

Documento di consultazione di Banca d'Italia in tema di *“Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche – sistemi dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa”* – Osservazioni dell'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex D. Lgs. 231/2001 (AODV²³¹) in relazione al ruolo dell'Organismo di Vigilanza

Banca d'Italia, in data 4 settembre 2012, ha posto in consultazione un documento in tema di *“Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche – sistemi dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa”*. In esso, al paragrafo 4 della sezione II, dopo aver definito *“Organo con funzione di controllo”* il Collegio Sindacale, il Consiglio di Sorveglianza o il Comitato per il Controllo sulla Gestione, si afferma che *“L'organo con funzione di controllo svolge altresì le funzioni dell'organismo di vigilanza - previsto ai sensi della legge n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti - che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini della medesima legge. Ove vi siano particolari e motivate esigenze, le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito”*. Al riguardo, la scrivente Associazione desidera formulare le seguenti osservazioni:

1. E' presumibile che la disposizione in esame tragga ispirazione dal comma 4bis, recentemente introdotto nell'art. 6 del D. Lgs. 231/2001 e avente il seguente tenore *“Nelle società di capitali il Sindaco, il Collegio Sindacale, il Consiglio di Sorveglianza e il Comitato per il Controllo sulla Gestione possono svolgere le funzioni dell'Organismo di Vigilanza di cui al comma 1, lettera b)”*.

Secondo i primi commentatori, tale norma non ha lo scopo di ridurre gli *standard* di idoneità preventiva richiesti per i modelli organizzativi, bensì quello di semplificare i controlli e alleggerire la struttura di *governance* nelle realtà meno complesse, fermi restando tali *standard*. In questa prospettiva, la norma appare del tutto coerente con il principio di proporzionalità. Nella disposizione in esame, invece, Banca d'Italia, discostandosi dal legislatore del 2011, sembra indicare come soluzione comunque preferibile quella dell'attribuzione della funzione di Organismo di Vigilanza all'organo di controllo, indipendentemente dalle dimensioni e dalle caratteristiche dell'organizzazione. In particolare, Banca d'Italia considera residuale (e comunque da giustificare) ogni altra soluzione, e quindi anche quelle che – contemperando competenze esterne ed interne all'ente – sono sempre state ritenute ottimali, in quanto coerenti con i requisiti di indipendenza e continuità di azione richiesti per l'Organismo di Vigilanza dal D. Lgs. 231/2001.

La conseguenza dell'applicazione di tale disposizione rischia dunque di essere che organizzazioni di elevata complessità, quali le banche, si trovino a disporre di presidi preventivi subottimali rispetto alle prescrizioni del D. Lgs. 231/2001, con ridotta capacità esimente della responsabilità amministrativa ivi prevista.

2. La proposta di Banca d'Italia pare prescindere del dibattito conseguente all'introduzione del comma 4bis dell'art. 6, che, nella sua formulazione originaria, circolata nell'ottobre 2011, prevedeva la coincidenza di fatto tra Organismo di Vigilanza e Collegio Sindacale¹. Tale proposta suscitava perplessità e reazioni negative, in quanto in precedenza dottrina e giurisprudenza, pressoché unanimi, avevano osteggiato la totale coincidenza tra l'Organismo di

¹ La bozza della norma circolata nell'ottobre 2011 disponeva che *“Nelle società di capitali, ove lo statuto o l'atto costitutivo non dispongano diversamente, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione coordinano il sistema dei controlli della società e svolgono le funzioni dell'Organismo di Vigilanza di cui al comma 1, lettera b)”*.

Vigilanza e gli organi di controllo². In tal senso si erano espresse anche le Linee Guida emanate dalle principali associazioni imprenditoriali. Le Linee Guida ABI, in merito, osservano ad esempio che *“Attesa la configurazione e le funzioni che il decreto attribuisce a tale organismo, non appare coerente una sua identificazione con il collegio sindacale, le cui funzioni sono stabilite dalla legge e che non è fornito, in materia, di quei poteri autonomi di iniziativa e di controllo cui il decreto fa, come visto, espresso riferimento”*.

3. Com'è noto, le critiche alla bozza originaria del comma 4bis, comprese quelle della scrivente Associazione, sono state in parte accolte, tanto che la formulazione definitiva dello stesso, d'anzì riportata, prevede che gli organi di controllo “possono” svolgere le funzioni di organismo di vigilanza.

4. Le istituzioni che hanno avuto modo di prendere posizione sul tema, a valle dell'introduzione del comma 4bis dell'art. 6, hanno assunto una linea coerente con il disposto di legge; Borsa Italiana, nella nuova edizione del Codice di Autodisciplina emanata nel dicembre 2011, ha previsto infatti che *“Nell'ambito di una razionalizzazione del sistema dei controlli, gli emittenti valutano l'opportunità di attribuire al collegio sindacale le funzioni di organismo di vigilanza ex D. Lgs. 231/2001”* (Codice di Autodisciplina, art. 7, Commento, ultimo capoverso).

5. La proposta di Banca d'Italia, invece, vorrebbe stabilire quell'attribuzione “automatica” del ruolo di Organismo di Vigilanza all'organo di controllo che il legislatore nello scorso autunno aveva infine evitato, precludendo quindi le opzioni “tradizionali” (e quindi la composizione di un organismo di vigilanza con un mix di competenze interne ed esterne) *“la cui validità non è superata dalle novità normative”* e che restano *“coerenti con lo spirito della legge”* (ABI, Circolare 1/2012).

6. Si rende quindi più che mai opportuno riproporre alcune delle argomentazioni di cui il legislatore del 2011 ha tenuto conto nel formulare il comma 4bis dell'art. 6, e che comportano l'insorgere, nell'attribuzione dell'incarico di Organismo di Vigilanza all'organo di controllo, di profili problematici di non modesto rilievo.

7. Un primo profilo di attenzione è quello del conflitto di interessi, poiché l'organo di controllo svolge direttamente o partecipa ad attività fortemente esposte a rischi di commissione di alcune

² A sostegno di questa tesi, tra gli altri: Giarda A., *“Responsabilità penale» delle persone giuridiche”*, Ipsoa, 2007; Sfameni P., *“La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, in AA.VV.”*; *“Il nuovo diritto penale delle società”*, a cura di Alessandri A.; Pulitanò D., *“La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione”*, in Riv. it. dir. e proc. pen. 2002, 02, 415; Lanzi A. in atti del Convegno AODV²³¹ 20 maggio 2009 - Tavola rotonda *“Il complesso rapporto tra OdV e organi aziendali nell'ambito della governance d'impresa”*. In giurisprudenza si ricorda l'ordinanza del G.I.P. presso il Tribunale di Roma in data 4-4-2003 secondo cui *“Con riferimento all'organismo di controllo, previsto nella più volte menzionata delibera del consiglio di amministrazione, osserva il giudice che tale organismo, per essere funzionale alle aspettative, deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo. Evidente, infatti, che al fine di garantire efficienza e funzionalità l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche. Al riguardo appare auspicabile che si tratti di un organismo di vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, soggetti da individuare eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, che vengano a realizzare effettivamente «quell'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo»*. Del medesimo tenore l'ordinanza del G.I.P. presso il Trib. di Milano in data 20-9-2004, nonché la recente sentenza della Corte di Assise di Torino in data 15-4-2011 riguardo la carenza di autonomia dell'Organismo di Vigilanza, allorquando vi sia sovrapposizione tra «controllore» e «controllato»: *“La Corte ritiene che questa circostanza, di per sé sola, induca a ritenere che il modello adottato (...) non poteva essere stato reso (...) efficace, sottolineando che tale organismo deve essere dotato, secondo il citato art. 6, di «autonomi poteri di iniziativa e controllo»: non è necessario spendere ulteriori parole sulla «autonomia» del controllore quando è la stessa persona fisica del controllato”*.

tipologie di reato³ e può essere per tale ragione a sua volta oggetto di attenzione da parte dell'Organismo di Vigilanza. Questa considerazione ha portato, nelle Linee Guida e nella migliore prassi, ad escludere la coincidenza tra Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza e, semmai, a considerare accettabile la presenza nel secondo di un componente del primo, in funzioni di coordinamento e raccordo. Il fatto che il comma 4bis oggi permetta tale coincidenza non inficia le ragioni che avevano portato a concludere nel senso appena indicato. Tale criticità è addirittura destinata a acuirsi nelle società con *governance* dualistica, allorché al Consiglio di Sorveglianza (organo di controllo) sia attribuita anche una funzione di supervisione strategica, quindi apicale “per eccellenza”: la situazione che ne deriva appare particolarmente stridente, se si considera che, nella genesi del D. Lgs. 231/2001, l'Organismo di Vigilanza è stato introdotto proprio quando si è manifestata la necessità di estendere la vigilanza alle figure apicali.

8. In secondo luogo, l'organo di controllo riveste una posizione tradizionalmente definita di garanzia propria, che discende dall'obbligo giuridico, su di esso gravante, di impedire gli illeciti, e da cui deriva una responsabilità penale per non averli impediti (art. 40, 2° comma, codice penale). Ampliare la sfera di azione dell'organo di controllo alla prevenzione dei reati, assegnandogli la funzione di Organismo di Vigilanza, può dunque far sorgere una responsabilità penale dei suoi membri per tutti i reati che questi non siano riusciti a impedire. A tale proposito, la citata Circolare ABI 1/2012 afferma che l'organo di controllo dovrebbe in un certo senso “sdoppiarsi”, attuando una sorta di *fiction* giuridica e psicologica che preveda una “*chiara ripartizione delle funzioni (...) per evitare che il collegio sindacale che svolge funzioni di organismo di vigilanza sia considerato quale titolare di una posizione di garanzia penalmente rilevante anche in relazione alla materia 231. Il D. Lgs. 231/2001 non attribuisce infatti all'organismo di vigilanza poteri di intervento impeditivi nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti, che presuppongono l'esercizio di un'autorità sui comportamenti altrui all'interno e all'esterno dell'impresa*”. La soluzione suggerita da ABI sostanzialmente ipotizza obblighi e responsabilità diverse a seconda che l'organo di controllo si riunisca ed agisca come tale, ovvero si spogli delle proprie prerogative per agire unicamente come Organismo di Vigilanza. Si tratta di una soluzione ampiamente insoddisfacente, che finisce per confermare l'esistenza e l'insolubilità del problema. In effetti, l'attribuzione del ruolo di Organismo di Vigilanza ad un organo sociale investito di superiori responsabilità di natura pubblicistica e con rilevanza esterna all'ente non può non attrarre nella sfera di tali responsabilità anche le funzioni, di rilevanza esclusivamente interna all'ente, di Organismo di Vigilanza”⁴.

9. Estremamente significativa appare in proposito la posizione assunta dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, e quindi dai soggetti che, ricoprendo tradizionalmente la maggior parte degli incarichi negli organi di controllo, sarebbero i maggiori beneficiari di una estesa applicazione della facoltà di cui al comma 4bis dell'art. 6. Il recentissimo documento “*La responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex D. Lgs. 231/2001. Gli ambiti di intervento del commercialista*” (settembre 2012) assume, in merito alla possibilità che il collegio sindacale (il più diffuso organo di controllo) eserciti le funzioni di Organismo di Vigilanza, una

³ Si pensi ai reati di cui all'art. 25ter del D. Lgs. 231/01. Sul punto, le Linee Guida di Confindustria rilevano che l'attività del Collegio Sindacale “*può essere oggetto di controllo (in particolare con riferimento al delitto di false comunicazioni sociali) ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001*”.

⁴ E' lecito dubitare della praticabilità o, quantomeno, coerenza della scelta di far coincidere Organismo di Vigilanza e organo di controllo anche rispetto all'art. 52 del D. Lgs. 231/2007 in materia di antiriciclaggio che, com'è noto, attribuisce ai predetti soggetti obblighi di vigilanza “*ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze*”. Anche sotto questo profilo, la concentrazione di obblighi e responsabilità in capo a un unico soggetto rischia di accrescere i rischi penali indicati nel testo, con particolare riferimento ai reati di cui all'art. 55 del D. Lgs. 231/2007.

posizione di grande cautela; sul punto si afferma infatti che *“Il nuovo comma 4bis dell’art. 6 (...) determina l’insorgere di una serie di problemi connessi soprattutto alle differenti competenze richieste ai due organi per l’esercizio delle rispettive funzioni (...). Di fatto è opportuno che il commercialista, ove il collegio sindacale di cui è componente sia chiamato a svolgere le funzioni di vigilanza sul modello organizzativo, tenga ben presenti le sostanziali differenze connesse: alle diverse modalità di nomina e revoca dei due organi; alle distinte competenze tecniche ad essi richieste; al diverso regime di responsabilità (...) anche per [la partecipazione all’Organismo di Vigilanza del] il singolo sindaco, in relazione ad alcuni dei reati elencati dal decreto si ripropone il problema dell’incompatibilità tra la funzione di controllore e quella di controllato”*.

10. Non è del resto irrilevante che la facoltà di cui al comma 4bis abbia trovato finora limitatissima attuazione. Una recente *survey* promossa da AODV²³¹ ha confermato che, su 198 società, solo il 3% avrebbe approfittato della possibilità di attribuire le funzioni di Organismo di Vigilanza all’organo di controllo. Nell’ambito di una recente indagine⁵ svolta da AIIA, tra 21 grandi gruppi, sono state fornite le seguenti risposte al quesito relativo all’opportunità di modificare la composizione dell’Organismo di Vigilanza alla luce del comma 4bis: nessuno degli intervistati ha espresso parere favorevole; il 14% sta valutando la possibilità concessa dalla norma; la maggioranza (72%) esprime parere negativo. In sostanza, quindi, la facoltà di cui al comma 4bis non viene vista come fattore di apprezzabile riduzione di costi e complessità.

11. In conclusione, non si ravvisano ragioni per cui alle banche dovrebbe essere indicata come preferibile e, di fatto, imposta una soluzione organizzativa che la legge – come si è visto, discutibilmente – prevede in ottica semplificatrice come una mera facoltà per le società di capitali dotate di strutture di minore complessità. Si auspica, pertanto, che Banca d’Italia voglia modificare la disposizione in esame armonizzandola con il disposto dell’art. 6, comma 4bis, D. Lgs. 231/2001.

⁵ “La compliance al D. Lgs. 231/01 nei Grandi Gruppi”, Associazione Italiana Internal Auditors, marzo 2012.