresa, qualora il reato-presupposto sia commesso in Italia, indipendentemente dal luogo in cui si trovi la sede della società. A sostegno di questa tesi, molteplici e convergenti sono le argomentazioni sviluppate:

- A) la formulazione dell'art. 1 d.lgs. 231, che individua l'ambito di applicazione della disciplina, non autorizza distinzioni tra enti aventi sede in Italia ed enti aventi sede all'estero;
- B) l'art. 6, co. 1, c.p., da un punto di vista sistematico, che dispone che la legge penale italiana si applichi a tutti i reati commessi in Italia, a prescindere dalla nazionalità dell'autore;
- C) il principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 della Costituzione, non consente disparità di trattamento tra persona fisica e persona giuridica.

I giudici del Tribunale di Milano, nel loro *iter* argomentativo, hanno accertato che il reato fu commesso dagli apicali di Deutsche Bank - London Branch, nell'interesse e a vantaggio dell'impresa, ritenendo perciò sussistente il criterio previsto dall'art. 5, co. 1, d.lgs. 231/2001. Infatti, benché l'operazione avesse un fine esclusivamente con riferimento ai bilanci di BMPS, l'origine e lo scopo della manovra erano già di per sé dimostrativi del fatto che gli imputati avessero agito al fine di procurare un vantaggio a Deutsche Bank, che, in effetti, aveva conseguito un cospicuo margine di profitto.

Più complesso è il ragionamento seguito dal Tribunale per escludere la sussistenza dell'esimente di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001. La difesa, in particolare, ha sostenuto che l'impresa, ancorché non avesse adottato il Modello Organizzativo così come previsto dal decreto legislativo n. 231 del 2001, era comunque dotato di un sistema di *compliance* parimenti idoneo a evitare il rischio di commissione degli illeciti penali e, segnatamente, dei reati del settore del *market abuse*.

I giudici hanno perciò verificato se la struttura organizzativa di Deutsche Bank - London Branch fosse comunque adeguata a prevenire il rischio-reato nei termini imposti dalla normativa interna. Il consulente tecnico della difesa dell'impresa ha cercato di avvalorare la tesi secondo cui le regole vigenti nel Regno Unito, sebbene non prevedano espressamente la necessità di attuare il modello, prescrivono l'adozione di un sistema organizzativo, gestionale e di controllo che è assimilabile a quello italiano.

In altre parole, secondo il consulente, Deutsche Bank - London Branch disponeva, all'epoca dei fatti, di un sistema di *compliance* comunque efficace a evitare la commissione degli illeciti contestati. L'assunto sarebbe confortato da una serie di documenti interni, contenenti:

- linee guida;
- regolamenti;
- procedure di vigilanza, etc.

ma, soprattutto, dalla operatività di diversi organismi con compiti di vigilanza, le cui funzioni avrebbero dovuto essere equiparate a quelle dell'OdV. Segnatamente, il consulente di parte ha fatto riferimento al:

- Dipartimento di *Compliance*;
- Dipartimento *Legal*;
- Dipartimento *Finance e Risk management*;

dotati di «autonomi poteri di iniziativa e controllo al fine di assicurare l'adozione, la supervisione, l'attuazione e l'aggiornamento delle procedure secondo la necessità». Passando in rassegna le singole esigenze indicate all'art. 6, comma 2, d.lgs. 231/2001, cui i modelli organizzativi devono rispondere, individuava, per ciascuna di esse, l'organo di riferimento tra quelli prima elencati.

Con specifico riferimento all'operazione Santorini, il consulente ha sostenuto che «fu richiesto un lungo e dettagliato processo di valutazione e approvazione interna», che aveva coinvolto alti dirigenti nei gruppi

*business* e un processo attivo di analisi da parte dei dipartimenti *Compliance* e *Legal*. In particolare, in relazione al rischio globale di mercato, la decisione di procedere con l'operazione era stata demandata al Comitato per la valutazione del rischio per l'Europa, il Medio Oriente e l'Africa (GMRAC), il quale, individuando un rischio-reato, aveva subordinato il via libera alla condizione che l'Amministratore Delegato e il Direttore Finanziario di BMPS attestassero che l'operazione fosse stata approvata dai contabili interni e dalla Revisione esterna.

Il Tribunale, dopo aver ripercorso le argomentazioni addotte dal consulente, rileva correttamente che la difesa si era limitata a tratteggiare il sistema di presidi adottato dalla Banca estera, decantandone la completezza e la precisione senza mai procedere a verificarne l'attuazione e l'efficacia sul piano fattuale. Alla luce di tali considerazioni, il giudicante giunge alla conclusione che la difesa non abbia provato che, all'epoca dei fatti, l'impresa era dotata di un Modello Organizzativo efficace, tale da integrare le condizioni di esonero da responsabilità previste dall'art. 6 d.lgs. 231/2001.

In particolare, i giudici assumono che il modello sia inadeguato sulla base delle seguenti argomentazioni:

- A) la natura, l'unitarietà e la finalità esclusivamente contabile, di cosmesi di bilancio, dell'operazione complessiva dimostrano che i protocolli in uso presso la Banca di investimento si erano in concreto rivelati inefficaci e inadeguati a rilevare la vera natura del *deal* e a bloccarne l'approvazione;
- B) nonostante il *deal team* proponente non avesse esplicitato le motivazioni cosmetiche alla base dell'operazione, i membri del GMRAC, al cui giudizio favorevole era subordinato il via libera alle operazioni complesse, avevano perfettamente capito che quella era l'intenzione e l'obiettivo della transazione e ne avevano agevolato la riuscita;
- C) il comitato aveva ommesso di approfondire gli aspetti contabili dell'operazione, nonché il rischio reputazionale e la debolezza dei dati finanziari del gruppo BMPS. Allo stesso modo, il Tribunale afferma che le funzioni di controllo si sono dimostrate concilianti rispetto al buon esito dell'affare, a dispetto del suo scopo illecito, rilevando che i Dipartimenti *Finance*, *Compliance* e *Business* avrebbero dovuto sollevare obiezioni circa la legittimità dell'operazione;
- D) mancava un'effettiva indipendenza di ruoli fra le funzioni proponenti, decisorie e di controllo, dal momento che alcuni membri del GMRAC erano allo stesso tempo componenti del *team* che aveva curato il *deal*;
- E) Deutsche Bank, successivamente alla commissione del reato, aveva proceduto a modificare le *policies*: una coincidenza temporale sintomatica dell'inadeguatezza della struttura organizzativa precedentemente adottata.

#### 4. La natura della responsabilità dell'impresa: concorso ex art. 110 c.p. o colpa in organizzazione?

Le conclusioni cui perviene il Tribunale devono ritenersi condivisibili, essendo ampiamente dimostrate l'inadeguatezza e l'inefficacia del modello di Deutsche Bank - London Branch, rispetto agli standard previsti dal d.lgs. 231/2001.

Nondimeno, i giudici, nel rigettare l'approccio formalistico della difesa e concentrando l'attenzione sul caso concreto e sulle modalità attraverso le quali fu possibile approvare un'operazione *ictu oculi* illegittima, evidenziano una sorta di complicità organica dell'impresa rispetto ai fatti illeciti contestati ai soggetti apicali. I presidi preventivi adottati dalla sede londinese di Deutsche Bank sono ritenuti inadeguati 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 non sono 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. È a questa logica organicista che sembra ispirarsi il Tribunale, quando afferma che le funzioni di controllo si sono dimostrate concilianti rispetto al buon esito dell'affare, a dispetto del suo scopo illecito, sottolineando tutte le omissioni dei dipartimenti, che avrebbero dovuto rilevare il rischio-reato sotteso all'operazione finanziaria strutturata.

Sebbene non sia questa la sede per addentrarci nel dibattito dottrinale, seguito all'approvazione del d.lgs. 231/2001, circa la natura della responsabilità da reato dell'impresa, è da rilevare che anche gli autori che hanno sostenuto la teoria unitaria dell'illecito societario (in base alla quale vi sarebbe una sostanziale coincidenza tra illecito attribuibile all'impresa e reato) non si sono mai spinti ad affermare che la struttura della responsabilità dell'impresa sia assimilabile alla disciplina del concorso di persone ex art. 110 c.p., in cui la condotta atipica del correo rileva in forza della sua efficacia causale nella realizzazione dell'evento. In primo luogo, infatti, nel testo del d.lgs. 231/2001, il legislatore ha predisposto una disciplina *ad hoc* tendenzialmente autosufficiente, senza operare alcun richiamo agli artt. 110 s. c.p., né alla causalità quale modalità di ascrizione della responsabilità dell'impresa: quest'ultima deve piuttosto ritenersi fondata sulla colpa in organizzazione.

In secondo luogo, anche volendo aderire alla tesi minoritaria che ammette l'astratta configurabilità del concorso colposo nel reato doloso, in questo caso ne difetterebbero i requisiti, poiché il concetto di colpa in organizzazione esprime la violazione non di regole precauzionali direttamente finalizzate a prevenire l'altrui comportamento doloso, quanto, piuttosto, l'infrazione di misure a contenuto organizzativo volte a minimizzare il rischio di commissione di reati. L'accertamento di idoneità del modello organizzativo, dunque, prescinde dalla verifica circa un presunto contributo causale dell'impresa nella commissione del reato- presupposto, ma è un giudizio strettamente normativo, volto a verificare se l'autonormazione adottata dall'impresa sia conforme alle esigenze di prevenzione enunciate dall'art. 6, co. 2 del decreto 23110:

*«a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».*

## 5. L'OdV come organo di controllo sull'adeguatezza e sull'attuazione dei modelli organizzativi

Appurato che, al fine del giudizio di idoneità, non rileva la denominazione formale dei presidi adottati dall'impresa e non è decisiva la mera predisposizione di veri e propri modelli organizzativi, l'accertamento che i giudici devono svolgere è quello inerente alla funzionalità del sistema di *compliance* rispetto allo scopo preventivo, così come delineato dall'art. 6, co. 2, d.lgs. 231/2001.

Nel caso in esame, la riscontrata mancanza di un organo assimilabile all'OdV – ossia dell'organismo avente il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento e dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (art. 6, comma 1, lett. b) – sarebbe stata sufficiente a escludere la rispondenza dei presidi adottati da Deutsche Bank rispetto al sistema 231. Nonostante, infatti, il consulente di parte abbia elencato una serie di organi aventi, formalmente, le medesime funzioni dell'OdV, in realtà il GMRAC e i Dipartimenti *Legal*, *Compliance* e *Business* avevano (almeno all'epoca dei fatti) un ruolo interno e diretto nella gestione nonché di controllo sull'amministrazione e non, invece, di vigilanza sull'adeguatezza e sull'attuazione dei modelli organizzativi.

Il GMRAC, in particolare, ricopriva un ruolo incisivo nell'approvazione delle operazioni complesse – avendo il compito di valutare il rischio globale di mercato – ed era dotato di poteri *lato sensu* impeditivi. Una funzione di controllo sulla gestione, dunque, non di controllo sulla prevenzione, compito, quest'ultimo, precipuo dell'OdV. Anche dal punto di vista soggettivo, i componenti del GMRAC non avevano le caratteristiche di autonomia e indipendenza che la normativa interna prevede per i membri dell'OdV. I due presidenti del comitato che avrebbero dovuto valutare la legalità e l'opportunità dell'operazione finanziaria, versavano in un evidente conflitto d'interessi, facendo parte della medesima divisione che aveva progettato e discusso il *deal*. Essi, d'altra parte, erano così implicati nelle scelte gestionali dell'impresa da essere stati ritenuti responsabili, in concorso con altri dirigenti di Deutsche Bank, per gli stessi reati presupposti.

La totale estraneità alle scelte gestionali è, invece, la quintessenza dell'OdV: l'Organismo di vigilanza 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.

In assenza di espliciti obblighi – e dei correlativi poteri – di impedimento di reati, deve inoltre rimarcarsi che in capo ai membri dell'OdV non possa configurarsi una posizione di garanzia, idonea a fondare la responsabilità per omesso impedimento dell'evento lesivo, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. Il principio di equivalenza sancito dal co. 2 dell'art. 40 c.p. stabilisce, infatti, che il reato omissivo improprio possa configurarsi esclusivamente in presenza di una norma giuridica espressa che imponga a determinati soggetti l'obbligo di impedire uno specifico evento, attribuendo i rispettivi poteri. Una norma di questo tenore manca con riferimento all'Organismo di Vigilanza: il d.lgs. 231/2001 assegna all'OdV il «compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento» (art. 6, co. 1, lett. b), d.lgs. 231/2001), nonché l'obbligo di prevedere meccanismi di verifica dell'implementazione degli stessi e un sistema disciplinare. L'art. 7, co. 4 prevede, infatti, che «l'efficace attuazione del modello richiede:

- A) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività;
- B) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello», senza fare alcun cenno a obblighi di impedimento dei reati- presupposto. I compiti dell'OdV sono di generica prevenzione, prospettici e organizzativi, non volti ad impedire singoli eventi lesivi.

Va inoltre rilevato che il compito di vigilanza è assegnato all'organismo nel suo complesso, nella sua veste istituzionale (e, il più delle volte, collegiale), non ai singoli membri: un'ulteriore indicazione nel senso di escludere la sussistenza di una posizione di garanzia in capo ai componenti dell'OdV, atteso che gli obblighi imposti ad un soggetto collettivo non possono tradursi, automaticamente, in imposizioni a carico delle singole persone fisiche che ne fanno parte. In sostanza, l'OdV ha una finalità preventiva indiretta, poiché ha il compito di assicurare l'effettività dei modelli di organizzazione e di gestione adottati, non quello di prevenire concreti episodi delittuosi. La vigilanza sul modello non si estrinseca, allora, nel controllo sui singoli atti di gestione, ma deve piuttosto assolvere ai seguenti compiti:

- A) vigilanza sull'effettività del modello, cioè sulla coerenza tra i comportamenti concreti e il modello istituito;
- B) esame dell'adeguatezza del modello, ossia della sua reale capacità di prevenire i comportamenti vietati;
- C) analisi circa il mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;
- D) cura del necessario aggiornamento in senso dinamico del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni e adeguamenti.

Qualora riscontri criticità e difetti del modello organizzativo, l'OdV non interviene direttamente ma riferisce all'organo di gestione, che provvede eventualmente a deliberare e a adottare le misure correttive necessarie. Problematica, in questo contesto, è la disposizione contenuta nel comma 4-bis dell'art. 6 d.lgs. 231 che prevede che «nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza». In forza di tale norma, le medesime persone fisiche possono assumere le vesti di controllori e, allo stesso tempo, di controllati (con conseguente rischio di vanificazione del requisito di indipendenza dell'OdV) considerato che i sindaci sono, per alcuni aspetti, in rapporto osmotico con gli amministratori, avendo progressivamente acquisito una serie di poteri di affiancamento e condivisione delle scelte gestorie. Si pensi, innanzitutto, alla vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2403, co. 1, c.c.), ma anche, per esempio, alla formulazione di osservazioni e proposte all'assemblea in ordine all'approvazione del bilancio (art. 2429, co. 2, c.c.) e al potere di convocare l'assemblea in casi



di gravi irregolarità nella gestione (art. 2406 c.c.). Nella prassi, d'altra parte, la vigilanza sui profili di legittimità delle scelte gestionali e la verifica circa la correttezza dei procedimenti decisionali finiscono, non infrequentemente, per trasformarsi in valutazioni di merito sull'operato degli amministratori.

I membri del collegio sindacale sono altresì potenziali autori di alcuni dei reati, presupposto della responsabilità dell'impresa (si pensi ai reati societari, cui fa riferimento l'art. 25-ter d.lgs. 231/2001): essi sono titolari di una posizione di garanzia, il cui fondamento è rintracciabile nel generale dovere di vigilare sulla legalità dell'azione sociale ex art. 2403 c.c. e nel principio solidaristico che governa la responsabilità civile ex art. 2407, co. 2, c.c. Il mancato controllo su alcuni atti gestori può, dunque, fondare una responsabilità penale dei sindaci per omissione, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.: è sommamente inopportuno che a soggetti che esercitano un controllo diretto sulla gestione della società possa essere attribuita la funzione di vigilare sulla prevenzione (*rectius*, sull'attuazione di strutture organizzative idonee a prevenire la commissione di reati).

## 6. L'OdV e il supposto obbligo di impedimento di reati

Incertezze circa il ruolo e le funzioni dell'OdV sono ravvisabili in molte pronunce, non solamente in quella in commento. La sentenza sul caso Impregilo, cui già si è fatto cenno e con la quale la Suprema Corte di Cassazione ha annullato l'assoluzione dell'impresa, rinviando gli atti alla Corte d'Appello di Milano, merita un chiarimento e un approfondimento. Alla pronuncia della Suprema Corte va certamente riconosciuto il merito di aver delineato con precisione il concetto di elusione fraudolenta, cui fa riferimento l'art. 6, co. 1, lett. c), d.lgs. 231/2001, e di aver conseguentemente escluso la sussistenza dell'esimente nel caso concreto, per il fatto che il Presidente e l'Amministratore Delegato della società avevano violato il modello organizzativo senza necessità di agire con condotte ingannevoli e falsificatrici, qualificabili, appunto, in termini di elusione fraudolenta. La motivazione su questo aspetto è convincente e condivisa, ma non è il tema che si intende qui approfondire. È necessario, invece, concentrare ancora l'attenzione sul ruolo e le funzioni dell'OdV, partendo proprio dal caso Impregilo.

Secondo la Corte di Cassazione, la funzione di controllo dell'organismo di vigilanza di Impregilo, così come delineata nel modello organizzativo, 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, i giudici di legittimità sembrano 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. In questo modo, però, si assegna all'OdV un ruolo di sindacato diretto e totale sugli organi di amministrazione, ruolo che, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, è estraneo all'impianto del d.lgs. 231/2001 e poco funzionale alle esigenze del sistema. Non rientra infatti tra le competenze dell'Organismo di vigilanza la supervisione sui contenuti dei comunicati stampa, la cui predisposizione rappresenta tipica espressione dei poteri *lato sensu* gestori. Non si può, d'altra parte, confondere l'obbligo – previsto dalla lett. d), comma 2, art. 6 d.lgs. 231/2001 – di informare l'OdV circa l'adeguatezza e l'attuazione del sistema di prevenzione del rischio-reato (controllo indiretto) con la devoluzione di un potere decisorio sui singoli atti amministrativi dell'ente (controllo diretto).

Se la responsabilità dell'impresa per il reato commesso da apicali o dipendenti si fonda sul rimprovero, mosso alla società, di non aver predisposto sufficienti presidi preventivi del rischio-reato, è proprio sulla funzionalità, da verificarsi *ex ante*, di questi presidi – i modelli organizzativi, nel lessico del decreto 231 – che avrebbe dovuto concentrarsi l'indagine dei giudici di legittimità. D'altra parte, l'inadeguatezza dei modelli di Impregilo a prevenire il reato di agiotaggio era ben evidente, proprio per la carente proceduralizzazione del momento genetico dei comunicati stampa e, soprattutto, per la mancata previsione della collegialità nell'emanazione del testo definitivo. Un'esenzione di responsabilità per l'impresa restava d'altra parte prospettabile soltanto qualora fosse risultato (e non era questo il caso) che l'OdV avesse in precedenza individuato una problematica nel procedimento di emissione dei comunicati (consistente nella mancanza di controlli sulle determinazioni del presidente e dell'amministratore

delegato) e che, in seguito, l'avesse riferito al Consiglio di amministrazione. L'unico strumento di reazione di cui dispone l'OdV, qualora ravvisi un'incompletezza nei protocolli di prevenzione o un mancato rispetto delle procedure da parte dei destinatari dell'autonormazione, è infatti quello della segnalazione ai vertici dell'impresa. La circostanza che l'OdV non avesse riconosciuto una falla nei presidi a tutela del rischio-aggiotaggio esclude, in ogni caso, l'adeguatezza della vigilanza sul funzionamento e l'attuazione dei modelli.

Infine, le stesse caratteristiche dell'OdV di Impregilo rivelavano di per sé un *deficit* organizzativo, che avrebbe potuto costituire l'occasione, per la Suprema Corte, per meglio precisare il requisito di indipendenza desumibile dall'impianto del d.lgs. 231/2001: non solo l'organismo aveva natura monocratica – una scelta poco funzionale per un'impresa delle dimensioni di Impregilo – ma la medesima persona fisica che costituiva l'OdV era altresì responsabile dell'*internal audit* e, perciò, era alle dirette dipendenze dell'amministrazione. È evidente che tale sovrapposizione di ruoli, unita all'attribuzione a una sola persona delle funzioni di vigilanza, rischia concretamente di minare l'indipendenza e l'autonomia dell'OdV, poiché il compito di verificare l'idoneità dei modelli organizzativi può porsi in conflitto con le esigenze tipiche del controllo interno, che si esplica in una prospettiva di massimizzazione del valore e di riduzione delle perdite economiche. In definitiva, i modelli organizzativi erano sì inadeguati, ma per ragioni in parte diverse da quelle adottate dalla Corte di Cassazione: non già perché l'OdV non era stato messo nelle condizioni di controllare l'operato degli organi di gestione e di impedire la commissione del reato di aggiotaggio, ma, piuttosto, perché Presidente e Amministratore Delegato avevano il potere di incidere unilateralmente e definitivamente sul contenuto dei comunicati stampa. L'OdV, da parte sua, aveva mostrato le sue carenze funzionali in quanto non in grado di individuare alcuna anomalia nel procedimento di approvazione ed emanazione dei comunicati stampa e, successivamente, di segnalarla all'organo di gestione.

## 7. Conclusioni

Il Tribunale di Milano, nella sentenza in commento, pur non affermando espressamente l'esistenza di un obbligo di impedimento dei reati-presupposto in capo all'OdV, aderisce alla prospettiva avanzata dai giudici di legittimità nel caso Impregilo, là dove ammette un controllo diretto degli atti del potere gestionale da parte dell'Organismo di vigilanza. Occorre prestare molta attenzione, perché, partendo da questo assunto, il ragionamento, se portato alle sue estreme conseguenze, condurrebbe a una vera e propria 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.

D'altro canto, se fosse attribuito ai modelli organizzativi 231 un ruolo impeditivo degli eventi-reato e non prevenzionistico, sarebbe difficile dare torto a chi vede, nella responsabilità derivante da reato, un'inaccettabile applicazione della logica del *versari in re illicita*. Un'interpretazione del ruolo dell'OdV aderente alla normativa deve esaltarne il carattere di estraneità rispetto alla gestione: 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.

In conclusione, la vigilanza sull'adeguatezza e attuazione dei modelli organizzativi è coerentemente esercitabile da parte dell'OdV solo se limitata alle regole precauzionali che l'impresa si è autoimposta (o avrebbe dovuto autoimporsi) per mitigare il rischio-reato: estendere il controllo al merito dell'attività gestoria aprirebbe il varco a potenziali forme di responsabilità omissiva, non previste dall'ordinamento e capaci di mettere in crisi tutto il sistema 231.

6 maggio 2021

A cura di Avv. Bruna Capparelli