

Ns. Rif.: 176/23/VD

Milano, 18 luglio 2023

OGGETTO: COMMISSIONE CONTROLLI INTERNI E GRUPPO DI LAVORO "RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA"

Regole di settore, compliance e responsabilità da reato: l'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 alle società bancarie

Cordiali saluti

Il Segretario Generale
Alessandro Carretta

DISTRIBUZIONE:

	COMMISSIONE CONTROLLI INTERNI	GDL "RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA"	e p.c.:
AOSTA FACTOR	Thierry MORET		Alessandro BERTOLDO
BANCA CF+	Francesco LABELLARTE Pietro OTTAVIANI		DIREZIONE GENERALE Michele RONCHI
BANCA IFIS	Angelo FERRACCHIATI	Martina COVRE Silvia PISTRITTO	Andrea BERNA Alberto STACCIONE
BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA	Stefano MAZZARO		Carmelo GIANIRACUSA
BANCA PROGETTO	Carolina KOWALCZUK		Giorgio GRAZIANI Giuseppe PIGNATELLI
BANCA SISTEMA	Franco POZZI		Andrea TRUPIA
BANCO DI DESIO E DELLA BRIANZA	DIREZIONE GENERALE		Davide TOGNETTI
BARCLAYS BANK IRELAND	Massimo AGOSTI		Alessandro RICCO
BCC FACTORING	Giacomo BORGIOLO Rossella SABATELLI		Paolo IACHETTINI
BFF BANK	Claudio CECCARONI Marina CORSI (*)	Marina CORSI	Massimiliano BELINGHERI
BPER FACTOR	DIREZIONE GENERALE		Matteo BIGARELLI Vittorio GIUSTINIANI
BURGO FACTOR	DIREZIONE GENERALE		Luca BERTINI
CLESSIDRA FACTORING	Rossella MAZZARINO Luca SIMONATO		Gabriele PICCINI Keoma GARBILLO
CREDEMFACTOR	Lina SANTUCCI	Lina SANTUCCI Rosamaria VITALE	Gabriele DECO'
CREDIT AGRICOLE EUROFACTOR	Mario FRATTAROLO Filippo ZAMBON	Stefania CRISAFULLI	Ivan TOMASSI
EXPRIVIA	Dario GRECO (**)		Dario GRECO
FACTORCOOP	DIREZIONE GENERALE		Franco TAPPARO
FACTORIT	Tiziana MEZZANZANICA	Alberto PONTI	Fabio BOLLINI
FERCREDIT	DIREZIONE GENERALE	Claudio CAMPOLO	Stefano PIERINI
FIDIS	Simonetta ARNULFO		Andrea FAINA
GENERALFINANCE	Antonio GUERRA Tommaso TOVAGLIERI		Massimo GIANOLLI
GUBER BANCA	Stefania ROSSETTI	Stefania ROSSETTI	DIREZIONE GENERALE Simone PORCELLATI
IFITALIA	Paola SASSI		Ruxandra VALCU
ILLIMITY BANK	Franco MARCARINI		Franco MARCARINI
INTESA SANPAOLO	Andrea GARRONE Maurizio QUARZAGO		Anna CARBONELLI
ISTITUTO PER IL CREDITO SPORTIVO	Giuseppe NUSINER		DIREZIONE GENERALE Alfonso IAQUINANDI
MBFACTA	Alessia CASTAGNOLI		Enrico BUZZONI
MEDIOCREDITO CENTRALE	Antonio BALOTTA		DIREZIONE GENERALE Alberto ROMANI
SACE FCT	Orlando BASILE Mauro DE FRANCO		Daniele SCHRODER
SG FACTORING	Luca FERRIANI		Sylvain LOISEAU
UNICREDIT FACTORING	Filippo MERAVIGLIA MANTEGAZZA Mauro PELLERINO	Antonio RUSSO	Alfredo BRESCIANI

(*) Coordinatore della Commissione

(**) Presidente della Commissione

Si informa che la Banca d'Italia ha pubblicato sul proprio sito il Quaderno di ricerca giuridica n. 97, intitolato "Regole di settore, compliance e responsabilità da reato: l'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 alle società bancarie", nel quale gli autori propongono un punto sullo stato di applicazione della disciplina in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti a distanza di venti anni dal d.lgs. n. 231 del 2001 e illustrano i risultati delle analisi empiriche e degli approfondimenti teorici condotti sull'applicazione nel settore bancario delle relative norme.

Il documento, allegato per pronto riferimento, è disponibile al seguente indirizzo:

<https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2023-0097/>

Si ricorda che il presente documento, riservato agli Associati e non divulgabile all'esterno, è pubblicato nell'Area Commissioni dell'Area Riservata del sito associativo, a cui i membri delle Commissioni Tecniche possono accedere attraverso le credenziali personalizzate ricevute e che è possibile recuperare in autonomia le credenziali di accesso con il proprio indirizzo email cliccando su password o nome utente dimenticato: <https://areariservata.assifact.it>.



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Regole di settore, *compliance* e responsabilità da reato:
l'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 alle società bancarie

A cura di Olina Capolino

maggio 2023

numero

97



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Regole di settore, *compliance* e responsabilità da reato:
l'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 alle società bancarie

A cura di Olina Capolino

Numero 97 – maggio 2023

Nei Quaderni di Ricerca giuridica, curati dal Servizio Consulenza Legale, sono pubblicati gli studi condotti dagli avvocati della Banca d'Italia e da altri ricercatori interni ed esterni all'Istituto. La collana ha ad oggetto l'analisi giuridica di tematiche legate alle funzioni istituzionali o comunque di specifico interesse per la Banca d'Italia.

I lavori sono selezionati da un apposito Comitato editoriale, che tiene conto, tra l'altro, dell'originalità del contributo, della chiarezza espositiva, della coerenza dell'iter logico seguito e della completezza della trattazione. I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Comitato di Coordinamento:

MARINO PERASSI, STEFANIA CECI, GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO, RAFFAELE D'AMBROSIO, MARIA PATRIZIA DE TROIA, PIERA COPPOTELLI, MONICA MARCUCCI, VINCENZA PROFETA

Segreteria:

BEATRICE SCRIMA, MARIA ELISABETTA RIZZICA

ISSN: 0394-3097 (print)

ISSN: 2281-4779 (online)

Grafica e stampa a cura della Divisione Editoria e stampa della Banca d'Italia

SOMMARIO

OLINA CAPOLINO – Premessa	5
--	----------

OLINA CAPOLINO – Regole di settore e responsabilità da reato: la compliance integrata nelle banche.....	9
--	----------

1. *Introduzione. Ruolo e implicazioni della vigilanza bancaria*11
2. *La coesistenza dei presidi di conformità alle norme.....*14
3. *Oggetto e metodo della ricerca*18
4. *Profili di complessità nel coordinamento delle discipline*21

ENRICA CONSIGLIERE, GIORDANA NERI – I modelli di organizzazione e di gestione: profili generali e realtà applicativa	31
---	-----------

1. *Il d.lgs. n. 231/2001 come parte integrante del sistema
dei controlli interni delle banche*33
2. *I modelli di organizzazione e di gestione delle banche. Profili generali*35
3. *La mappatura dei rischi e le procedure interne finalizzate a prevenire
il compimento dei reati*41
 - 3.1 *Indicazioni dell'Associazione Bancaria Italiana*41
 - 3.2 *Posizioni della giurisprudenza.....*44
 - 3.3 *La realtà applicativa. I MOG adottati dalle banche*47

LEONARDO DROGHINI, ENRICA CONSIGLIERE – L'organismo di vigilanza	53
---	-----------

1. *Profili generali e composizione dell'organismo di vigilanza nelle banche*55
2. *La configurazione dell'organismo di vigilanza nella prassi*61
3. *I flussi informativi da e verso l'organismo di vigilanza.
In particolare, il whistleblowing*64

LEONARDO DROGHINI, GIORDANA NERI – I gruppi bancari	73
--	-----------

1. *Il gruppo bancario: in particolare, il ruolo della capogruppo*75
2. *I modelli di organizzazione e gestione nei gruppi bancari:
focus su alcune soluzioni applicative*80
3. *Il problema della “risalita” della responsabilità*93
4. *I gruppi bancari transnazionali e le banche
a operatività transfrontaliera*98

ENRICA CONSIGLIERE – L'accertamento della responsabilità e le sanzioni: il ruolo dell'Autorità di vigilanza	107
--	------------

1. *Premessa*109
2. *Il ruolo dell'Autorità di vigilanza nelle indagini preliminari
e nel giudizio di merito.....*109
3. *Il ruolo dell'Autorità di vigilanza nella fase esecutiva*111

4.	<i>Segue: l'esecuzione delle sanzioni interdittive. Alcuni profili problematici</i>	114
5.	<i>Le regole speciali in materia cautelare</i>	116
6.	<i>La posizione delle banche estere</i>	117
7.	<i>Profili di coordinamento: l'art. 97-bis del Testo unico bancario nel contesto del Single Supervisory Mechanism e del Single Resolution Mechanism</i>	123

PREMESSA

Olinia Capolino

Il lavoro trae origine dalla partecipazione degli Autori al progetto di ricerca – promosso dalla Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale (CNPDS) e coordinato dai professori Francesco Centonze e Stefano Manacorda – su “*I vent’anni del d. lgs. n. 231/2001. Evidenze empiriche e prospettive di riforma*”. Il progetto, che ha coinvolto esponenti del mondo accademico, della magistratura e qualificati attori istituzionali, è partito dalla constatazione che, a vent’anni dall’entrata in vigore del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sulla responsabilità da reato degli enti, si registrava in Italia una carenza pressoché assoluta di dati statistici ed evidenze fattuali sulla pratica applicazione della disciplina e sulla diffusione nelle imprese dei modelli di organizzazione e gestione.

Il progetto di ricerca si è proposto quindi l’obiettivo di analizzare il grado di applicazione del d.lgs. n. 231/2001 in una prospettiva prevalentemente empirica, fondata sulla raccolta di dati sulla distribuzione territoriale dei procedimenti per reesponsabilità degli enti, sulla tipologia dei reati contestati, sugli esiti dei giudizi e in generale sull’efficacia in concreto della normativa, al fine di offrire una visione critica e costruttiva, anche in una prospettiva *de iure condendo*.

Il coinvolgimento della Banca d’Italia nel progetto, con il compito di realizzare un *focus* specifico sull’attuazione della disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche nel settore bancario e finanziario, ha stimolato nel nostro ‘sottogruppo’ di ricerca un’analisi degli intrecci tra specifiche regole di vigilanza e “sistema 231”, attraverso un’opera di raccolta ed esame sia di documenti e prassi operative elaborati dagli intermediari sia dei casi giurisprudenziali che hanno coinvolto enti bancari. Sono emersi, attraverso l’analisi compiuta, anche gli snodi più problematici del raccordo tra le due discipline, dei quali si è cercato di dare conto nella stesura del lavoro.

I risultati della ricerca confluiranno, in una versione necessariamente sintetica, in un volume collettaneo attualmente in corso di pubblicazione per il Mulino (*Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, a cura di F. Centonze e S. Manacorda); attraverso questo “*Quaderno di ricerca giuridica*”, con il consenso dei curatori scientifici del progetto e dell’opera, intendiamo rendere disponibile il nostro specifico contributo sull’applicazione nel settore bancario del d.lgs. n. 231/2001 nella sua versione più estesa, direttamente scaturita dall’attività di analisi della giurisprudenza e dei dati raccolti.

Si ringraziano i Servizi Supervisione bancaria 1 e Supervisione bancaria 2 del Dipartimento Vigilanza bancaria e finanziaria della Banca d’Italia per la collaborazione prestata nella raccolta dei modelli di organizzazione e gestione delle banche.

**REGOLE DI SETTORE E RESPONSABILITÀ DA REATO:
LA COMPLIANCE INTEGRATA NELLE BANCHE**

Olina Capolino

1. Introduzione. Ruolo e implicazioni della vigilanza bancaria – 2. La coesistenza dei presidi di conformità alle norme – 3. Oggetto e metodo della ricerca – 4. Profili di complessità nel coordinamento delle discipline

1. Introduzione. Ruolo e implicazioni della vigilanza bancaria

La disciplina della responsabilità da reato degli enti si affianca, nelle società bancarie, alle regole di vigilanza – nazionali ed europee – che insistono su profili rilevanti per entrambi i plessi normativi. Se infatti il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 enfatizza l'importanza della predisposizione di sistemi organizzativi e di controllo volti a prevenire la commissione di reati e a garantire la conformità alla legge, anche la normativa in materia bancaria e finanziaria da tempo afferma la centralità della *compliance* nell'organizzazione aziendale degli enti creditizi. Ne consegue, sebbene si tratti di regole che possiedono un diverso grado di vincolatività¹, un inevitabile intreccio tra le prescrizioni relative ai presidi che consentono di evitare o di attenuare la responsabilità derivante da reati e le disposizioni di vigilanza in tema di *governance* e controlli interni delle società bancarie.

Può essere dunque opportuno compiere un'analisi della relazione tra i diversi sistemi di regole che, per la peculiare categoria di enti costituita dalle banche, debbono trovare contemporanea applicazione. La ricostruzione delle relazioni tra i due sistemi di norme mette indubbiamente in luce la presenza di interferenze e duplicazioni, ma i risultati dell'esame compiuto portano anche a leggere tali relazioni in termini di interazione e convergenza, consentendo di affermare l'esistenza di sinergie, pur nella differenza delle finalità e delle impostazioni, tra la generale disciplina della responsabilità da reato degli enti e le norme di settore che delineano i contenuti delle regole prudenziali; il che non esclude, tuttavia, il rischio di sovrapposizioni, e suggerisce in definitiva un approccio integrato e auspicabilmente unitario.

L'oggetto della ricerca induce in primo luogo ad interrogarsi sul ruolo dell'Autorità di vigilanza bancaria – italiana o europea che sia² – in relazione al tema del rispetto della legalità. Come sappiamo, il giudice penale interviene in ultima istanza: le norme penali svolgono certamente una generale funzione preventiva, ma la funzione repressiva resta poi, per forza di cose, frammentaria, legata all'emersione di un singolo comportamento antigiuridico. Un compito di controllo e di intervento generale e continuativo sui soggetti vigilati spetta invece all'Autorità di vigilanza, i cui scopi sono tuttora ben descritti dall'art. 5 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario, TUB): assicurare la sana e prudente gestione degli intermediari, l'efficienza, la stabilità complessiva, la competitività e il rispetto delle disposizioni in materia creditizia. Questa norma, dalla quale tutte le altre previsioni del Testo unico non possono prescindere,

¹ In ambito bancario e finanziario le regole di *compliance* dettate dalla disciplina di settore hanno, tipicamente, carattere obbligatorio, mentre le misure previste dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 possono essere ascritte alla categoria della *compliance* volontaria, ma incentivata: G. PRESTI, *What We Talk About When We Talk About Compliance*, in S. MANACORDA e F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale*, Cham, 2022, pp. 25 e ss.

² Dal novembre 2014 è attivo il Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) previsto dal regolamento (UE) 1024/2013, che attribuisce alla BCE compiti e poteri di vigilanza sulle banche dell'area dell'euro, prevedendo un complesso sistema di condivisione con le autorità nazionali delle competenze e delle responsabilità.

orienta e delimita l'esercizio dei poteri e l'uso degli strumenti di vigilanza, fissando i canoni dell'azione amministrativa in materia.

Compiti e poteri delle autorità di vigilanza bancaria discendono poi dalla direttiva 2013/36/UE (*Capital Requirements Directive*, CRD IV e successivi aggiornamenti), che stabilisce norme sulla vigilanza prudenziale soffermandosi anche su aspetti quali la *governance* delle banche, il sistema dei controlli interni, la remunerazione dei soggetti apicali. La vigilanza prudenziale si basa in larga parte sulla fissazione di precisi requisiti patrimoniali, limiti alla concentrazione delle esposizioni, requisiti di liquidità e altri presidi che le banche e le imprese di investimento debbono rispettare per far fronte adeguatamente ai rischi³. Ma sono gli aspetti della disciplina riguardanti il governo societario e l'organizzazione che vanno in questa sede valorizzati, per la loro rilevanza ai fini del conseguimento degli obiettivi della supervisione bancaria: un buon governo societario, affidato a organi di amministrazione e di controllo dotati della competenza, dell'indipendenza e della correttezza necessarie, che stabiliscano un sistema di controlli interni adeguato ed efficiente, è lo strumento che può garantire il rispetto delle regole e la tutela dell'integrità del mercato e dei risparmiatori, per assicurare all'ente creditizio una gestione non solo *prudente*, ma anche *sana*.

L'accento posto dalla normativa di settore sui requisiti reputazionali che i soci rilevanti e gli esponenti bancari debbono possedere ha lo scopo di evitare sia che soggetti disonesti possano operare nel mercato, sia che operatori inconsapevoli possano comunque essere coinvolti in attività illegali, determinando in definitiva il dissesto della banca. È infatti fondamentale che le banche siano gestite da amministratori irreprensibili sul piano non solo della professionalità ma anche della correttezza. In questo ambito, il DM n. 169 del 2020 ha dato finalmente piena attuazione alla normativa europea rafforzando, in linea con gli standard internazionali, i requisiti e i criteri di idoneità degli esponenti bancari⁴.

Le autorità di vigilanza hanno il potere di emanare disposizioni aventi ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, le partecipazioni detenibili, il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione, e infine l'informativa da rendere al pubblico su tutte queste materie⁵. In particolare, in base alle disposizioni di vigilanza⁶, “[f]erma restando l'autonoma responsabilità aziendale per le scelte effettuate in materia di assetto dei controlli interni”, le banche sono tenute ad istituire “funzioni aziendali di

³ E si veda anche il regolamento (UE) 575/2013, *Capital Requirements Regulation* (CRR), e successive modificazioni.

⁴ MINISTRO DELL'ECONOMIA, Decreto 23 novembre 2020, n. 169, *Regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali delle banche, degli intermediari finanziari, dei confidi, degli istituti di moneta elettronica, degli istituti di pagamento e dei sistemi di garanzia dei depositanti*.

⁵ Cfr., nella disciplina nazionale, l'art. 53 TUB.

⁶ BANCA D'ITALIA, Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (34° aggiornamento), Parte I, Titolo IV, Cap. 3, Sez. III, pp. 19 e ss.

controllo permanenti e indipendenti: i) di conformità alle norme (compliance); ii) di controllo dei rischi (risk management); iii) di revisione interna (internal audit)”, i cui compiti e requisiti sono dettagliatamente descritti. L’Autorità di vigilanza ha poi il potere di verificare (anche attraverso accertamenti ispettivi) non solo il rispetto dei requisiti patrimoniali, ma anche il possesso da parte degli esponenti bancari dei requisiti professionali e reputazionali richiesti, nonché il rispetto delle norme dettate in materia di remunerazioni, controlli interni e presidio dei rischi, ivi compresi i rischi operativi.

Quando l’Autorità riscontra irregolarità, può irrogare sanzioni amministrative nei confronti sia delle persone giuridiche, sia dei singoli esponenti e dirigenti che possono esserne direttamente responsabili⁷. Oltre alle sanzioni pecuniarie, il TUB prevede anche misure come l’ordine di cessare le condotte irregolari⁸ e sanzioni accessorie come l’interdizione temporanea. Al di là del potere sanzionatorio, l’Autorità di vigilanza ha numerosi poteri utili a contrastare le attività irregolari, come il potere di rimuovere uno o più esponenti aziendali, ove la loro permanenza in carica sia di pregiudizio alla sana e prudente gestione, e il potere di adottare misure di intervento precoce, quali la rimozione collettiva degli amministratori, l’amministrazione straordinaria, la nomina di un commissario che affianchi temporaneamente gli amministratori: misure che possono essere disposte anche in assenza di difficoltà patrimoniali della banca, se sono state accertate gravi irregolarità e violazioni normative⁹. Nei casi di estrema gravità delle condotte e dei fatti accertati, le Autorità competenti possono revocare l’autorizzazione all’attività bancaria e disporre la liquidazione coattiva della banca o le misure di risoluzione previste dalla disciplina europea delle crisi bancarie¹⁰.

La disciplina del settore bancario, nazionale ed europea, riconosce dunque i comportamenti non conformi alle regole come seri fattori di rischio per le banche, tali da poter mettere in pericolo la stabilità dell’intermediario e potenzialmente l’intero sistema finanziario (per i noti effetti di contagio e propagazione delle crisi bancarie), e appresta numerosi presidi normativi, dotati di un alto grado di vincolatività¹¹.

⁷ Cfr. l’art. 18 del regolamento (UE) 1024/2013 e gli artt. 144 e 144-ter TUB.

⁸ Sulla controversa natura del *cease and desist order* sia consentito rinviare a O. CAPOLINO, *Il governo societario delle banche: regole e strumenti nelle disposizioni di vigilanza e nelle norme europee*, in *Il governo delle banche*, a cura di A. PRINCIPE, Milano, 2015, p. 39.

⁹ Cfr. gli artt. 28 e 29 della direttiva 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive*, BRRD) nonché gli artt. 69-octiesdecies, 69-vicies-semel, 70 e 75-bis TUB.

¹⁰ Anche nell’ambito della disciplina europea delle crisi bancarie, i presupposti per l’adozione delle misure di risoluzione (o in alternativa per l’applicazione delle procedure ordinarie di liquidazione) non si limitano alle le perdite patrimoniali. Cfr. l’art. 32 della BRRD e l’art. 18 del regolamento (UE) 806/2014 (*Single Resolution Mechanism Regulation*).

¹¹ Vale peraltro anche in questo caso l’osservazione che, in qualsiasi organizzazione, i rischi di condotte non conformi non possono in ogni caso essere ridotti a zero, soprattutto quando si tratti di prevenire condotte illecite dei vertici aziendali, che operano al di sopra della linea di controllo: F. CENTONZE, *The Imperfect Science: Structural Limits of Corporate Compliance and Co-regulation*, in S. MANACORDA e F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale*, cit., pp. 45 e ss.

2. La coesistenza dei presidi di conformità alle norme

Nel settore bancario, la disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/2001¹² si innesta dunque su un tessuto normativo già permeato di presidi, procedure e sistemi di controllo volti ad assicurare il consapevole governo di tutti i rischi cui gli intermediari sono esposti: un tessuto normativo dovuto alla peculiarità dell'attività bancaria e al valore costituzionale del risparmio (alla cui protezione è preordinato l'intero sistema di vigilanza affidato ad autorità pubbliche italiane ed europee) e composto perciò di regole molto dettagliate, che si aggiungono a quelle di diritto comune.

L'applicazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001 a sua volta rappresenta l'occasione per un rafforzamento dell'organizzazione aziendale e dei controlli interni, mediante l'adozione dei modelli di organizzazione e di gestione (MOG) e l'istituzione dell'organismo di vigilanza (OdV) previsti dall'art. 6 del decreto legislativo. Nel settore bancario si perviene così, per sommatoria sia dei presidi volti alla prevenzione degli illeciti, sia delle strutture tenute a garantire la conformità alle norme, ad un sistema di gestione della *compliance* indubbiamente rafforzato, ma al tempo stesso composito, complesso, costituito da una sovrabbondanza di organi competenti a vario titolo in tema di controlli sulla correttezza dell'amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi¹³, con i correlati rischi di sovrapposizioni e inefficienze: un sistema che, nelle diverse prassi degli enti creditizi, è poi destinato ad essere variamente declinato e articolato, dovendosi caso per caso scegliere come regolare la coesistenza dei meccanismi previsti dal d.lgs. n. 231 con la fitta rete di regole che già insistono sugli assetti organizzativi e di governo delle banche per ragioni di vigilanza.

Ponendo l'accento più sulle funzioni che sugli organi deputati a svolgerle, può dirsi che le diverse declinazioni dei compiti di controllo osservabili nelle due discipline si focalizzano su aspetti specifici, ma riconducibili tuttavia a una matrice comune (nel sistema normativo del d.lgs. n. 231: il monitoraggio del rischio di commissione di reati nell'interesse o a vantaggio¹⁴ dell'ente, che a

¹² Va sottolineata la circostanza che, mentre le regole e i meccanismi di vigilanza nel settore bancario e finanziario sono ormai unificati o quanto meno fortemente armonizzati, nel campo della responsabilità da reato degli enti sono state compiute, nei diversi Paesi europei, scelte normative fortemente differenziate: cfr. G. LASAGNI, *Banking Supervision and Criminal Investigation – Comparing the EU and US Experiences*, Torino, 2019, pp. 21 e s.

¹³ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, pp. 65 e ss.; V. MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, 4, p. 97. Propone di superare il problema attraverso un coordinamento degli organi P. MONTALENTI, *Modello "231" e organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2014, 2, pp. 7 e ss.

¹⁴ Sulla diversità dei due concetti (di cui il primo, l'interesse, esprime una prospettiva soggettiva apprezzabile *ex ante*, mentre il vantaggio ha una connotazione oggettiva, valutabile *ex post*, cfr. Cass., sez. V pen., 28 novembre 2013, n. 10265, Banca Italease; Cass., SS.UU., 18 settembre 2014, n. 38343, ThyssenKrupp; Cass., sez. IV pen., 20 ottobre 2022, n. 39615, SCM).

sua volta si iscrive nel più generale controllo di legalità). Ne consegue, per un verso, che i diversi compiti non necessariamente debbono essere attribuiti ad organi distinti (rendendo inutilmente più complessa la struttura organizzativa dell'ente), ma anche, per altro verso, che il loro svolgimento sembra richiedere una visione integrata, in grado di comprendere tutte le diverse e specifiche finalità alle quali tali compiti rispettivamente rispondono.

Sarà poi ciascuna banca a dover in concreto applicare e coordinare i diversi insiemi di regole, anche tenendo conto, in ossequio a criteri di proporzionalità, di fattori come la dimensione dell'ente, la rischiosità delle attività di intermediazione, le caratteristiche del territorio di insediamento. Ciascuna banca sarà, in particolare, responsabile delle scelte organizzative operate rispetto al "sistema 231", ove ad esempio decida di non adottare il MOG, ritenendo sufficiente il presidio costituito dall'applicazione delle disposizioni di vigilanza in tema di governo societario, di *compliance* e di *internal audit*: in relazione al grado di complessità e di rischiosità dell'organizzazione e dell'operatività aziendale, la banca potrà infatti concludere che tali disposizioni siano sufficienti non solo a garantire la sana e prudente gestione richiesta a fini di vigilanza, ma anche, e più specificamente, ad evitare la responsabilità da reato di cui al d.lgs. n. 231. Si tratta di scelte organizzative astrattamente del tutto legittime, che si espongono peraltro a una valutazione *ex post* dagli esiti inevitabilmente incerti.

Come è stato sottolineato¹⁵, infatti, la predisposizione di un MOG è configurata dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 come un onere, ma potrebbe anche essere considerata alla stregua di un obbligo, laddove il rischio della commissione di reati rilevanti ai sensi del de reto legislativo non sia insignificante: la mancanza di un MOG potrebbe infatti in tal caso essere valutata come un inadempimento all'obbligo degli amministratori di dotare la società di adeguati assetti organizzativi (*ex art.* 2381 cod. civ.) e più in generale al dovere di ogni imprenditore in forma collettiva o societaria di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, *anche*, ma non solo, in funzione della rilevazione tempestiva della crisi (art. 2086, comma 2, cod. civ.¹⁶). Il dovere di dotarsi di adeguati assetti organizzativi svolge infatti un generale ruolo di prevenzione in relazione ai molteplici possibili rischi derivanti dal mancato rispetto delle regole (dall'esposizione a misure sanzionatorie e di vigilanza da parte delle

¹⁵ P. MONTALENTI, *Modello "231" e organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari*, cit., p. 23.

¹⁶ Comma introdotto dal d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Cfr. F. MACARIO, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto della crisi e dell'insolvenza e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in *Diritto della crisi*, 26 maggio 2022, <https://dirittodellacrisi.it/articolo/la-riforma-dellart-2086-c-c-nel-contesto-del-codice-della-crisi-e-dellinsolvenza-e-i-suoi-riflessi-sul-sistema-della-responsabilita-degli-organi-sociali>.

autorità di settore alla configurabilità, che qui in particolare interessa, di una responsabilità da reato¹⁷).

È stato osservato che il d.lgs. n. 231/2001, nell'introdurre nell'organizzazione societaria una disciplina a fini di prevenzione della responsabilità da reato degli enti, non ha previsto alcun raccordo con le regole sui controlli societari dettate dal codice civile e dal d.lgs. n. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della finanza, TUF) per le società quotate¹⁸. Nessun raccordo, può aggiungersi, è stato previsto rispetto alle regole di *governance* dettate dal TUB e dal TUF per gli intermediari ivi disciplinati: sembra quasi che i due plessi normativi, pur insistendo sugli stessi soggetti e pur convergendo sotto molteplici profili, non si 'parlino', tanto che un (necessario) coordinamento è stato introdotto solo per la fase giudiziale ed esecutiva¹⁹.

In una prospettiva sostanzialistica, si potrebbero valorizzare allora le coincidenze (se non le sovrapposizioni²⁰) di finalità e di strumenti, affermando l'equivalenza in concreto della *compliance* bancaria con il "sistema 231"²¹. Si tratta di un processo interpretativo già avviato in relazione al tema dell'applicabilità del d.lgs. n. 231 agli enti esteri per reati commessi in Italia, condiviso dalla giurisprudenza di legittimità²², che si fonda sulla possibilità di assimilare regole

¹⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2019, 10, pp. 545 e ss., osserva come il principio di adeguatezza organizzativa, affermatosi con la riforma del diritto societario del 2003 ed esteso a tutte le imprese con il comma aggiunto all'art. 2086 cod. civ., abbia trovato nell'ordinamento italiano una sua prima affermazione proprio con il d.lgs. n. 231/2001. Per le imprese bancarie, peraltro, il dovere degli organi sociali di promuovere l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile era già precedentemente affermato nella normativa di vigilanza.

¹⁸ V. MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., p. 87.

¹⁹ Cfr. gli artt. 8-10 del d.lgs. 9 luglio 2004, n. 197, attuativo della direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi; *infra* E. CONSIGLIERE, *L'accertamento della responsabilità e le sanzioni: il ruolo dell'Autorità di vigilanza*.

²⁰ Già rispetto al quadro generale dei controlli societari si è osservato che occorrerebbe "eliminare le sovrapposizioni di funzioni che, pur operando in parte come forme di cooperazione sinergica, si configurano, per plurimi profili, come vere e proprie duplicazioni" (P. MONTALENTI, *Modello "231" e organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari*, cit., p. 28, che invoca un coordinamento tra organi e funzioni, considerato che il quadro regolatorio è "frammentario e (...) meritevole di razionalizzazione"); il problema si presenta in termini ancor più pressanti per le società bancarie, che risultano, per le ragioni già esposte, "iper regolamentate" in materia (C. MANCINI, *L'esperienza bancaria: riflessioni in tema di composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 2, pp. 415 e ss.

²¹ M. BIANCHINI e P. SEVERINO, *Imprese multinazionali e responsabilità da reato degli enti*, in F. CENTONZE e S. MANACORDA (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, pp. 486 e ss., in corso di pubblicazione; cfr. anche *infra* L. DROGHINI e G. NERI, *I gruppi bancari*, par. 4.

²² Cass., sez. IV pen., 6 settembre 2021, n. 32899, *Trenitalia* e altri; Cass., sez. VI pen., 7 aprile 2020, n. 11626, *Boskalis International*.

di *compliance* e funzioni di controllo interno agli specifici presidi (modelli organizzativi e OdV) previsti dal d.lgs. n. 231/2001²³.

Un logico sviluppo dell'elaborazione interpretativa relativa agli enti esteri appena accennata dovrebbe infatti portare a riconoscere anche alle banche italiane la possibilità di affermare l'adeguatezza del proprio sistema di prevenzione del rischio da reato dimostrando l'equivalenza dei sistemi di *compliance* e dei controlli interni agli strumenti offerti dal d.lgs. n. 231.

Va peraltro considerato che parte della giurisprudenza, nell'esprimersi sul rapporto tra le due discipline in esame, ritiene che l'adozione di modelli adeguati a prevenire la commissione di reati non può dirsi soddisfatta in base alla sola circostanza che la banca è soggetta a una regolamentazione di settore, trattandosi di normative con ambiti e finalità differenti²⁴; tale orientamento, in mancanza di un chiarimento normativo sul punto, può indurre prudentemente a perseguire comunque il rispetto di entrambi i sistemi normativi.

Indicazioni più lineari sembrano provenire dalla giurisprudenza della Cassazione che sottolinea come il requisito della "colpa di organizzazione" (l'esistenza di un deficit organizzativo imputabile all'ente) debba essere specificamente provato e non possa identificarsi con la mera assenza o insufficienza del modello di organizzazione e gestione: sarà il giudice a dover esaminare, in concreto, l'idoneità e l'efficacia delle misure adottate ai fini della riduzione del

²³ Ciò sulla base della semplice constatazione che "l'adozione di specifici modelli è una causa di esclusione della responsabilità ma non costituisce un obbligo" (Cass., sent. n. 32899/2021). Si tratterà poi di verificare in concreto se la struttura organizzativa sia comunque idonea a prevenire il rischio della commissione di reati. Cfr. Trib. Milano, sez. II, 12 maggio 2020 n. 13490, G.M., A.V. e altri (MPS), p. 1091, a proposito dell'asserita equivalenza dei presidi predisposti da Deutsche Bank – London branch: "In sostanza, l'attività di supervisione e controllo è stata vuota e formale ed incapace di porre ostacoli ad una procedura di approvazione inadeguata in quanto autoreferenziale e fortemente orientata verso un'unica prestabilita direzione. L'inefficienza dei protocolli di vigilanza in essere all'epoca configura la colpa di organizzazione richiesta dalla norma per l'attribuzione della responsabilità da reato all'ente e impedisce di ritenere provata la sussistenza della clausola di irresponsabilità di cui all'art. 6 del D.Lvo 231/01" (la sentenza è commentata da E. Fusco e B. FRAGASSO, *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS*, in *Sistema penale*, 2020, 10, pp. 113 e ss.). Sul problema della diade concettuale tra le norme giuridiche del Paese d'origine e quelle del Paese ospitante cfr. S. MANACORDA, *The "Dilemma" of Criminal Compliance for Multinational Enterprises in a Fragmented Legal World*, in S. MANACORDA e F. CENTONZE (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale*, cit., pp. 67 e ss.

²⁴ Trib. Milano, sez. II, 11 febbraio 2016, n. 1499, imp. J.D.G., M.M., B.N., M.M.D.R., M.A. (Banca Arner), reati di ostacolo all'attività di vigilanza. La sentenza afferma inoltre che la banca non avrebbe fornito la prova liberatoria dell'adozione di modelli efficaci e adeguati a garantire la prevenzione dei reati, adottati solo in epoca successiva, e stigmatizza l'assenza di un OdV, cui non può sopperire la mera presenza del collegio sindacale, se non destinatario di specifiche deleghe. Al tempo stesso, tuttavia, la giurisprudenza ritiene che ciascun ente possa mutuare le prescrizioni del MOG dalla disciplina primaria e secondaria che è tenuto ad applicare, e che il giudice chiamato a valutare l'idoneità del MOG debba farlo con riferimento alla disciplina di un determinato settore: GUP D'Arcangelo, Trib. Milano, 3 novembre 2010, n. 2328, ad esito di giudizio abbreviato, Banca Italease (disponibile per estratto nella banca dati DeJure).

rischio di commissione dei reati, senza che le previsioni degli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001 implicino una inversione dell'onere probatorio²⁵.

In questa prospettiva, l'adozione del MOG rappresenta certamente un elemento della valutazione che l'autorità giudiziaria deve compiere, ma non ne esaurisce il contenuto: l'attenzione deve necessariamente spostarsi dalle eventuali misure di mera *cosmetic compliance*²⁶ adottate esclusivamente nell'ottica di contenere i rischi legali (misure che, come visto, anche ove presenti, non escludono la configurabilità della colpa di organizzazione) alla verifica dell'esistenza in concreto di procedure aziendali finalizzate a garantire una corretta gestione e a prevenire la commissione dei reati.

3. Oggetto e metodo della ricerca

Il “sottosistema” della responsabilità da reato degli enti operanti nel settore bancario è stato analizzato, nei diversi lavori qui pubblicati, ponendo particolare attenzione all'effettiva applicazione della disciplina da parte degli intermediari e alla giurisprudenza. La ricerca ha riguardato vari profili tematici, quali la *compliance* integrata, la disciplina del *whistleblowing*, la disciplina dei gruppi di società e gli aspetti sanzionatori, profili che sono usualmente oggetto di studio anche con riferimento alla disciplina generale della responsabilità da reato degli enti, ma che nel settore bancario assumono un carattere, talvolta marcato, di specialità.

Il metodo di ricerca utilizzato ha inteso coniugare la dimensione teorica con quella pratica/operativa. Vengono esaminate in primo luogo le interrelazioni tra la normativa di settore in tema di *governance* e controlli interni e le prescrizioni sui MOG contenute nel d.lgs. n. 231/2001, al fine di osservare il funzionamento della *compliance* integrata nei sistemi di *governance* degli intermediari bancari, tenendo conto tra l'altro anche dei presidi contenuti nella disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231). La raccolta e l'analisi dei dati relativi alla concreta applicazione del d.lgs. n. 231/2001 nel settore bancario assume un ruolo centrale nell'economia complessiva della ricerca, che si basa sull'esame dei MOG concretamente adottati dagli intermediari²⁷.

²⁵ Tra le sentenze più recenti, cfr. Cass., sez. IV pen., 10 maggio 2022, n. 18413, Vezzola; Cass., sez. VI pen., 15 giugno 2022, n. 23401, Impregilo; Cass., sez. IV pen., 7 ottobre 2022, n. 38025; Cass., sez. IV pen., 20 ottobre 2022, n. 39615, SCM.

²⁶ Cfr. F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei “compliance programs” nell'ordinamento italiano*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 2, pp. 219 e ss., anche – più in generale – per le riflessioni sull'effettiva applicabilità al modello di capitalismo “familiare” italiano di strumenti e presidi di *corporate compliance* sviluppatasi in contesti economici profondamente diversi.

²⁷ Cfr. *infra* E. CONSIGLIERE e G. NERI, *I modelli di organizzazione e di gestione: profili generali e realtà applicativa*.

Sono stati raccolti 189 MOG provenienti da banche e società capogruppo di gruppi bancari, che sono stati analizzati con riferimento a parametri quali la composizione dell'organismo di vigilanza, la definizione dei flussi informativi verso l'Organismo stesso, la mappatura dei rischi²⁸, gli eventuali riferimenti al sistema dei controlli interni²⁹, la presenza di disposizioni della capogruppo³⁰ e infine l'eventuale presenza di disposizioni specifiche sul *whistleblowing*.

È stato spesso possibile reperire il MOG in quanto pubblicato sul sito dell'intermediario, sotto la voce "Documenti societari" o con autonomo rilievo. Negli altri casi, è stata chiesta³¹ la collaborazione degli stessi intermediari, specificando che la richiesta era finalizzata allo svolgimento di un'indagine sull'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 in una prospettiva empirica, corroborata dalla raccolta di dati sull'applicazione concreta della disciplina. Alle banche è stato dunque chiesto l'invio dei MOG concretamente adottati³², con particolare riferimento ai seguenti profili: composizione dell'OdV; descrizione dei flussi informativi destinati all'OdV; mappatura dei rischi (con descrizione del processo di identificazione delle attività, strutture e funzioni della banca maggiormente esposte al rischio della commissione dei reati-presupposto previsti dal d.lgs. n. 231/2001) e descrizione delle procedure e regole interne di prevenzione e gestione dei rischi stessi; inquadramento del MOG nel sistema della *governance* e dei controlli interni della banca e funzionamento della *compliance* integrata; eventuale ruolo della capogruppo nella definizione dei principi generali e dei contenuti di massima dei MOG delle controllate del gruppo stesso; eventuali disposizioni specifiche sul *whistleblowing*. In caso di mancata adozione, in tutto o in parte, del modello (come, ad esempio, nei casi di adozione della sola parte generale del MOG senza mappatura dei rischi ed individuazione di presidi specifici), è stato chiesto di specificare le relative ragioni.

Il complesso quadro di regole organizzative che emerge dall'analisi dei MOG reperiti consente di mettere in luce le intersezioni normative derivanti dall'innesto del d.lgs. n. 231/2001 nel settore bancario sotto vari profili, tra cui quelli della mappatura della attività di rischio, dello sviluppo di idonei modelli, della composizione dell'OdV, della disciplina dedicata al '*whistleblowing*'. Anche su quest'ultimo aspetto, infatti, la disposizione contenuta nel d.lgs. n. 231/2001 (art. 6, comma 2-*bis*) va messa in relazione con la normativa di settore

²⁸ La mappatura è solitamente contenuta in una "parte speciale" dei modelli, in cui vengono individuate le diverse attività della banca che presentano un potenziale rischio di reato tra quelli contemplati nel d.lgs. n. 231, le strutture e le funzioni della banca in cui è ragionevolmente ipotizzabile che i reati siano commessi e le procedure e regole interne per prevenirne il compimento.

²⁹ Molti MOG menzionano e descrivono il più ampio sistema di *governance* e di controlli interni in cui il modello organizzativo va ad inserirsi.

³⁰ Ci si riferisce alla definizione, da parte della capogruppo, di principi generali e contenuti di massima per la predisposizione dei modelli delle controllate.

³¹ Tramite i Servizi Supervisione bancaria 1 e Supervisione bancaria 2 del Dipartimento Vigilanza bancaria e finanziaria della Banca d'Italia.

³² Con riguardo ai MOG reperiti secondo queste ultime modalità, tenuto conto della scelta degli enti di non divulgare i modelli adottati, nel citarne il contenuto si ometterà il nome della banca.

(art. 52-*bis* TUB e art. 48 d.lgs. n. 231/2007) oltre che con la disciplina dettata dalla direttiva UE n. 1937/2019, solo recentemente trasposta nell'ordinamento italiano³³.

Un secondo fondamentale apporto alla ricerca è stato costituito dall'analisi delle pronunce rese dalla giurisprudenza chiamata ad accertare la responsabilità amministrativa da reato di banche, con l'obiettivo di approfondire le principali tematiche emerse, partendo dalla ricostruzione delle concrete vicende che hanno dato origine al giudizio. Lo studio della giurisprudenza è partito dalla constatazione che la banca può essere interessata dalla disciplina della responsabilità da reato degli enti sotto vari profili: come impresa (in relazione, ad esempio, alle fattispecie di reato concernenti la salute e sicurezza sul lavoro e l'ambiente), come società (ad esempio con i reati di false comunicazioni sociali o di falso in prospetto), e infine in ragione dell'attività svolta, con riferimento ai c.d. reati peculiari³⁴: tra i quali rientrano i possibili reati, commessi nell'interesse o a vantaggio della banca, connessi alla gestione di fondi e finanziamenti pubblici, alle attività svolte in concessione (servizi di tesoreria) o alla messa in circolazione del denaro, ma ci sembra debba essere incluso, innanzitutto, l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza di cui all'art. 2638 cod. civ.³⁵.

La ricerca si è concentrata sui procedimenti penali noti all'Autorità di vigilanza, in relazione alle funzioni svolte e al ruolo rivestito. In alcuni casi, infatti, la Banca d'Italia, oltre a collaborare con l'Autorità giudiziaria, denunciando i fatti appresi nel corso della vigilanza cartolare e ispettiva o comunque fornendo le informazioni richieste dagli inquirenti, partecipa anche al giudizio come persona offesa o come parte civile: è il caso, tipicamente, dei reati di ostacolo all'attività di vigilanza. Questa tipologia di delitti, oltre a costituire – come tutti i reati commessi nell'interesse o a vantaggio di una banca da esponenti o dirigenti della banca stessa – un grave sintomo di crisi dei meccanismi interni volti ad assicurare una gestione sana e prudente, lede direttamente le prerogative e le funzioni dell'Autorità di vigilanza, minando la correttezza dei rapporti tra soggetto vigilato e autorità pubblica, fondamentale per garantire l'efficacia dell'azione di vigilanza³⁶.

³³ Con il d.lgs. 15 marzo 2023, n. 24.

³⁴ Cfr. ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *Linee Guida per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, Roma, 2004.

³⁵ Con riguardo a queste fattispecie, la giurisprudenza ha osservato che l'interesse dell'ente alla commissione del reato va indagato con riferimento all'utilità diretta conseguibile, anche se temporanea: *“nella visione prospettica ex ante è configurabile l'interesse (esclusivo o comunque prevalente) della banca alla commissione dei reati di agiotaggio e ostacolo all'attività di vigilanza quali parte integrante di una politica di impresa funzionale a garantire la prosecuzione dell'attività della banca (...). Reati, dunque, finalizzati ex ante a conseguire una utilità anche economica per l'ente, che ha avuto anche nell'immediato una concretizzazione. Resta irrilevante che, poi, il risultato complessivo di tale politica di impresa (...) si sia rivelato, a consuntivo, addirittura dannoso per l'ente”*: Trib. Vicenza, 17 giugno 2021, n. 348, G.E., M.P., P.M., P.A., Z.G., Z.G., BPV, p. 786, reperibile nella banca dati Onelegale e in <https://www.giurisprudenzapenale.com/>.

³⁶ Sia consentito rinviare a O. CAPOLINO e R. D'AMBROSIO, *La tutela penale dell'attività di Vigilanza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 67, Roma, 2009.

Nei venti anni di applicazione del d.lgs. n. 231/2001, sono state individuate 24 sentenze pronunciate nei confronti di 20 banche. I giudizi, relativi principalmente ai reati di ostacolo alle autorità di vigilanza, false comunicazioni sociali e manipolazione del mercato, si sono conclusi con sentenze di condanna a sanzioni pecuniarie nei confronti di banche in 14 casi, con applicazione della pena su richiesta in 4 casi (nei confronti di 6 banche)³⁷; in 6 casi è stata invece esclusa la responsabilità dell'ente. Risultano allo stato pendenti 3 ulteriori giudizi, nei confronti di 4 banche³⁸.

4. Profili di complessità nel coordinamento delle discipline

La ricerca ha infine preso in esame alcuni snodi problematici derivanti dalla convivenza della disciplina della responsabilità da reato degli enti con le regole di vigilanza per il settore bancario. Nonostante le richiamate affinità e sinergie tra i due plessi normativi, non mancano infatti taluni punti di frizione. Un primo aspetto peculiare è rinvenibile nella previsione delle disposizioni di vigilanza secondo cui è l'organo societario di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza o comitato per il controllo sulla gestione) a svolgere, “*di norma*”, le funzioni di OdV, dovendo la banca espressamente motivare l'eventuale diversa scelta organizzativa; diversamente, come è noto, il d.lgs. n. 231 prevede l'attribuzione del ruolo di OdV all'organo di controllo solo come una mera possibilità, non considerata con particolare favore.

Rinviando al più approfondito esame che verrà successivamente svolto³⁹, si vuole qui soltanto osservare che l'indicazione offerta dalle disposizioni di vigilanza tiene evidentemente conto della particolare attenzione che all'organo che esercita funzioni di controllo dedica la disciplina di settore, a cominciare dall'art. 52 TUB, laddove prevede che esso sia tenuto ad informare “*senza indugio la Banca d'Italia di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio*

³⁷ L'applicazione della pena su richiesta è possibile, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 231/2001, quando per gli illeciti contestati è prevista la sola sanzione pecuniaria, come per i reati di false comunicazioni sociali e di ostacolo all'attività di vigilanza (art. 25-ter d.lgs. n. 231/2001).

³⁸ Va ricordato che l'aver ricoperto incarichi presso soggetti operanti nel settore bancario, finanziario e assicurativo cui sia stata irrogata una sanzione ai sensi del d.lgs. n. 231 costituisce un elemento valutabile ai fini della sussistenza dei criteri di correttezza richiesti agli esponenti bancari dal d.m. 23 novembre 2020, n. 169, *Regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'incarico degli esponenti aziendali delle banche* (art. 4, comma 2, lett. f); cfr. anche lo schema di regolamento relativo ai requisiti dei partecipanti al capitale, posto in consultazione dal Ministero dell'economia nel maggio 2022, in cui si prevede anche che tali sanzioni rilevino ai fini della valutazione della correttezza quando il partecipante al capitale sia una persona giuridica: <https://www.consultazione.gov.it/it/le-consultazioni/le-consultazioni-delle-amministrazioni-centrali/schemi-regolamento-requisiti/>. I reati di cui al d.lgs. n. 231/2001 possono essere valutati anche per desumerne la sussistenza di un “illecito professionale grave” rilevante ai fini dell'esclusione non automatica da una gara di appalto (art. 98 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, nuovo Codice dei contratti pubblici), mentre la condanna con sentenza definitiva ai sensi del d.lgs. n. 231 è causa di esclusione automatica (art. 94 del Codice).

³⁹ Cfr. *infra* L. DROGHINI ed E. CONSIGLIERE, *L'organismo di vigilanza*, par. 1.

dei propri compiti, che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria" e dispone che, a tali fini, lo statuto della banca assegni sempre all'organo tutti i necessari compiti e poteri, indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo adottato⁴⁰. Un elemento di debolezza in questa scelta, che evidenzia i possibili effetti della sovrapposizione tra le due discipline, può sussistere tuttavia laddove i reati presupposto coinvolgano membri dello stesso organo di controllo; in ogni caso gli enti creditizi, come vedremo, hanno frequentemente adottato nella prassi anche soluzioni diverse.

Altri due momenti delle relazioni tra disciplina delle responsabilità da reato degli enti e normativa di vigilanza bancaria sono apparsi particolarmente meritevoli di approfondimento: la ripartizione delle responsabilità nell'ambito del gruppo bancario e le regole relative al ruolo dell'Autorità di vigilanza nel corso del procedimento penale e nella fase esecutiva.

Il primo aspetto che suscita qualche interrogativo concerne l'applicazione delle norme del d.lgs. n. 231/2001 nell'ambito dei gruppi bancari; al riguardo, la ricerca ha preso in considerazione tanto la relazione tra il MOG adottato dalla capogruppo e quelli adottati dalle altre società bancarie del gruppo, quanto i problemi di ascrizione della responsabilità, tenuto conto dei poteri di direzione e coordinamento della capogruppo (art. 61, comma 4, TUB) e della modalità di gestione dei rischi a livello di gruppo, che è necessariamente integrata e olistica.

Va preliminarmente ricordato che la normativa bancaria ha rappresentato, nell'ordinamento italiano, una delle prime fonti di regolamentazione dei gruppi societari. Il gruppo bancario è stato infatti disciplinato nel quadro del processo di abbandono del modello della banca pubblica, prima che una disciplina della "direzione e coordinamento di società" fosse introdotta nel codice civile⁴¹. Mancavano, allora, norme generali che disciplinassero il fenomeno dei gruppi di imprese, ma contemporaneamente emergeva, a livello europeo e nazionale, l'esigenza di una vigilanza bancaria consolidata⁴².

Le disposizioni del TUB, come le norme attuative recate dalle disposizioni di vigilanza, rappresentano dunque una prima anticipazione dei principi in materia di gruppi societari poi stabiliti dal codice civile con la riforma del 2003. Tuttavia le disposizioni di vigilanza in materia di gruppi bancari non sono state pensate per svolgere una funzione di "supplenza" rispetto alla allora carente normativa

⁴⁰ Successivamente alla riforma del diritto societario del 2003, la disciplina di settore si è orientata nel senso di rendere le scelte di *governance* delle banche per quanto possibili "neutre" rispetto alle disposizioni di vigilanza. L'Autorità di vigilanza si rivolge infatti alle funzioni aziendali (di gestione, di supervisione strategica e di controllo), riferendo ad esse, piuttosto che agli organi previsti nei diversi modelli di amministrazione, i medesimi compiti e responsabilità ai fini dell'applicazione della disciplina di vigilanza.

⁴¹ È con l'art. 25 del d.lgs. n. 356/1990 che compare nell'ordinamento italiano l'"attività di direzione e coordinamento". E v. anche l'art. 5, comma 1, lett. d) della legge n. 218/1990.

⁴² Cfr. la direttiva CEE n. 83/350 sulla vigilanza su base consolidata e la legge di attuazione n. 114/1986 sul controllo delle partecipazioni bancarie.

di diritto societario, poiché erano e sono destinate a svolgere esclusivamente la funzione di agevolare la vigilanza consolidata: circostanza, questa, che non consente una completa sovrapposizione delle discipline.

Infatti per l'Autorità di vigilanza rilevano essenzialmente gli obblighi informativi che gravano sulla capogruppo, in quanto destinataria del flusso informativo proveniente dalle società controllate, e la sua capacità di trasmissione delle regole di vigilanza nei confronti delle società soggette alla sua attività di direzione e coordinamento, nell'interesse della stabilità del gruppo⁴³.

Emergono così due caratteristiche fondamentali (e strettamente interconnesse) della disciplina del gruppo bancario: l'adozione di un modello di gruppo "gerarchico" e l'attribuzione alla capogruppo del ruolo di referente dell'Autorità di vigilanza. Il gruppo bancario presuppone necessariamente un'organizzazione atta a consentire quella direzione unitaria richiesta a fini di vigilanza, ed è dunque costruito come una struttura fortemente integrata, "piramidale", caratterizzata da un accentramento di poteri nella capogruppo; un simile modello naturalmente è realizzabile anche al di fuori del settore bancario, ma in quest'ultimo è imprescindibile. La formula risulta efficace, perché, pur facendo salvo il principio dell'autonomia giuridica delle società del gruppo, assicura all'Autorità di vigilanza un interlocutore unico, tenuto sia a raccogliere le informazioni all'interno del gruppo per convogliarle all'Autorità, sia a trasmettere le regole di vigilanza alle società partecipanti al gruppo.

Volendo tracciare schematicamente le differenze rispetto alla disciplina di diritto comune, rilevano, oltre alle finalità della disciplina, altri due aspetti: il perimetro del gruppo e la doverosità dei comportamenti connessi. In primo luogo, infatti, l'estensione del gruppo bancario è ristretta alle sole società bancarie, finanziarie e strumentali: il gruppo bancario è un gruppo "artificiale", che non abbraccia tutte le società che verrebbero comprese nella nozione economica di gruppo, ma deve necessariamente comprendere quelle indicate dalla legge.

Infine, nel diritto comune l'attività di direzione e coordinamento esiste e acquisisce rilevanza sul piano giuridico se e in quanto le controllate si conformino alle direttive della controllante. L'emanazione delle direttive da parte della *holding* non genera un dovere giuridico di attuazione: non è possibile pretendere un intervento coattivo per il loro adempimento, e solo in via di fatto la capogruppo, esercitando le sue prerogative di socio di controllo, potrà imporre una determinata linea di condotta agli amministratori delle controllate. Diversamente, nel gruppo bancario il legislatore ha espressamente riconosciuto alla capogruppo il potere di emanare, in esecuzione «*delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo*»⁴⁴, direttive vincolanti per le componenti del gruppo stesso, e di assicurarne l'attuazione. Tale attività è per la capogruppo

⁴³ Questa funzione comporta per la capogruppo la necessità di dotarsi di sistemi informativi e di controllo interno adeguati (nel rispetto delle norme sulla vigilanza informativa e regolamentare: artt. 66 e 67 TUB).

⁴⁴ Art. 61, comma 4, TUB.

obbligatoria, e il suo mancato esercizio può dare luogo a responsabilità; e invece la sua azione è conforme alle disposizioni di vigilanza, essa non può essere chiamata a risponderne ai sensi della normativa di vigilanza.

Gli amministratori delle società appartenenti al gruppo sono tenuti anch'essi a comportamenti doverosi, e in particolare a dare attuazione alle disposizioni emanate dalla capogruppo in esecuzione delle istruzioni dettate dalla Vigilanza nell'interesse della stabilità del gruppo. Peraltro, al di fuori dell'obbligo di fornire le informazioni e prestare la “*necessaria collaborazione*”⁴⁵, nessun altro comportamento diverso rispetto a quelli previsti dal diritto comune è da considerarsi per essi dovuto.

E' stato osservato che, se dotare la società di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati rientra ormai tra i principi di corretta gestione esplicitamente affermati in via generale dall'ordinamento⁴⁶, anche la capogruppo, nell'esercizio della sua attività di direzione e coordinamento, sarà tenuta a rivolgere alle controllate direttive in materia di predisposizione di idonei presidi organizzativi⁴⁷: ciò è ancor più vero per la società al vertice di un gruppo bancario, destinataria di specifiche prescrizioni di vigilanza in materia⁴⁸. In particolare, rispetto all'oggetto del nostro studio, il problema che si pone per il gruppo bancario, e in special modo per il gruppo bancario cooperativo⁴⁹, è se – nell'ambito del perimetro del gruppo tracciato a fini di vigilanza – il ruolo peculiare della capogruppo come referente dell'Autorità di vigilanza e come garante del rispetto delle regole di settore incida anche ai fini dell'individuazione delle posizioni rilevanti *ex d.lgs. n. 231/2001*. Le caratteristiche peculiari dei gruppi bancari possono infatti ingenerare il convincimento che sussista in tali gruppi una direzione “rafforzata” della capogruppo, tale da agevolare la “risalita” della responsabilità dalle controllate anche con riguardo alla disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001.

Sembra tuttavia che nel gruppo bancario, come nella disciplina comune di cui agli artt. 2497 e ss. cod. civ., la direzione unitaria, pur comportando un'ingerenza diretta della capogruppo nell'attività e nell'organizzazione delle controllate, non possa spingersi sino all'esautorazione degli organi amministrativi di queste ultime. Ad essi resta riservato il potere/dovere di verificare se e in quale misura la gestione della società risponda all'interesse sociale. Inoltre, e in ogni caso, quando sono in discussione comportamenti che prescindono dall'ambito della vigilanza consolidata, anche le responsabilità degli amministratori delle società di un gruppo

⁴⁵ Art. 61, comma 4, seconda parte, TUB.

⁴⁶ Cfr. i già ricordati artt. 2086 e 2381 cod. civ.

⁴⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo*, cit., p. 562.

⁴⁸ Art. 67, comma 1, lett. d), TUB. Sul principio per cui, in materia sanzionatoria amministrativa, la responsabilità del direttore generale della banca capogruppo non sia qualificabile come responsabilità oggettiva per fatto della banca controllata, ma costituisca una responsabilità per fatto proprio, per infrazioni concernenti l'attività della capogruppo, cfr. ad es. Cass., sez. II civ., 8 febbraio 2022, n. 4006, in www.dirittobancario.it.

⁴⁹ Cfr. l'art. 37-bis TUB e *infra* L. DROGHINI e G. NERI, *Il gruppo bancario*, par. 1.

bancario dovranno essere valutate secondo i canoni del diritto comune. Infine, va notato che la capogruppo del gruppo bancario si fa garante del rispetto delle regole di vigilanza, ma non dell'adozione e del rispetto dei modelli organizzativi.

L'ultimo aspetto peculiare che si è voluto approfondire concerne l'unica prevista ipotesi di coordinamento normativo tra la regolamentazione di settore e il d.lgs. 231/2001: la disciplina dedicata dall'art. 97-*bis* TUB, alla responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato delle banche. In sintesi, gli elementi di specialità introdotti dalla citata disposizione concernono sia la previsione di uno specifico canale informativo tra le autorità di vigilanza e l'Autorità giudiziaria, sia la dichiarata inapplicabilità delle sanzioni interdittive e della nomina di un commissario giudiziale, sostituite dalla possibilità di ricorrere alle misure previste dalla disciplina di settore per la gestione delle crisi bancarie, a cura delle autorità competenti.

Si prevede infatti, in primo luogo, che il pubblico ministero che procede per un illecito ascrivibile ad una banca ne dia comunicazione alla Banca d'Italia e, per i servizi di investimento, anche alla Consob; dette autorità di vigilanza possono poi essere sentite, spontaneamente o su richiesta del giudice, nel corso del procedimento. Queste previsioni intendono evidentemente valorizzare il *set* informativo a disposizione delle autorità di vigilanza, specie con riguardo alla struttura organizzativa e ai controlli interni dei soggetti vigilati, mettendolo anche a servizio delle esigenze di accertamento processuale.

Va sottolineato tuttavia che la cooperazione “anticipata”⁵⁰ tra Autorità di vigilanza e Autorità giudiziaria non è “a senso unico”, non ha cioè l'esclusiva finalità di mettere a disposizione della magistratura le informazioni derivanti dall'attività di vigilanza: prima ancora, sono la Banca d'Italia e la Consob a beneficiare delle informazioni ricevute dal pubblico ministero sul coinvolgimento di una banca in possibili fatti di reato rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231. La cooperazione che si realizza attraverso questo scambio delle informazioni assume quindi una valenza “bidirezionale”, perché offre a entrambe le parti l'opportunità di confrontare gli elementi informativi, incrociando i dati di rispettiva competenza.

Lo scambio di informazioni di cui all'art. 97-*bis* TUB costituisce del resto una particolare declinazione dell'attività di collaborazione tra Autorità di vigilanza e Autorità giudiziaria, che si realizza anche in altre ipotesi normativamente previste⁵¹; essa risulta particolarmente utile sia nella prospettiva della Vigilanza, perché agevola una conoscenza tempestiva dei fatti anomali e, di conseguenza,

⁵⁰ L'art. 97-*bis* prevede un'informativa all'Autorità di vigilanza all'atto dell'iscrizione dell'illecito nel registro delle notizie di reato, diversamente dall'art. 84 del d.lgs. n. 231/2001, che prevede la comunicazione alle autorità di vigilanza esclusivamente dei provvedimenti che applicano misure cautelari interdittive e delle sentenze irrevocabili di condanna.

⁵¹ L'opportunità di confrontare gli elementi informativi, incrociando i dati di rispettiva competenza, è un aspetto fondamentale della collaborazione tra organi inquirenti e Autorità di vigilanza. Meccanismi di scambio di informazioni tra potere giudiziario e autorità di vigilanza sono previsti espressamente dall'ordinamento anche in altre ipotesi, come vedremo *infra* (E. CONSIGLIERE, *L'accertamento delle responsabilità e le sanzioni: il ruolo dell'Autorità di vigilanza*).

una possibilità di intervento precoce a tutela della sana e prudente gestione degli intermediari, sia per la stessa Autorità giudiziaria, perché la Banca d'Italia, una volta informata, è in grado di collaborare con essa in maniera più consapevole ed efficace.

La deviazione dalla disciplina comune è ben più evidente nelle previsioni che rimettono in via esclusiva all'Autorità di vigilanza l'adozione di misure che incidono sullo svolgimento dell'attività e sulla gestione dell'impresa bancaria. L'art. 97-*bis* prevede infatti un peculiare meccanismo di coordinamento tra poteri in base al quale la sentenza definitiva che irroga nei confronti di una banca sanzioni (non pecuniarie ma) interdittive è trasmessa “*per l'esecuzione*” dall'Autorità giudiziaria alla Banca d'Italia, la quale “*a tal fine*” può disporre le misure previste dal TUB per la gestione delle crisi, avendo presenti le “*preminenti finalità*” di salvaguardia della stabilità e di tutela dei risparmiatori. Le sanzioni interdittive non possono inoltre essere disposte nei confronti delle banche neanche in via cautelare, così come non può essere nominato il commissario giudiziale di cui all'art. 15 del d.lgs. 231/2001: anche in questi casi deve intervenire l'Autorità di vigilanza per applicare le misure previste dalla disciplina di settore, tenendo conto delle esigenze di tutela del risparmio e della stabilità del sistema finanziario⁵².

Queste deroghe si giustificano considerando che misure quali l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, così come la nomina di un commissario da parte dell'Autorità giudiziaria, non potrebbero essere applicate *sic et simpliciter* alle imprese bancarie: a tutela dei risparmiatori e in base alla disciplina europea, non solo la fase di dismissione dell'attività bancaria, ma anche quella della sostituzione coattiva degli organi debbono essere sempre presidiate dalle Autorità amministrative competenti per la vigilanza e per le misure di soluzione delle crisi⁵³.

D'altra parte, l'Autorità di vigilanza o di risoluzione, all'atto della sentenza definitiva che riconosce la responsabilità da reato della banca, potrebbe già aver adottato misure tanto di intervento precoce, come l'amministrazione straordinaria o la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento (artt. 70 e 75-*bis* TUB), quanto addirittura di carattere liquidatorio (art. 80 TUB, art. 20 d.lgs. n. 180/2015), perché una banca che non previene la commissione di reati che la

⁵² Si deve ritenere che non possa operare neanche la previsione dell'art. 78 del d.lgs. n. 231/2001, che prevede la possibilità di convertire le sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie quando l'ente abbia tardivamente posto rimedio alle conseguenze del reato (come previsto dall'art. 17 d.lgs. n. 231/2001). Va peraltro ricordato che l'art. 25-*ter* del d.lgs. n. 231 non prevede sanzioni interdittive per i reati societari e di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza, reati tra quelli più frequentemente ascrivibili alle società bancarie.

⁵³ Cfr., oltre alle disposizioni sulla possibilità di disporre l'amministrazione straordinaria e le misure di risoluzione o la liquidazione coatta amministrativa (artt. 70 e 80 TUB e norme ivi rispettivamente richiamate), i commi 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 14 TUB sulla revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e l'art. 97 TUB sui poteri dell'Autorità di vigilanza nel corso della liquidazione volontaria.

avvantaggiano è spesso anche una banca in cui sono state gravemente violate le prescrizioni di vigilanza che assicurano la sana e prudente gestione⁵⁴.

E occorre anche considerare che, nella gestione delle crisi del settore bancario, una peculiare attenzione è riservata agli strumenti che consentono di salvaguardare il valore del compendio aziendale, a tutela non solo dei depositanti ma anche delle imprese finanziate, perché l'interruzione dell'attività creditizia potrebbe determinare gravi ripercussioni su tutto il tessuto dell'economia reale in cui l'intermediario operava. Ecco perché, pur assicurando l'eliminazione delle cause delle violazioni e irregolarità, e se del caso l'espulsione dal mercato e l'estinzione dell'ente responsabile, la disciplina di settore privilegia soluzioni che salvaguardano la continuità operativa (avvicendamenti nella proprietà, cessione di attività e passività) ed evitano la distruzione di valore che si accompagnerebbe a una liquidazione "atomistica".

Non deve quindi stupire la previsione di peculiari forme di esecuzione delle sanzioni interdittive nei confronti delle banche (così come nei confronti degli intermediari disciplinati dal TUF e dal codice delle assicurazioni private⁵⁵, per i quali sussistono analoghe ragioni e forme di vigilanza); né l'esclusione del controllo giudiziale sulla fase esecutiva deve essere considerata alla stregua di un "*trattamento di favore*"⁵⁶, costituendo viceversa una coerente modalità di applicazione della disciplina a settori soggetti a vigilanza amministrativa per ragioni di interesse pubblico, che non esclude l'adozione da parte dell'autorità amministrativa competente di misure addirittura più severe, sulla base di una valutazione complessiva della situazione dell'intermediario coinvolto che trascende la sola dimensione cautelare o sanzionatoria.

Un aspetto ulteriormente problematico riguarda l'applicabilità della disciplina in questione alle banche estere, con o senza succursali nel territorio della Repubblica. Rinviamo in proposito a quanto osserveremo in seguito⁵⁷, ci si limita qui a condividere le considerazioni della giurisprudenza di legittimità (non relative al settore bancario) sull'irrilevanza delle eventuali "*difficoltà di applicazione di talune tipologie di sanzioni all'ente avente sede principale*

⁵⁴ E. GALANTI, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ex d.lgs. n. 231/2001 e vigilanza sulle imprese finanziarie: quale coordinamento?*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2003, 2, p. 236, osserva condivisibilmente che è assai poco probabile che l'attività diretta a commettere uno dei reati presupposto non rappresenti al contempo una violazione della disciplina di settore. Cfr. anche O. CAPOLINO, G. COSCIA, E. GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da E. PICOZZA ed E. GABRIELLI, vol. V, Padova, 2008, pp. 1007 e ss.

⁵⁵ Art. 60-bis TUF sulla responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato delle Sim, delle Sgr, delle Sicav e delle Sicaf e art. 266 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (codice delle assicurazioni private) sulla responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato delle imprese di assicurazione e riassicurazione.

⁵⁶ Cfr. invece, in tal senso, A. BERNASCONI, *Le deroghe alla disciplina processuale per banche, intermediari finanziari e assicurazioni*, in A. PRESUTTI e A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, pp. 417 e ss.

⁵⁷ Cfr. *infra* L. DROGHINI e G. NERI, *I gruppi bancari* (par. 4); E. CONSIGLIERE, *L'accertamento della responsabilità e le sanzioni: il ruolo dell'Autorità di vigilanza* (par. 6).

all'estero. Solo la ontologica incompatibilità tra la sanzione, considerata in astratto, e l'ente in parola potrebbe indurre riflessi di carattere sistematico. La concreta difficoltà di applicazione, per contro, si riverbera unicamente sulla adeguatezza della disciplina dell'esecuzione e dell'assistenza giudiziaria tra Stati"⁵⁸.

Le misure interdittive previste dal d.lgs. n. 231/2001 vanno, in conclusione, "calate" nell'ordinamento di settore, che disciplina specifiche procedure per l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coattiva delle banche. E va notato che previsioni analoghe a quelle dell'art. 97-bis TUB impediscono di rivolgersi al tribunale per ottenere la nomina di un amministratore giudiziario nei casi di gravi irregolarità che possono arrecare danni alla società ai sensi dell'art. 2409 cod. civ, introducendo una competenza sostitutiva della Banca d'Italia⁵⁹; o dispongono la comunicazione da parte dell'autorità giudiziaria all'autorità di vigilanza e alla UIF delle notizie riguardanti i reati di riciclaggio compiuti attraverso soggetti vigilati, "per gli atti di loro spettanza"⁶⁰; o ancora prevedono che, nei procedimenti di prevenzione disciplinati dal codice delle leggi antimafia, il pubblico ministero informi la Banca d'Italia per l'adozione dei provvedimenti di gestione delle crisi se il procedimento riguarda beni appartenenti ad una banca⁶¹. Solo per il caso di nomina di un amministratore giudiziario ai sensi dell'art. 34 del codice delle leggi antimafia non è esplicitamente previsto un raccordo con la disciplina di settore⁶².

Non si tratta, dunque, di deroghe isolate alla disciplina comune: basti pensare alla gestione delle crisi bancarie nel suo complesso, attraverso procedure (di liquidazione coattiva o di risoluzione), affidate ad autorità amministrative, che incidono autoritativamente non solo sul destino dell'ente ma sui diritti di

⁵⁸ Cass., sez. IV pen., 6 settembre 2021, n. 32899, *Trenitalia* e altri.

⁵⁹ Art. 70, comma 7, TUB.

⁶⁰ Art. 9, comma 7 del d.lgs. n. 231/2007, di attuazione delle direttive concernenti la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

⁶¹ Art. 63, comma 3 del d.lgs. n. 159/2011, codice delle leggi antimafia.

⁶² Nonostante la previsione (art. 63, comma 3), un po' nascosta in un articolo del codice antimafia rubricato *Dichiarazione di fallimento successiva al sequestro*, secondo cui il PM "segnala alla Banca d'Italia la sussistenza del procedimento di prevenzione su beni appartenenti ad istituti bancari o creditizi ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui al Titolo IV" del TUB, l'art. 65 del codice prevede che l'amministrazione giudiziale cessi soltanto in caso di fallimento o liquidazione coattiva dell'ente, facendo immaginare che, per le banche, amministrazione giudiziaria e amministrazione straordinaria ai sensi del TUB possano coesistere. Tuttavia, considerato che il provvedimento di nomina può attribuire all'amministratore giudiziario ampi poteri e prevedere la sospensione degli amministratori in carica, occorre di volta in volta assicurare un adeguato coordinamento dei compiti assegnati agli amministratori giudiziari e ai commissari straordinari, affinché i commissari straordinari possano gestire la banca e al tempo stesso gli amministratori giudiziari possano svolgere i compiti specifici assegnati loro dall'autorità giudiziaria. Peraltro, al di là del coordinamento operativo sempre realizzabile, in un'ottica di collaborazione istituzionale, rispetto alle inevitabili aree di sovrapposizione (come ad esempio nell'analisi dei rapporti bancari o delle condotte di esponenti della banca), occorrerebbe anche un migliore coordinamento normativo.

azionisti e creditori⁶³, nonché alla stessa *governance* delle banche, rispetto alla quale la disciplina di settore impone, per fini di sana e prudente gestione, regole estremamente dettagliate sui requisiti e la composizione degli organi sociali, sulle loro attività, responsabilità e remunerazioni. Per la quantità e qualità degli interventi normativi riguardanti il settore, le banche sono dunque certamente definibili come società “di diritto speciale”⁶⁴; e la specialità della loro disciplina è dovuta a motivazioni che – per inciso – evocano anche la risalente definizione delle attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito come “*funzioni di interesse pubblico*”⁶⁵.

Con questa chiave di lettura è opportuno affrontare anche il tema dell’applicabilità alle imprese bancarie della disciplina sulla responsabilità da reato degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001.

⁶³ La specialità delle procedure di gestione delle crisi bancarie ha toccato il culmine con la disciplina europea sul risanamento e la risoluzione (BRRD). Cfr. L. DONATO, *La specialità della società bancaria ai tempi della Banking Union*, in *Rivista di diritto dell’impresa*, 2017, 1, pp. 125 e ss.

⁶⁴ R. COSTI e F. VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia*, Roma, 2008, spec. p. 7 e p. 19; L. DONATO e D.D. ABATE, *Banking Governance and the EU Supervision*, in *Reshaping commercial banking in Italy: new challenges from lending to governance*, a cura di G. BRACCHI e D. MASCIANDARO, *19th Report on the Italian Financial System* della Fondazione Rosselli, Roma, 2014, pp. 290 e ss.

⁶⁵ Cfr. l’art. 1 della legge bancaria del 1936, r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375.

I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E DI GESTIONE: PROFILI GENERALI E REALTÀ APPLICATIVA

*Enrica Consigliere e Giordana Neri**

1. Il d.lgs. n. 231/2001 come parte integrante del sistema dei controlli interni delle banche – 2. I modelli di organizzazione e di gestione delle banche. Profili generali – 3. La mappatura dei rischi e le procedure interne finalizzate a prevenire il compimento dei reati – 3.1 Indicazioni dell'Associazione Bancaria Italiana – 3.2 Posizioni della giurisprudenza – 3.3 La realtà applicativa. I MOG adottati dalle banche

* Il contributo è frutto di una riflessione comune. Sono comunque da attribuire a E. Consigliere i par. 1 e 3 e a G. Neri il par. 2.

1. Il d.lgs. n. 231/2001 come parte integrante del sistema dei controlli interni delle banche

Il d.lgs. n. 231/2001 delinea un sistema volto al raggiungimento di un preciso obiettivo: la prevenzione di condotte suscettibili di integrare una o più ipotesi di reato fonte di responsabilità amministrativa dell'ente. Tale sistema convive – e deve quindi relazionarsi – con altri sistemi che del pari impongono, per varie finalità, obblighi di *compliance*. A titolo solo esemplificativo, si pensi al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro; al d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, in materia di antiriciclaggio; al regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio e al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in materia di trattamento e protezione dei dati personali. In prospettiva altri obblighi sono destinati ad aggiungersi, anche su spinta del legislatore europeo: vengono in rilievo, al riguardo, le recenti iniziative assunte sul tema dello sviluppo sostenibile¹.

Gli obblighi previsti dalle normative appena richiamate hanno ricadute sull'assetto organizzativo di tutte le imprese, quale che sia l'attività esercitata². Tuttavia, le imprese bancarie ricoprono una posizione peculiare. La normativa di settore già impone, infatti, la predisposizione di un sistema di controlli interni capillare ed articolato, volto ad assicurare che l'attività risulti improntata, tempo per tempo, al canone fondamentale della sana e prudente gestione (art. 5 TUB).

¹ Si vedano, in particolare: i) il regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*, SFDR), recante norme armonizzate in materia di informativa destinata agli investitori finali connessa alla sostenibilità ambientale, sociale e di *governance*; ii) la direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 (*Corporate Sustainability Reporting Directive*, CSRD), che ha effettuato la revisione degli obblighi di *disclosure* di informazioni di carattere non finanziario (informazioni ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva) di cui alla direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 (*Non-Financial Reporting Directive*, NFRD). In particolare la nuova Direttiva allarga il perimetro delle imprese soggette ai requisiti di dichiarazione non finanziaria a tutte le imprese quotate sui mercati regolamentati, con eccezione delle microimprese; introduce l'obbligo di fornire informazioni più dettagliate, da certificare da parte da soggetti esterni; richiede alle imprese di digitalizzare le informazioni in modo da renderle più fruibili. L'obiettivo di fondo è che le società operanti nel mercato interno contribuiscano allo sviluppo sostenibile e alla transizione economica e sociale verso la sostenibilità, attraverso l'adozione e l'implementazione di apposite "misure di diligenza" volte a prevenire o, comunque, sterilizzare gli impatti negativi, potenziali o effettivi, sui diritti umani e sull'ambiente connessi alle attività delle società stesse e alle catene del valore cui partecipano; iii) la proposta della Commissione del 23 febbraio 2022 di direttiva sulla *corporate sustainability due diligence*. Tale proposta presenta varie intersezioni con la disciplina del d.lgs. n. 231/2001: alle imprese verrebbe richiesto, ad esempio, di individuare i propri potenziali impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente nonché adottare di un piano operativo di prevenzione.

² C. PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2020, 5, p. 730; D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d. lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, 1, p. 126.

In particolare, secondo quanto si legge nella Circolare della Banca d'Italia n. 285/2013 (e s.m.i.), recante “*Disposizioni di vigilanza per le banche*”, il sistema dei controlli interni è costituito dall’insieme di regole, funzioni, strutture, risorse, processi e procedure volte ad assicurare, tra l’altro: l’efficacia e l’efficienza dei processi aziendali; l’affidabilità e la sicurezza delle informazioni e delle procedure informatiche in uso; il contenimento del rischio entro limiti predefiniti³; ma anche la “*conformità delle operazioni con la legge e la normativa di vigilanza*” e la “*prevenzione del rischio che la banca sia coinvolta, anche involontariamente, in attività illecite*”. In questa prospettiva, il sistema dei controlli interni “*favorisce la diffusione di una corretta cultura dei rischi, della legalità e dei valori aziendali*”⁴. Si tratta quindi di finalità analoghe a quelle sottese alla disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001.

Un sistema dei controlli interni completo e funzionale presuppone il corretto funzionamento del governo societario; l’adeguata formalizzazione dei processi decisionali, tale da consentire l’univoca individuazione di compiti e responsabilità e la prevenzione dei conflitti di interessi; un processo di gestione di tutti i rischi (di credito, di mercato, operativi, legali, ecc.) integrato, con adozione di metodi e strumenti di rilevazione e valutazione tra loro coerenti. Tutti aspetti, questi, che rilevano anche in ottica di prevenzione della responsabilità amministrativa da reato.

I soggetti coinvolti nel sistema dei controlli sono numerosi: agli organi sociali, sui quali incombe la responsabilità primaria per la gestione dei rischi, si aggiungono le funzioni aziendali di controllo: in particolare, le funzioni di controllo su rischi e conformità (controlli di secondo livello) e la funzione di revisione interna (controlli di terzo livello)⁵. Il quadro si completa poi con una funzione a vocazione tematica specifica, la funzione antiriciclaggio⁶, e con altre funzioni e figure alle quali l’ordinamento generale assegna, per diverse finalità, compiti di controllo: ad esempio, il dirigente preposto alla redazione

³ Tali limiti sono prestabiliti da ogni banca nel quadro di riferimento per la determinazione della propensione al rischio (*Risk Appetite Framework – RAF*).

⁴ BANCA D’ITALIA, *Circolare* n. 285 del 17 dicembre 2013 (34° aggiornamento), Parte I, Titolo IV, Cap. 3, Sez. I.

⁵ Le funzioni di controllo di secondo livello sono chiamate a verificare la corretta attuazione del processo di gestione dei rischi, il rispetto dei limiti operativi assegnati alle varie funzioni e la conformità dell’operatività aziendale alla normativa di riferimento; quelle di terzo livello sono deputate a individuare violazioni delle procedure e della regolamentazione e a valutare periodicamente completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità del sistema dei controlli interni e del sistema informativo. I controlli di primo livello (controlli di linea) sono invece diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni e sono rimessi alle strutture operative direttamente interessate.

⁶ D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, art. 16, comma 2, lett. b) e Provvedimento della Banca d’Italia del 26 marzo 2019, recante disposizioni in materia di organizzazione, procedure e controlli interni degli intermediari per i profili antiriciclaggio.

dei documenti contabili societari delle società quotate (art. 154-*bis* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, c.d. TUF) e l'organismo di vigilanza nominato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

In un sistema così intricato, il rischio è quello di possibili sovrapposizioni o, all'inverso, lacune nell'azione di controllo: ragion per cui le Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia sopra menzionate sottolineano a più riprese l'esigenza di coordinamento tra i diversi soggetti e le varie strutture⁷.

Come le regole di prevenzione *ex* d.lgs. n. 231/2001 si affianchino alle prescrizioni di settore, e come gli "standard 231" si inseriscano nella già articolata rete dei controlli interni delle banche è tematica complessa e poco esplorata. I paragrafi che seguono si propongono di svolgere alcune considerazioni al riguardo, dedicando specifica attenzione alle soluzioni adottate dalle banche nei rispettivi MOG.

2. I modelli di organizzazione e di gestione delle banche. Profili generali

I modelli di organizzazione gestione e controllo (MOG) previsti dal d.lgs. n. 231/2001 rappresentano la trasfusione della disciplina penal-preventiva contenuta nel decreto all'interno dell'organizzazione aziendale degli enti. I modelli, in quanto concepiti come insieme di regole sostanzialmente organizzative⁸, parametrizzate sulla specifica attività degli enti che li adottano, consentono a questi ultimi, tra l'altro, di mettere alla prova l'efficienza operativa dei processi aziendali interni. Non solo: attraverso la predisposizione di meccanismi di controllo e gestione delle procedure, sottoposti alla supervisione di un apposito organismo di vigilanza, le persone giuridiche suscettibili di incorrere nella responsabilità amministrativa di cui al d.lgs. 231 possono ridurre, se non estinguere, i margini di possibile sussistenza della responsabilità da reato.

⁷ A tal fine si richiede all'organo con funzione di supervisione strategica di approvare un documento, da diffondere a tutte le strutture interessate, nel quale sono chiaramente definiti compiti e responsabilità dei vari organi e funzioni di controllo, i flussi informativi tra i diversi organi e funzioni e tra questi e gli organi aziendali e, nel caso in cui gli ambiti di controllo presentino aree di potenziale sovrapposizione o permettano di sviluppare sinergie, le modalità di coordinamento e collaborazione. A titolo esemplificativo – si legge nelle Disposizioni di vigilanza – *“nell’attività dell’organismo di vigilanza, che attiene in generale all’adempimento di leggi e regolamenti, può essere proficuo uno stretto raccordo, in termini sia di suddivisione di attività che di condivisione di informazioni, con le funzioni di conformità alle norme e di revisione interna”* (BANCA D'ITALIA, Circolare n. 285/2013, Parte I, Titolo IV, Cap. 3, Sez. II).

⁸ C. MANCINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: l'esperienza dell'associazione bancaria italiana*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 1, p. 173, secondo cui l'ente deve dotarsi dei modelli *“per far sì che i reati di cui al decreto possano essere commessi solo attraverso un’elusione fraudolenta delle regole aziendali”*.

Come noto, infatti, ai sensi degli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001⁹, l'istituzione di un efficace modello di organizzazione, gestione e controllo può consentire all'ente di andare esente da responsabilità¹⁰. Per ottenere l'esonero dalla responsabilità, l'ente deve dare evidenza dell'adozione di modelli efficaci dal punto di vista della prevenzione delle condotte che rilevano ai sensi del d.lgs. 231¹¹. Nell'impianto normativo del decreto, invero, l'adozione del modello rappresenta una *"esimente specifica"*¹² dalla responsabilità amministrativa; la mancata adozione dello stesso non comporta alcuna sanzione per l'ente, *"ma espone, ovviamente, la società alla responsabilità nel caso di illeciti realizzati da amministratori e dipendenti nell'interesse o vantaggio della stessa"*¹³.

Per inquadrare correttamente la natura e la funzione del modello, si è ritenuto che esso possa costituire una *"condizione obiettiva di punibilità a carattere negativo"*, una scriminante speciale, o una condizione negativa di procedibilità nei confronti dell'ente¹⁴. A prescindere dall'individuazione della categoria di appartenenza, è indubbio che il modello rappresenti un'opportunità *"importante per costruire presidi più efficaci a tutela dei risultati anche*

⁹ Tali norme prevedono, rispettivamente, che qualora il reato sia stato posto in essere da soggetti che ricoprono ruoli apicali di cui all'art. 5, comma 1, lett. a), l'ente non risponda di responsabilità amministrativa ove riesca a provare che *"a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)"* (art. 6, comma 1, d.lgs. n. 231/2001). Il successivo art. 7 prevede, per le condotte commesse dai soggetti sottoposti all'altrui direzione, che l'ente sia ritenuto responsabile qualora *"la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. 2. In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi"*.

¹⁰ Ad avviso di R. LOTTINI, *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231 del 2001 (parte I)*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 10, p. 2256, l'adozione del modello *"prima della commissione del reato, qualora si verifichino le condizioni previste dagli artt. 6 e 7 [...] e si verifichi dunque una dissociazione tra ente collettivo e persona fisica autore del reato, porta a far sì che l'ente stesso vada esente da responsabilità e non subisca le sanzioni previste dal d.lg. n. 231 del 2001"*.

¹¹ Nelle *Linee guida per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche* dell'ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, Roma, 2004 (d'ora in avanti *Linee guida ABI*), si legge che il legislatore, prevedendo tale onere probatorio a carico dell'ente, avrebbe stabilito un'inversione dell'onere della prova per consentire all'ente di discoltarsi (p. 13).

¹² M. IPPOLITO, *Il Modello di organizzazione, gestione e controllo*, in A. ALBERICI, P. BARRUFFI, M. IPPOLITO, A. RITTATORE VONWILLER, G. VACIAGO, *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui al d. lgs. 231/2001, Profili metodologici e soluzioni operative*, Milano, 2008, p. 126.

¹³ Così, ancora, M. IPPOLITO, *ibidem*, p. 128.

¹⁴ Si vedano, in questo senso, G. LANCELOTTI e F. LANCELOTTI, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Uno scudo processuale per le società e gli enti*, Torino, 2011, i quali suggeriscono che il modello, in sé, non appartenga alle categorie conosciute del diritto penale, nonostante il potere esimente al medesimo riconosciuto (p. 16).

economici-finanziari”¹⁵, oltre che, ovviamente, un’opportunità per escludere, *ab origine*, la sussistenza della responsabilità amministrativa¹⁶.

L’adozione di un modello, inoltre, risulta opportuna poiché non solo possiede capacità esimenti se risalente alla fase antecedente alla commissione delle condotte¹⁷, ma reca notevoli benefici anche all’ente che la deliberi nel corso del procedimento eventualmente instaurato nei suoi confronti e finanche a seguito della sentenza¹⁸. Ciò anche se, com’è ovvio, spetta al giudice valutare l’effettiva idoneità del modello dell’ente incolpato a prevenire le condotte oggetto dello scrutinio giurisdizionale; a ciò si aggiungano tutte le difficoltà proprie di una valutazione *ex post*, che dovrà anche tener conto dell’insidiosità della condotta dell’autore del reato.

L’adozione del modello per l’ente rappresenta un onere; sicché anche gli intermediari bancari, notoriamente dotati di spiccata complessità operativa, possono decidere di non adottare un MOG ai sensi della normativa 231. In occasione della *survey* condotta dall’Istituto, invero, quattro banche hanno dichiarato di non aver adottato un modello in ragione dell’attività della banca, sovente rappresentata come scarsamente complessa¹⁹.

Nello specifico, una banca ha dichiarato di non aver adottato il MOG in virtù delle dimensioni contenute e dello specifico modello di *business*, mentre un’altra ha posto in evidenza, oltre agli aspetti dimensionali, la propria struttura di *governance* e le “*incertezze applicative*” del modello medesimo.

Un’ulteriore motivazione si legge nelle dichiarazioni di un altro ente creditizio privo di MOG: la banca ha specificato di aver provveduto a strutturare un sistema dei controlli interni suscettibile di permeare l’intera attività aziendale,

¹⁵ M.F. ARTUSI, A. CARETTI, S. CORNAGLIA, P. PROVVISIERO, *La costruzione del modello di organizzazione, gestione e controllo ex dlgs. 231/2001*, in P. VERNERO, M. BOIDI, R. FRASCINELLI (a cura di), *Modello organizzativo dlgs. 231 e organismo di vigilanza*, Collana Piero Piccatti e Aldo Milanese, Torino, 2019. Ad avviso degli autori, “la chiarezza dei ruoli e un giusto equilibrio fra standardizzazione e flessibilità nel funzionamento dei processi sono il primo requisito per un buon governo del rischio in ogni ambito” (p. 371).

¹⁶ G. TARTAGLIA POLCINI, *La responsabilità delle banche ex d.lgs. 231/2001 per il delitto di riciclaggio: l’obbligo di formazione professionale e i connessi moduli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 1, p. 76. L’autore nota infatti che “l’idoneità del Modello Organizzativo va valutata *ex ante*, verificando che l’ente abbia fatto il possibile per evitare che un reato della specie di quello realizzato potesse essere commesso”.

¹⁷ Cfr. C. PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, cit., p. 731.

¹⁸ Si vedano a tal proposito le citate *Linee guida* ABI, le quali rilevano che anche “un’adozione ‘tardiva’ che avvenga cioè dopo la commissione del reato” può consentire all’ente di ottenere la sospensione di una misura cautelare, la non irrogazione di sanzioni interdittive, la non applicazione della sanzione accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna o la riduzione dell’importo delle sanzioni pecuniarie. Non solo, l’adozione del modello intervenuta dopo la sentenza di condanna, se effettuata entro un certo termine, “può indurre il giudice a convertire la sanzione amministrativa interdittiva irrogata in sanzione pecuniaria” (p. 13).

¹⁹ A tal proposito, le *Linee guida* ABI prevedono che: “[è] opportuno che lo stesso consiglio di amministrazione, nel caso non ritenga di dotare la banca di un modello organizzativo e di gestione ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, ne dia adeguata motivazione” (p. 20).

tale da soddisfare anche le esigenze della disciplina penal-preventiva recata dal d.lgs. 231/2001.

Un'altra banca ha dichiarato che il 'rischio 231' è stato ritenuto complessivamente sotto controllo, in ragione del proprio limitato ambito di operatività, dell'impostazione organizzativa, della presenza di un articolato sistema dei controlli e delle norme di trasparenza interna che caratterizzano le decisioni aziendali.

Inoltre, in base a una ricognizione condotta da Iccrea sulle BCC del gruppo, nel gennaio 2022 alcune BCC del gruppo avevano dichiarato di non aver adottato un MOG²⁰. Nondimeno, la stessa capogruppo ha comunicato che è in corso di svolgimento da parte della funzione *compliance* della medesima un'iniziativa progettuale per la costruzione delle linee guida metodologiche utili alla definizione dei MOG per le banche del gruppo, affinché possano redigere, aggiornare e definire i propri modelli esistenti o in via di implementazione, coerentemente con i principi definiti dalla capogruppo in ossequio a quanto previsto dal contratto di coesione.

In ragione delle molteplici specificità che attengono alla concreta operatività degli enti del settore bancario e finanziario, i modelli devono avere un contenuto fortemente parametrato alla natura, alle dimensioni e alla portata dell'attività svolta. Il d.lgs. 231/2001, in verità, non detta disposizioni precise in merito alla redazione dei modelli²¹, ma consente di scegliere liberamente le regole che siano più adatte agli scopi di prevenzione perseguiti dalla normativa; il decreto si occupa esclusivamente di fissare un contenuto di massima²².

La predisposizione dei modelli deve essere realizzata a cura dei singoli enti, i quali devono avere riguardo all'enucleazione di misure concretamente idonee a costituire uno strumento di prevenzione²³ utile e credibile. L'ente deve strutturare il proprio modello osservando i requisiti di specificità e attualità, allo scopo di consentirne il pronto adeguamento anche a eventuali modifiche normative, a possibili cambiamenti nell'organizzazione dell'intermediario e a nuovi scenari

²⁰ Tra le BCC che non avevano ancora adottato un MOG, la maggioranza ha fatto presente che, rispetto alle proprie progettualità, l'adozione del modello non rivestiva carattere d'urgenza; altre banche hanno fornito risposte differenziate.

²¹ Si vedano le indicazioni di cui all'art. 6, comma 2, e all'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 231/2001.

²² In ossequio a quanto previsto nelle *Linee guida ABI*, p. 19, "*spetta a ciascuna banca, nell'esercizio della sua libertà organizzativa interna, valutare le modalità tecniche con cui procedere all'adozione di un modello organizzativo: a ciò consegue che le indicazioni qui proposte costituiscono meri suggerimenti cui la banca è libera di ispirarsi nella elaborazione dei propri modelli organizzativi ovvero nella funzionalizzazione di quelli esistenti ai principi del decreto*".

²³ Sul punto R. LOTTINI, *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231 del 2001 (parte I)*, cit., p. 2262, il quale individua il modello come documento di "*regole autoprodotte dall'ente che siano in grado di annullare o quantomeno ridurre il rischio di commissione del reato*" che deve essere "*efficacemente attuato, non deve cioè rimanere lettera morta ma essere seguito nello svolgimento della attività quotidiana dell'azienda*".

di rischio²⁴. A tal proposito occorre evidenziare che, tra i modelli esaminati, il ‘tasso di aggiornamento’ risulta piuttosto eterogeneo, ma la maggior parte degli intermediari ha aggiornato il proprio modello da ultimo nell’anno antecedente la conduzione della *survey* di cui si è detto²⁵.

Per quanto concerne i contenuti, come anticipato poco sopra, il d.lgs. n. 231/2001 offre solo delle indicazioni di massima²⁶; dalle disposizioni ivi contenute è possibile ricavare che ogni modello deve contenere una mappatura delle aree a rischio parametrata sull’attività svolta dall’ente, al fine di prevedere e realizzare i rispettivi meccanismi di prevenzione; un sistema efficiente di informazione che consenta di segnalare le eventuali violazioni del modello e delle regole aziendali ad un organismo deputato alla sorveglianza sul funzionamento del modello e dei presidi istituiti; un sistema disciplinare che preveda contromisure adeguate in caso di inosservanza delle norme del modello.

L’attività di mappatura, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, concerne la predisposizione di presidi e misure di controllo adeguati in relazione al concreto rischio che si verifichino le condotte di cui al decreto²⁷. Sostanzialmente, l’attività di mappatura consiste nell’analisi delle fattispecie di rischio e nell’individuazione delle aree operative sensibili, cosicché, sulla scorta delle risultanze dell’indagine, sia “*possibile valutare l’idoneità dei presidi esistenti ed assumere decisioni in ordine alla eventuale implementazione delle procedure di controllo*”²⁸.

²⁴ *Ibidem*, p. 2263. L’Autore ritiene che l’idoneità del modello debba essere valutata *ex ante* attraverso “il c.d. criterio della prognosi postuma, collocandosi idealmente nella realtà aziendale nel momento in cui si è verificato l’illecito per saggiare la congruenza del modello adottato rispetto al dato normativo”.

²⁵ Dall’osservazione dei modelli, invero, è emerso che 8 banche hanno aggiornato il proprio modello nel 2022; 109 banche hanno invece aggiornato il modello nell’anno 2021 e 44 banche nel 2020. Dall’analisi risulta inoltre che sono 7 i modelli aggiornati rispettivamente nel 2019 e nel 2018, 2 i modelli aggiornati rispettivamente nel 2017 e nel 2014, mentre un solo modello è stato aggiornato nel 2016, così come un solo modello riporta come data di ultimo aggiornamento l’anno 2013. Cinque banche, infine, non hanno specificato l’ultima data di aggiornamento del proprio modello. Il mancato aggiornamento indebolisce ovviamente l’efficacia del sistema.

²⁶ E. LAGHI, *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lgs. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali* (diretto da M. IRRERA), Bologna, 2016, p. 826, secondo cui “[i]n considerazione della rilevanza che assumono i modelli organizzativi nel contesto del d.lgs. 231/2001 (c.d. «Modello 231»), il legislatore ha inteso indicare espressamente gli indirizzi di fondo che gli enti devono adottare nella strutturazione di tali modelli [...]. Il legislatore ha peraltro lasciato all’autonomia degli enti la definizione, in concreto, del Modello 231 ritenuto più idoneo, precisando peraltro che esso può essere adottato sulla base di «codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti».

²⁷ G. TARTAGLIA POLCINI, *La responsabilità delle banche ex d.lgs. 231/2001 per il delitto di riciclaggio*, cit., p. 76. L’autore scrive che “[u]na visione realistica ed economica dell’azienda richiede che nella valutazione si tenga conto delle dimensioni, dell’organizzazione, della natura dell’attività svolta e della stessa storia dell’ente”.

²⁸ *Linee guida ABI*, p. 27, la quale rileva che, con riferimento all’attività bancaria, gli istituti possano “utilizzare l’esperienza maturata con riferimento al controllo ed alla prevenzione dei rischi, sia in relazione alle specifiche attività che ai ‘soggetti’ che le svolgono: si pensi, ad esempio, ai controlli sulle succursali estere”.

Il sistema di prevenzione deve essere poi completato dalla previsione di un organismo di vigilanza che, come si vedrà più approfonditamente *infra*, è “*deputato a vigilare sul funzionamento e l’osservanza delle regole, prima, e la creazione di un sistema disciplinare, poi*”²⁹.

Il sistema disciplinare previsto nel modello consente all’ente di sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello, secondo una specifica funzione preventiva³⁰, e può essere elaborato ed applicato a prescindere dalla rilevanza penale della condotta, proprio in ragione della sua funzione preventiva e di garanzia delle misure di controllo³¹.

I modelli spesso non si esauriscono nelle previsioni che vi sono contenute, ma operano un richiamo – in quanto “*parti integranti*” del modello medesimo – ad altri documenti aziendali che disciplinano un particolare aspetto o declinano regole di condotta. Nei modelli delle banche si osserva che il richiamo più frequente è operato ai codici etici (o di condotta o di comportamento)³². Questi ultimi, percepiti sovente quali “*manifesti della cultura aziendale*”³³, illustrano e disciplinano la filosofia aziendale con l’obiettivo di implementare e diffondere la *mission* operativa dell’intermediario anche presso gli *stakeholder*.

Per quanto concerne specificatamente l’attività bancaria e finanziaria, nei modelli delle banche (segnatamente, si dà evidenza di tale previsione nei modelli di circa 120 intermediari tra tutti quelli esaminati) si legge che il modello di organizzazione, gestione e controllo deve essere considerato nel più ampio quadro del sistema dei controlli interni. Questa enunciazione enfatizza il coordinamento tra le regole contenute nel MOG e quelle appartenenti al sistema complesso di norme interne che regola l’attività bancaria. A tal proposito, i modelli di diversi intermediari richiamano quanto previsto nelle Linee guida dell’Associazione Bancaria Italiana (ABI)³⁴, ove si legge che il sistema di *governance* e dei controlli interni predisposto dalle banche appare utilmente costruito anche ai fini della prevenzione delle fattispecie recate dal d.lgs. 231/2001.

²⁹ C. MANCINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: l’esperienza dell’associazione bancaria italiana*, cit., p. 176.

³⁰ *Linee guida ABI*, p. 24.

³¹ C. MANCINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: l’esperienza dell’associazione bancaria italiana*, cit., p. 180.

³² Questo rapporto di contenitore-contenuto, che accentua la differenza di quanto è previsto e regolato, rispettivamente, nel modello e nel codice etico, appare enfatizzato nelle riflessioni di C. MANCINI, *ibidem*, p. 174, secondo la quale “[i] Modelli Organizzativi [...] sono fonte di regole organizzative e di proceduralizzazione dell’agire societario a tutti i livelli; essi mirano, come detto, a far sì che gli apici ed i dipendenti di un’impresa si comportino in modo conforme alle regole, non in modo etico. Che poi l’agire in modo conforme ai principi aziendali ed alla legge possa essere ‘letto’ come un principio anche etico, questo è un altro discorso”.

³³ *Linee guida ABI*, p. 28.

³⁴ *Linee guida ABI*, p. 19, dove si sottolinea che “*le banche, in ragione della disciplina speciale primaria e regolamentare ad esse applicabile, sono società in cui la cultura del controllo è fortemente sviluppata*”.

In dottrina viene spesso riconosciuto il vantaggio di cui gli intermediari creditizi hanno potuto godere nell'adattarsi sistema di regole di cui al d.lgs. 231/2001, stante “*l’abitudine a lavorare per ‘procedure’ standardizzate o regole codificate, e ad imporle a chi si interfaccia con l’ente*”³⁵. Da questa prospettiva, i modelli di organizzazione e gestione, all’interno dell’articolato apparato di compliance aziendale degli intermediari bancari e finanziari, sarebbero maggiormente ‘funzionalizzati’ ai compiti dell’organismo di vigilanza e orientati alla promozione del rispetto delle procedure e dei controlli interni³⁶. Quest’ultimi, infatti, strutturati, in base alla normativa di vigilanza, per perseguire il fine della sana e prudente gestione, hanno consentito alle banche di dotarsi di *standard* organizzativi che risultano funzionali anche al soddisfacimento di quanto prescritto dalla normativa di prevenzione³⁷.

3. La mappatura dei rischi e le procedure interne finalizzate a prevenire il compimento dei reati

Il modello deve “*individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati*” (art. 6, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 231/2001). Tale individuazione presuppone la mappatura delle attività e delle funzioni aziendali, al fine di identificare e valutare i rischi associati. Si tratta di una valutazione da compiere in una specifica ‘ottica 231’: il rischio che viene in rilievo è la commissione di uno dei reati-presupposto indicati nel decreto. La finalità è quella di predisporre i presidi più opportuni: oltre a identificare le attività a rischio, il modello deve infatti “*prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire; [...] individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati*” (art. 6, comma 2, lett. b) e c) del d.lgs. n. 231/2001).

3.1 Indicazioni dell’Associazione Bancaria Italiana

Per le banche, l’ABI ha fornito alcune indicazioni sui contenuti dei modelli nelle Linee guida adottate nel 2004, già menzionate.

³⁵ E. LUNGARO, *Il Settore Bancario*, in L. LUPARÀ DONATI e G. VACIAGO (a cura di), *Compliance 231. Modelli organizzativi e OdV tra prassi applicative ed esperienze di settore*, Roma, 2020, p. 66.

³⁶ R. RAZZANTE, *I (controversi) compiti dell’OdV in materia antiriciclaggio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2021, 4, p. 26.

³⁷ *Linee guida ABI*, p. 15, ove si legge che “[a]ll’interno di ogni banca è pertanto operativo un insieme di regole, di procedure e di strutture organizzative che devono mirare ad assicurare il rispetto delle strategie aziendali ed il conseguimento della efficacia e dell’efficienza dei processi aziendali; la salvaguardia del valore delle attività e la protezione dalle perdite; l’affidabilità l’integrità delle informazioni contabili e gestionali; la conformità delle operazioni con la legge, con la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne”.

In particolare, l'associazione di categoria traccia la distinzione tra reati 'peculiari' e reati 'generali'³⁸. I primi derivano da condotte intimamente connesse, nella loro fisiologia, all'esercizio dell'attività bancaria³⁹. Tali possono considerarsi i reati afferenti alla gestione dei finanziamenti pubblici (indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di ente pubblico per il conseguimento di erogazioni pubbliche)⁴⁰, o i reati di falsità in monete, carte di pubblico credito e in valori di bollo⁴¹; ma anche reati la cui commissione richiede, solitamente, la disponibilità di somme, conti e canali bancari, e che sono quindi suscettibili di esporre l'operatore bancario a una responsabilità penale a titolo di concorso (con il conseguente riflesso della possibile responsabilità amministrativa dell'ente)⁴². A quest'ultimo riguardo, le Linee guida menzionano i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico⁴³ e i delitti contro la personalità individuale⁴⁴. Oggi, le medesime considerazioni possono estendersi a fattispecie introdotte nel catalogo del d.lgs. n. 231/2001 dopo il 2004 quali, ad esempio, i delitti di criminalità organizzata⁴⁵ o di riciclaggio o autoriciclaggio⁴⁶.

Diversamente, i reati 'generali' attengono a condotte che presentano una connessione solo 'occasionale' con l'attività bancaria; di conseguenza, non generano rischi diversi e ulteriori rispetto a quelli cui sono esposti altri operatori economici. Tali possono considerarsi i reati contro la Pubblica Amministrazione (concussione e corruzione, ai quali si è oggi aggiunta l'induzione indebita a dare o promettere utilità⁴⁷), la frode informatica in danno dello Stato o altri enti pubblici⁴⁸.

³⁸ Linee guida ABI, pp. 29 ss.

³⁹ I settori dell'attività bancaria in cui maggiormente si concentra il rischio di commissione dei reati peculiari sono la gestione di fondi pubblici; l'attività, prevalentemente 'di sportello', connessa alla messa in circolazione di valori; e, infine, l'attività di finanziamento in senso lato, intesa quale messa a disposizione di clienti di disponibilità finanziarie (Linee guida ABI, p. 28).

⁴⁰ Art. 24 del d.lgs. n. 231/2001.

⁴¹ Art. 25-bis del d.lgs. n. 231/2001. Tali reati si inquadrano tutti nel contesto della tutela della fede pubblica, cioè dell'"affidamento sociale nella genuinità ed integrità di alcuni specifici simboli, essenziale ai fini di un rapido e certo svolgimento del traffico economico" (Linee guida ABI, p. 31).

⁴² Di qui la classificazione come reati peculiari; secondo quanto si legge nelle Linee guida, infatti, "l'attività di finanziamento – quindi, una attività tipica della banca – [...] può costituire il 'veicolo' per un coinvolgimento della banca" (Linee guida ABI, p. 34, nota 29).

⁴³ Art. 25-quater del d.lgs. n. 231/2001. Il rischio viene ricostruito in questi termini: la banca, "per il tramite di propri operatori (che agiscano con finalità illecite o con la consapevolezza delle altrui finalità illecite), nella fisiologica attività di raccolta ed erogazione del credito, si potrebbe trovare ad instaurare rapporti con clienti che perseguono, direttamente o quali prestanome, finalità di terrorismo o eversione dell'ordine costituzionale, così da agevolarli mettendo a loro disposizione risorse finanziarie o comunque incrementandone le disponibilità economiche, che risultino poi strumentali nel perseguimento dei loro criminosi obiettivi" (Linee guida ABI, p. 32).

⁴⁴ Art. 25-quinquies del d.lgs. n. 231/2001. Secondo l'ABI, anche con riferimento a tale ipotesi di reato "la forma di concorso che presenta per gli apici o dipendenti della banca maggiori profili di rischio è quella connessa al finanziamento di soggetti che pongano in essere reati connessi alla tratta di persone o alla pedopornografia" (Linee guida ABI, p. 34).

⁴⁵ Art. 24-ter del d.lgs. n. 231/2001.

⁴⁶ Art. 25-octies del d.lgs. n. 231/2001.

⁴⁷ Art. 25 del d.lgs. n. 231/2001.

⁴⁸ Art. 24 del d.lgs. n. 231/2001.

e i reati societari⁴⁹; ma anche, allargando lo sguardo all'attuale catalogo, i delitti informatici e il trattamento illecito dei dati⁵⁰, gli abusi di mercato⁵¹ e i delitti commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro⁵².

La distinzione tra reati generali e peculiari delineata dall'ABI ha rilievo di carattere metodologico: si propone infatti di fornire alle banche una indicazione, sia pure di massima, sulle fattispecie di reato alle quali prestare specifica attenzione e sulle modalità di gestione del rischio associato. Come visto, il rischio di reati peculiari è legato ad attività tipiche, spesso *core*, dell'impresa bancaria: nell'impostazione dell'Associazione di categoria si rende quindi necessario predisporre appositi sistemi di prevenzione e controllo. Nel caso invece dei reati generali, l'esigenza di prevenzione si presenta analoga a quella avvertita da qualsiasi altra società (non bancaria). Si ritiene quindi sufficiente richiamare i *"principi di correttezza e probità nei comportamenti"* degli operatori e degli esponenti bancari e il rispetto di regole e criteri previsti da altre normative e per altre finalità⁵³; ferma, naturalmente, l'accortezza di concentrare l'attenzione su strutture o processi individuati come maggiormente esposti (ad esempio, per i reati contro la pubblica amministrazione, quelle a diretto contatto con le Pubbliche Amministrazioni centrali e locali).

In entrambi casi, comunque, il rischio può essere governato facendo leva sulle cautele già prescritte dalla normativa bancaria. A titolo solo esemplificativo, per i reati concernenti la gestione di fondi pubblici, i presidi 'chiave' individuati sono, in sintesi: la documentazione di tutti i momenti della procedura; la chiara definizione di compiti e responsabilità di strutture e soggetti coinvolti; la verifica puntuale delle singole fasi, sempre rimessa a soggetti diversi da quelli individuati come competenti per le fasi medesime⁵⁴.

⁴⁹ Art. 25-ter del d.lgs. n. 231/2001.

⁵⁰ Art. 24-bis del d.lgs. n. 231/2001.

⁵¹ Art. 25-sexies del d.lgs. n. 231/2001.

⁵² Art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001.

⁵³ *"In questo caso [...] la funzione del modello organizzativo non è solo di indicare una procedimentalizzazione che deve essere seguita nello svolgimento di certe operazioni [...], ma anche quella di costituire uno strumento di comunicazione verso l'interno (apici e sottoposti) e l'esterno (investitori, terzi, creditori, collaboratori esterni) della cultura e dell'etica aziendale"* (Linee guida ABI, p. 28).

⁵⁴ È importante che *"tutte le fasi della procedura di richiesta e/o erogazione del contributo siano documentate e verificabili, in modo da poter sempre ricostruire ex post le caratteristiche e le motivazioni dell'operazione [...]". L'operazione dovrà essere suddivisa in fasi: iniziativa-proposta; istruttoria su punti rilevanti, formazione del contenuto dell'operazione e dei suoi termini essenziali; motivata decisione; esecuzione. Le ultime due fasi dovranno essere precedute da un'attività di verifica – anch'essa documentata – della correttezza formale e sostanziale delle operazioni compiute. [...] È [...] opportuno che nessuno dei soggetti coinvolti nella procedura di erogazione goda di poteri illimitati e svincolati dalla verifica di altri soggetti deputati alla cura di fasi diverse dell'operazione oltre che degli organi preposti al controllo. [...] è necessario che i poteri e le responsabilità di ciascuno siano chiaramente definiti in procedure il cui contenuto dovrà essere pubblicizzato all'interno dell'organizzazione"* (Linee guida ABI, p. 30).

Ebbene, come evidenziato dalle stesse Linee guida, si tratta di presidi già richiesti dalla disciplina di settore, nelle previsioni concernenti il processo di gestione del credito⁵⁵.

Ancora, per i reati di finanziamento del terrorismo, l'ABI sottolinea come *“qualunque erogazione di fondi presupponga una approfondita conoscenza della clientela; ciò consente di valutare la coerenza e la compatibilità dell'operazione con il profilo del cliente”*. Non solo: nel caso in cui il cliente effettui con frequenza operazioni in nome o a favore di terzi o, al contrario, sia il beneficiario di operazioni apparentemente prive di una plausibile giustificazione, *“è necessario che l'anomalia sia immediatamente evidenziata e sottoposta all'attenzione dell'organo di controllo”*⁵⁶. Tutte cautele, queste, che costituiscono i cardini della disciplina antiriciclaggio: vengono in rilievo infatti il principio della conoscenza “esaustiva” del cliente (*‘know your customer’*) e l'obbligo di rilevare (e segnalare alle Autorità competenti) operazioni potenzialmente sospette.

Infine, con riferimento ai reati societari, la condotta tipica si estrinseca nella *“violazione di regole procedurali già tassativamente indicate dalle norme”*; il che rende *“difficile la proposizione di modalità di gestione del rischio che non risultino ripetitive di comportamenti già consolidati nella prassi bancaria ovvero derivanti dalla applicazione delle norme primarie e della regolamentazione di vigilanza vigenti”*⁵⁷.

In definitiva secondo l'ABI la normativa di settore, incentrata sull'esigenza di presidio e mitigazione del rischio, *“ha consentito alle banche di dotarsi di standard organizzativi ottimali, in linea con il principio di sana gestione, il quale costituisce [...]”* in senso lato *“ciò che il d.lgs. n.231/2001 intende affermare nell'ordinamento”*⁵⁸.

3.2 Posizioni della giurisprudenza

Anche la giurisprudenza ha affrontato la relazione tra le regole proprie del comparto bancario e i protocolli di prevenzione *ex* d.lgs. n. 231/2001. Diverse sentenze ammettono, più o meno implicitamente, la possibilità di fare riferimento, nella costruzione dei modelli, alle prescrizioni della normativa di settore; ma non mancano posizioni diverse.

⁵⁵ Linee guida ABI, p. 27, nota 25.

⁵⁶ Linee guida ABI, p. 33.

⁵⁷ Linee guida ABI, p. 37.

⁵⁸ Linee guida ABI, p. 15.

Nel primo senso si colloca una pronuncia del Tribunale di Milano (Giudice per l'Udienza Preliminare) del 2010 concernente Banca Italease⁵⁹, secondo la quale i contenuti del modello possono essere mutuati dalla normativa bancaria, primaria e secondaria, nonché dai codici di autodisciplina e dalle linee guida delle associazioni di categoria. Si tratta infatti di *“un ampio compendio di fonti [...] che indicano il contenuto delle misure di prevenzione”*. In tale prospettiva *“[...] è difficile individuare per le banche condotte tipiche che preludano o facilitino la commissione dei reati societari, poiché si tratta in molti casi di reati che costituiscono la violazione di regole procedurali già tassativamente indicate dalle norme [...]. Ciò rende ardua”* – qui la sentenza riprende testualmente le considerazioni svolte dall'ABI⁶⁰ – *“la proposizione di modalità di gestione del rischio che non risultino ripetitive di comportamenti già consolidati nella prassi bancaria ovvero derivanti dall'applicazione di norme primarie e dalla regolamentazione di vigilanza vigenti”*⁶¹. Per le banche, dunque, il dovere di

⁵⁹ Trib. Milano (sez. Uff. Indagini Prel.), 3 novembre 2010, n. 2328 (disponibile per estratto nella banca dati Onelegale). Nel caso di specie alla banca era stata contestata la responsabilità amministrativa derivante dai reati di false comunicazioni sociali, aggraviato informativo e ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza commessi, nel 2006, dagli allora amministratore delegato e direttore generale nell'ambito della gestione finanziaria in derivati. In particolare, la banca aveva chiesto l'autorizzazione della Banca d'Italia per negoziare per conto proprio strumenti finanziari derivati, facendo presente che si sarebbe trattato di strumenti con esclusive finalità di copertura dei rischi della clientela (segnatamente, rischi di fluttuazione degli interessi passivi relativi a finanziamenti). In realtà, a differenza di quanto rappresentato all'Autorità di vigilanza (e alla clientela), tali strumenti presentavano componenti 'esotiche' di elevata complessità, tali da renderli estremamente rischiosi e, pertanto, del tutto inadeguati alla predetta finalità di copertura. Sull'esito del procedimento e sui successivi gradi di giudizio, si rinvia alla nota 44.

⁶⁰ Linee Guida ABI, p. 37.

⁶¹ Le considerazioni riportate sono state svolte dal Tribunale in relazione alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 sollevata dalla difesa della banca. Secondo quest'ultima, il d.lgs. n. 231/2001 si limiterebbe a postulare l'adozione e l'efficace attuazione di MOG idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, *“senza tuttavia offrire indicazione alcuna in ordine al contenuto o al grado di specificità che siffatti modelli devono soddisfare”*. Vi sarebbe dunque un deficit di tassatività e, di conseguenza, un contrasto con le disposizioni costituzionali in materia penale (artt. 24, comma 1, 25, comma 2, e 27, commi 1 e 2, Cost.). L'eccezione non è stata condivisa dal Tribunale che, proprio sulla scorta delle argomentazioni richiamate nel testo, definisce *“fallace l'asserto secondo il quale il contenuto dei modelli organizzativi [...] sarebbe indeterminato”*; parimenti *“insussistente”*, sempre secondo quanto si legge nella pronuncia, *“il rischio [...] che il giudice retrospettivamente costruisca una regola cautelare non riconoscibile al momento del fatto”*.

auto-organizzazione dell'ente derivante dal d.lgs. n. 231/2001 si riempie dei contenuti già codificati dalla disciplina di settore⁶².

Nella stessa prospettiva sembra collocarsi anche un'altra successiva pronuncia del Tribunale di Milano relativa a due banche estere. In quanto enti di diritto straniero, dette banche erano prive di un modello *“costruito avendo come riferimento il D.lgs. n. 231/2001”*; ciò nonostante il giudice ha ritenuto *“possibile prendere in esame la struttura organizzativa e l'articolato iter procedimentale previsto per l'approvazione di operazioni importanti [...] per verificarne l'adeguatezza, in termini di efficacia nella valutazione, indipendenza della revisione dei rischi, coinvolgimento di tutte le funzioni di controllo indipendenti, condivisione collegiale delle decisioni finali”*⁶³. Sembra quindi ammettersi, sia pure con riguardo a una ipotesi peculiare e comunque in maniera implicita, che i presidi richiesti dalla normativa di settore possano, almeno in via

⁶² In linea con queste premesse il Tribunale ha stigmatizzato la carenza di presidi della banca – la quale non aveva adottato il MOG – richiamando le risultanze di accertamenti ispettivi condotti dalla Banca d'Italia. Questi ultimi avevano rilevato *“in modo inequivoco come l'assetto organizzativo [della banca, NdR] risultasse, in rapporto alle strategie perseguite e al tipo di operatività svolta, ampiamente lacunoso ed evidenziasse una palese inadeguatezza dei presidi a fronte dei rischi operativi assunti”*. È stata quindi esclusa l'elusione fraudolenta dei controlli interni: secondo il giudice, gli imputati avevano solamente *“approfittato a fini illeciti di una situazione dei presidi interni [...] connotata da diffusi elementi di opacità”* e *“assoluta inadeguatezza”*. La sentenza ha affermato la responsabilità amministrativa della banca, condannandola al pagamento di una sanzione pecuniaria e alla confisca del profitto conseguente alla consumazione dei reati di false comunicazioni sociali. La pronuncia è stata poi parzialmente riformata in secondo grado, con riduzione del valore monetario del profitto oggetto di confisca (Corte App. Milano, sez. II, 25 gennaio 2012, n. 488, reperibile nella banca dati Onelegale). La decisione dei giudici di appello è stata infine annullata senza rinvio, limitatamente alle parti concernenti la confisca, dalla Cassazione, che per il resto ha confermato la responsabilità amministrativa della banca (Cass., sez. V pen., 4 marzo 2014, n. 10265). In particolare il giudice di legittimità ha ritenuto che la Corte d'appello avesse confuso la nozione di profitto confiscabile, così come ricostruita dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654) con quella, diversa, di vantaggio economico (*“[n]on è [...] in dubbio che la scorretta rappresentazione del patrimonio”* – nel caso di specie, a mezzo del mancato accantonamento di quote di capitale proporzionate al rischio insorto in seguito all'operatività in derivati – *“possa procurare un vantaggio all'ente, ma se questo non si traduce in un immediato incremento dello stesso patrimonio [...] non è possibile configurare il conseguimento di alcun profitto assoggettabile alla misura ablativa prevista dal D.lgs. n. 231 del 2001, art. 19”*). Tra gli altri profili, la pronuncia ha esaminato anche la questione del criterio di imputazione soggettiva della responsabilità dell'ente rispetto ai reati societari. Nella formulazione antecedente alla legge 27 maggio 2015, n. 69, all'epoca vigente, l'art. 25-ter del d.lgs. n. 231/2001 prevedeva che responsabilità dell'ente solo in relazione ai reati societari commessi nell'interesse dell'ente stesso, senza fare menzione del criterio del vantaggio. La Cassazione ha tuttavia escluso una reale volontà legislativa di *“allontanamento dai criteri di imputazione generale”* della responsabilità dell'ente, valorizzando le affermazioni contenute nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 231/2001, secondo le quali la responsabilità per i reati societari è destinata a essere retta dai principi generali del decreto.

⁶³ Trib. Milano, sez. II, 12 maggio 2020, n. 13490, G.M., A.V., D.P., G.L.B., M.D.S., I.S.D., M.F., D.S., M.A.V., M.V., S.S., R.R., N.I.P., D.B.A.G. Nel caso di specie le banche estere coinvolte – Nomura International e Deutsche Bank AG – sono state riconosciute responsabili dell'illecito amministrativo derivante dai reati di false comunicazioni sociali e manipolazione del mercato commessi, nell'interesse e/o a vantaggio delle stesse, da propri dipendenti, in concorso con i dipendenti di una banca italiana (Banca MPS). In riforma della sentenza, il giudice d'appello ha assolto gli enti dagli illeciti amministrativi loro ascritti, per *“insussistenza dei reati presupposto”* (Corte App. Milano, sez. II, 29 settembre 2022, n. 3340).

potenziale, risultare sufficienti anche ai fini della prevenzione delle responsabilità amministrativa da reato.

La rilevanza delle regole di settore per le finalità del d.lgs. n. 231/2001 è stata successivamente evidenziata anche dalla Corte di Cassazione, in una pronuncia di febbraio 2022⁶⁴. Il giudizio riguardava una banca avente sede in uno Stato non appartenente all'Unione europea (di seguito 'extracomunitaria') che aveva esercitato attività bancaria in Italia in maniera abusiva, cioè in difetto della prescritta autorizzazione dell'Autorità di vigilanza, avvalendosi a tal fine di una banca italiana. In questo quadro, i vertici della banca extracomunitaria avevano posto in essere condotte di ostacolo alla funzione di vigilanza della Banca d'Italia (art. 2638 cod. civ.) per celare la reale natura dei rapporti con la banca italiana, al fine di continuare a operare in Italia in elusione della normativa nazionale e del sistema di vigilanza e controllo. Ebbene, la Cassazione ha confermato la responsabilità amministrativa della banca extracomunitaria per l'illecito dipendente dal reato (già affermata in primo e secondo grado⁶⁵): nonostante la formale adozione del modello, ha infatti ravvisato una carenza organizzativa particolarmente "*grave e accentuata*", consistente nell'eclatante difetto dell'autorizzazione necessaria all'esercizio dell'attività bancaria in Italia. Anche in questo caso, quindi, il giudice ha ritenuto che le misure di prevenzione ai fini del d.lgs. n. 231/2001 fossero rintracciabili già nelle prescrizioni della normativa di settore, a partire dalla regola cardine per cui l'esercizio dell'attività bancaria è coperto da riserva e richiede una apposita autorizzazione amministrativa.

Tuttavia, come anticipato, in alcune occasioni si sono registrate posizioni diverse. Ad esempio, nel 2020 il Tribunale di Milano ha affermato che, ai fini del d.lgs. n. 231/2001, non possano venire in rilievo i "*complessi sistemi di regole interne [...] difettando gli stessi delle puntuali previsioni contemplate dal decreto del 2001, in particolar modo in merito alla mappatura delle aree a rischio, alla predisposizione di specifici protocolli diretti alla prevenzione dei reati, agli indispensabili flussi informativi verso l'OdV nonché al sistema disciplinare*"⁶⁶. Questa pronuncia intende sottolineare la ricchezza dei contenuti dei MOG, i quali vanno ben oltre le cautele richieste agli intermediari bancari dalla disciplina propria del settore.

3.3 La realtà applicativa. I MOG adottati dalle banche

La dicotomia tra reati peculiari e reati generali delineata dall'Associazione di categoria⁶⁷ – seppure valida da un punto di vista teorico – non ha avuto eco

⁶⁴ Cass., sez. II pen., 9 febbraio 2022, n. 4583.

⁶⁵ Rispettivamente, Trib. Forlì, sez. pen., 2 luglio 2018, n. 503 e Corte App. Bologna, 30 settembre 2020, n. 4043.

⁶⁶ Trib. Milano, sez. II, 15 ottobre 2020, n. 10748, reperibile su www.giurisprudenzapenaleweb.com, 8 aprile 2021.

⁶⁷ Cfr. *supra* il par. 3.1, nonché le *Linee guida* ABI, cit.

significativa nei modelli di organizzazione e controllo adottati in concreto dalle banche: sono pochi i MOG che la riprendono o la richiamano puntualmente.

In effetti, la distinzione risente di una certa astrattezza. Si consideri, ad esempio, il reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza (art. 2638 cod. civ.). In quanto reato societario, nell'impostazione dell'ABI lo stesso rientrerebbe nel novero dei reati generali e non richiederebbe quindi, a rigore, la predisposizione di presidi ulteriori e diversi da quelli apprestati da una società non bancaria. In realtà, se è vero che la condotta tipica incriminata non è direttamente legata all'attività bancaria in senso stretto (intesa come raccolta del risparmio ed esercizio del credito), è però altrettanto vero che la stessa presuppone quella relazione qualificata tra intermediario vigilato e autorità di vigilanza sconosciuta a un operatore che non esercita attività soggetta a riserva; motivo per cui appare ragionevole considerarlo alla stregua di un reato peculiare. Non a caso, nei giudizi esaminati ai fini della presente analisi l'illecito amministrativo derivante da questo reato forma sempre oggetto di contestazione nei confronti dell'ente.

Ulteriore conferma del carattere relativo della classificazione proposta dall'associazione di categoria si ricava anche dalla giurisprudenza. Come evidenziato in una pronuncia del 2019 del Tribunale di Milano, i reati societari – in particolare, i delitti di false comunicazioni sociali e di manipolazione del mercato – *“riflettono forme di illegalità tipiche dell'attività finanziaria e quindi i rischi caratteristici in cui le banche d'affari possono incorrere”*⁶⁸.

Sotto altro profilo, i MOG adottati dalle banche confermano la connessione tra presidi di settore e cautele *ex d.lgs. n. 231/2001* evidenziata dall'ABI. Tutti i modelli annoverano, infatti, tra le regole di prevenzione della responsabilità amministrativa da reato gli strumenti e i presidi richiesti dalla normativa di vigilanza (ad esempio le metodologie, le procedure e le *policy* di gestione dei vari rischi).

In tale quadro, l'analisi condotta ai fini del presente lavoro ha registrato una notevole eterogeneità dei modelli delle banche, sia con riferimento alla mappatura delle attività e dei rischi sia con riguardo alla descrizione delle misure di prevenzione associate⁶⁹.

⁶⁸ Trib. Milano, sez. II, 8 novembre 2019, n. 13490, p. 1039.

⁶⁹ La parte del modello contenente la mappatura e le misure di prevenzione non è di norma pubblicata, diversamente dalla parte generale. Dal punto di vista formale, la mappatura forma sempre oggetto di trattazione dedicata, contenuta in una apposita sezione o capitolo o in uno specifico allegato del modello (talora denominato “Parte Speciale”). L'analisi dei rischi e dei presidi correlati può svolgersi in forma discorsiva o essere rappresentata in veste grafica di tabella. Alcuni modelli, specie di banche con operatività particolarmente complessa, si caratterizzano per l'elaborazione di una doppia mappatura: da un lato, una mappatura per esteso, in forma discorsiva, raccolta in un capitolo o in apposita parte speciale e, dall'altro, una mappatura realizzata attraverso una matrice riepilogativa.

Nei modelli degli intermediari *significant* la mappatura è di regola molto estremamente dettagliata, così come lo è la individuazione delle misure a presidio delle attività sensibili individuate⁷⁰. Viceversa, la mappatura dei modelli delle banche *less significant* risulta nella gran parte dei casi meno articolata.

La mappatura viene effettuata a volte per aree di attività (o funzioni aziendali), altre volte per “famiglie” di reato. Nel primo caso a ogni area (o funzione) vengono associati, sulla base delle attività svolte e dei processi in uso, le fattispecie criminose ritenute a maggior rischio di verifica, talvolta con una descrizione esemplificativa delle possibili modalità commissive. Nel secondo caso, l’operazione logica è inversa: descritta la condotta tipica del reato presupposto, la stessa viene ‘sussunta’ nelle varie attività e procedure aziendali e, quindi, attribuita alle strutture di riferimento.

A ogni modo, tutti i MOG si concentrano sulle fattispecie considerate più a rischio perché direttamente connesse all’attività bancaria – con uno sforzo di calibrare l’analisi sulle caratteristiche dell’operatività concreta⁷¹ – e su altre ipotesi di reato rilevanti per una impresa in forma societaria; tra queste, figura sempre l’ostacolo alle funzioni dell’Autorità di vigilanza, oggetto di particolare attenzione. Le altre fattispecie sono non di rado ritenute “a rischio trascurabile” e quindi tratteggiate in maniera molto rapida.

Come anticipato, nella maggior parte dei casi la selezione dei reati sensibili si discosta dalle indicazioni dell’associazione di categoria. Da un lato, le fattispecie considerate rilevanti includono spesso reati classificati dall’ABI come generali (quali reati contro la pubblica amministrazione e i reati societari)⁷². D’altro lato, vengono talora considerate apertamente eccentrici rispetto all’operatività aziendale ipotesi inquadrare dall’associazione di categoria tra i reati peculiari (ad esempio, i reati con finalità di terrorismo o eversione dell’ordinamento democratico, o i delitti contro la personalità individuale)⁷³.

⁷⁰ Si veda, ad esempio, il MOG di Banca Intesa Sanpaolo, consultabile su <https://group.intesasbanpaolo.com/it/governance/dlgs-231-2001>. Il modello identifica per ciascuna fattispecie di reato presupposto le aree aziendali “sensibili”; nell’ambito di ogni area individua poi le attività maggiormente permeabili al rischio della commissione di illeciti presupposto e quindi codifica – per ciascuna di queste – principi di comportamento e di controllo diversificati in relazione allo specifico rischio-reato che viene in rilievo.

⁷¹ Secondo la Corte d’appello di Venezia, “*un modello organizzativo adeguato [...] deve essere caratterizzato dall’adozione e dalla conseguente attuazione di contro-misure di ‘prevenzione’ idonee ed efficaci, contromisure che, per essere ritenute tali, non solo devono rispondere ai parametri astrattamente delineati ex artt. 6, 7 D.L.vo citato, ma devono poi essere adeguate alla concreta situazione di riferimento*” (Corte App. Venezia, sez. I pen., 4 gennaio 2023, n. 3348).

⁷² Si veda, ad esempio, il MOG della Banca di Credito Cooperativo di Carate Brianza consultabile su <https://www.bcccarate.it/sicurezza-e-norme/modello-231.html>, p. 39.

⁷³ Di conseguenza, non vengono predisposti presidi specifici. Significativo è, tra i vari, il modello di Banca Sistema consultabile su https://www.bancasistema.it/pdf/governance/it/20210617_Modello_Organizzativo_231.pdf.

Quanto alla prevenzione del rischio di reato⁷⁴, tutti modelli effettuano un richiamo alla normativa interna (linee guida, codici o protocolli), di frequente qualificata come parte integrante del modello stesso⁷⁵, e ai presidi già in essere (sistema dei controlli interni, procedure per il controllo dei processi di lavoro, adempimenti previsti dalla normativa antiriciclaggio). Questi concorrono quindi all’obiettivo di una consapevole gestione del rischio di commissione dei reati presupposto; non di rado viene menzionata la vigilanza costante dell’Autorità di settore, definita come prezioso strumento a presidio della

⁷⁴ La giurisprudenza non si è quasi mai addentrata nell’esame analitico delle previsioni dei modelli delle banche. Il più delle volte le motivazioni delle sentenze di condanna si limitano a rilevare, in maniera asciutta, la mancata prova, da parte dell’ente, in ordine all’idoneità del modello organizzativo adottato. Tuttavia, non sono mancate eccezioni. Ad esempio, il Tribunale di Vicenza ha recentemente analizzato il modello adottato da una banca coinvolta in un giudizio penale ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 per agiotaggio e ostacolo all’esercizio delle funzioni di vigilanza. Le condotte contestate consistevano, tra l’altro, nella ripetuta concessione alla clientela di finanziamenti finalizzati a consentire l’acquisto di azioni della stessa banca, finanziamenti che tuttavia non venivano correttamente contabilizzati né considerati in sede di valutazione del sovrapprezzo delle azioni; con l’effetto di alterare sensibilmente il valore di mercato dei titoli e, da ultimo, ingenerare un significativo affidamento del pubblico nella stabilità dell’intermediario. La prassi appena descritta era stata occultata alle Autorità di vigilanza (Banca d’Italia e Consob); del pari taciuta anche l’assunzione, da parte della banca, dell’impegno a riacquistare le azioni o a garantire un determinato rendimento. All’esito del procedimento penale il Tribunale ha ritenuto che il modello adottato dall’intermediario “evidenziasse una palese inadeguatezza dei presidi a fronte dei rischi operativi assunti”: carente era infatti risultata la “procedimentalizzazione delle attività di acquisto” delle azioni proprie e quindi la predisposizione di correlati sistemi di controllo. Il giudice ha poi ritenuto che il modello non fosse mai stato “(volutamente) implementato” dalla banca in ordine all’attività di acquisto e vendita di azioni. Al riguardo, sono state ritenute emblematiche le seguenti circostanze: “è assente l’indicazione di modalità operative per garantire la tracciabilità dei finanziamenti per acquisti azioni proprie; non è prevista alcuna procedura generalizzata per garantire la corretta registrazione dell’accadimento gestionale – concessione finanziamento correlato – in modo da dare evidenza del collegamento tra affidamento e acquisto/sottoscrizione di azioni; manca la predisposizione di un sistema per rilevare le criticità attraverso la definizione di appositi indicatori sulla base delle tipologie di rischio”. La motivazione della sentenza prosegue illustrando ulteriori mancanze rinvenute nell’analisi del modello: “a fronte della natura comunicativa del reato di agiotaggio, nulla viene previsto sul fronte delle comunicazioni (ad esempio sull’iter di predisposizione, verifica e condivisione dei comunicati, raccolta dei dati e loro validazione) mentre, con riferimento al reato di ostacolo alla vigilanza, il modello – incentrato più che altro sull’antiriciclaggio – non regolamenta in alcun modo gli aspetti afferenti il patrimonio di vigilanza” (Trib. Vicenza, 17 giugno 2021, n. 348, G.E., M.P., P.M., P.A., Z.G., Z.G., BPV, reperibile nella banca dati *Onelegale* e in <https://www.giurisprudenzapenale.com/>, pp. 795 e 796). Queste conclusioni sono state confermate anche in secondo grado: la Corte di Appello di Venezia ha infatti stigmatizzato, con riferimento al rischio di commissione dei delitti di agiotaggio e ostacolo alla vigilanza, “l’assenza” – nel modello – “di previsioni puntuali riferibili [...] a profili essenziali dell’operatività della banca [...] in relazione al pericolo di commissione dei suddetti delitti” (Corte App. Venezia, sent. n. 3348/2023).

⁷⁵ In altri casi, invece, il MOG dichiara che le proprie regole sono da inquadrare nella più ampia cornice del sistema dei controlli interni della banca. In ogni caso, i due apparati sono sempre rappresentati come sistemi concentrici.

prevenzione di comportamenti illeciti⁷⁶. I presidi già adottati vengono spesso affinati e “arricchiti” con strumenti ulteriori: ad esempio, l’enucleazione di principi (o divieti) e momenti di controllo specifici, definiti sulla base delle disposizioni penali; la prescritta segnalazione all’OdV di qualsiasi comportamento difforme rispetto alle previsioni del modello e alla normativa interna da parte del personale che ne abbia notizia; o, ancora, la previsione di flussi informativi verso l’OdV sulle attività contrassegnate come ‘a rischio’; o l’assegnazione, allo stesso, di compiti quali lo svolgimento di verifiche a cadenza periodica o il monitoraggio dell’efficacia delle procedure interne⁷⁷. Viceversa, per i reati a basso rischio di commissione – percepiti come più lontani dall’operatività aziendale – i principi di *corporate governance* e le ordinarie attività di monitoraggio e di controllo vengono di regola considerati, già di per sé, un efficace sistema di prevenzione⁷⁸.

In definitiva, l’analisi conferma come i modelli delle banche abbiano presente – e cerchino di realizzare – l’esigenza di coordinare i presidi aziendali di gestione e controllo con le regole di prevenzione sottese al d.lgs. n. 231/2001, il più delle volte innestando le seconde sui primi, in ottica di affinamento e integrazione reciproca.

La proliferazione degli obblighi di *compliance* in svariati settori, in uno con il progressivo ampliamento delle ipotesi di reati-presupposto, rende difatti sempre più necessario intercettare le connessioni tra i plessi normativi e i fenomeni e razionalizzare i presidi esistenti. Il fine è di valorizzare al massimo le sinergie tra i vari apparati di regole per pervenire a una gestione olistica dei rischi aziendali, nella difficile ricerca di un *trade off* ottimale tra le ragioni della

⁷⁶ Si vedano, tra gli altri, il MOG di Banca Intesa Sanpaolo, già menzionato; il MOG di Banca 5, consultabile su https://www.banca5.com/sites/default/files/chi%20siamo/Corporate%20e%20Governance/Banca%205_Modello%20231_2020_.pdf, p. 10) e il Documento descrittivo del MOG di Cassa Centrale Banca - Credito Cooperativo Italiano, disponibile su https://www.cassacentrale.it/sites/default/files/documents_attachments/Modello%20di%20Organizzazione%20Gestione%20e%20Controllo%20di%20Cassa%20Centrale%20Parte%20Generale.pdf, p. 19.

⁷⁷ Cfr. al riguardo, tra altri, il documento descrittivo del modello pubblicato da Solution Bank, consultabile su <https://solution.bank/wp-content/uploads/2019/09/Solution-Bank-S.p.A.-Modello-231.pdf> e il modello adottato da Banca Sistema, già menzionato.

⁷⁸ Si veda, ad esempio, il MOG di Banca Profilo, consultabile su <https://www.bancaprofilo.it/allegati/ModellodiOrganizzazioneGestioneControlloFeb2022.pdf>, p. 23); sul punto, è interessante anche il modello di Banca Sistema, già menzionato, che, per le fattispecie considerate a rilevanza contenuta, si limita a richiamare le norme comportamentali contenute nella Parte Generale e nel Codice Etico della banca (p. 41). Nei MOG di due BCC del Gruppo ICCREA – tra cui anche la Banca di Credito Cooperativo di Carate Brianza, già citata – si legge che “[t]ali regole [i.e. i controlli destinati a presidiare il rischio di commissione dei reati], nella loro generalità, risultano già da tempo adottate dalla Banca, essendo presenti nella regolamentazione interna, e sono oggetto, laddove necessario, di interventi d’implementazione”.

prevenzione e i costi del controllo⁷⁹. In conclusione, l'esigenza di un approccio integrato al sistema di gestione dei rischi, sempre più avvertita, può considerarsi oggi una delle principali sfide per le imprese chiamate a confrontarsi (anche) con la disciplina disegnata dal d.lgs. n. 231/2001⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, in collaborazione con ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE e CONFINDUSTRIA, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2019, consultabile su https://commercialisti.it/documents/20182/0/Allegato_-_Informativa_n._13-2019.pdf/4f633799-7320-428d-9565-244f5302bacd, p. 35, dove si evidenzia come “[a]nche la lettura della Giurisprudenza sostiene una visione di ‘Modello 231 integrato’” che “non si aggiunge in maniera aprioristica e irrazionale a tutte le altre strutture di conformità e controllo esistenti, ma, ove possibile, realizza una sinergica sovrapposizione e coincidenza con le procedure e i protocolli già adottati nell'ambito del complessivo Sistema di Controllo aziendale, garantendo inoltre una continuità d'azione”.

⁸⁰ Il tema della *compliance integrata* è valorizzato nelle Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 della Confindustria, di giugno 2021, dove si afferma che “il passaggio ad una *compliance integrata* potrebbe permettere [...] agli Enti di: razionalizzare le attività (in termini di risorse, persone, sistemi, ecc.); migliorare l'efficacia ed efficienza delle attività di compliance; facilitare la condivisione delle informazioni attraverso una visione integrata delle diverse esigenze di compliance, anche attraverso l'esecuzione di risk assessment congiunti, e la manutenzione periodica dei programmi di compliance” (p. 42). In dottrina sul tema, v. A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI e P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, Torino, 2021, p. 284; M. TRIPODI e F. LORÈ, *Girando attorno alla compliance. Verso un approccio integrato dei sistemi di gestione?*, in A. ORLANDI, R. TORINO, E. TRIPODI (a cura di) *Compliance*, Milano, 2022, pp. 3 ss.

L'ORGANISMO DI VIGILANZA

*Leonardo Droghini ed Enrica Consigliere**

*1. Profili generali e composizione dell'organismo di vigilanza nelle banche
– 2. La configurazione dell'organismo di vigilanza nella prassi – 3. I flussi
informativi da e verso l'organismo di vigilanza. In particolare, il whistleblowing*

* Il contributo è frutto di una riflessione comune. Sono comunque da attribuire a L. Droghini i paragrafi 1 e 2, a E. Consigliere il paragrafo 3.

1. Profili generali e composizione dell'organismo di vigilanza nelle banche

La costituzione di un organismo responsabile di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento è, per il d.lgs. n. 231/2001, condizione essenziale affinché l'ente possa andare esente da responsabilità. L'intero "sistema 231" poggia infatti sulla implementazione di modelli idonei alla prevenzione dei reati-presupposto (MOG) e sulla figura dell'organismo di vigilanza (OdV), chiamato a verificare in maniera costante l'effettiva attuazione e l'efficacia in concreto dei MOG rispetto alle finalità preventive sottese alla disciplina. Nonostante la sua centralità, il Decreto dedica tuttavia solo alcune scarse disposizioni alla figura dell'OdV, lasciando aperte varie questioni¹. Due profili, in particolare, hanno attirato l'attenzione degli interpreti: il perimetro dei compiti e dei poteri dell'OdV e la sua composizione.

Il dibattito attorno alla funzione e ai poteri dell'OdV si è acceso in seguito alla nota decisione della Cassazione nel caso "Impregilo"², che sembrava prefigurare in capo all'OdV compiti di controllo diretto sugli atti di gestione in un'ottica impeditiva dell'evento-reato. La vicenda è giunta recentemente al suo epilogo con una nuova pronuncia della Suprema Corte la quale, rivedendo la propria posizione, ha stabilito che non grava sull'OdV un obbligo di preventivo controllo sugli atti degli apicali, dato che, se così fosse, finirebbe per ingerirsi, di fatto, nella gestione di quest'ultima, esorbitando dai poteri riconosciutigli dall'art. 6 del d.lgs. 231/2001³.

Il Decreto, difatti, affida all'OdV compiti di controllo sistemico sulla funzionalità e attualità delle regole cautelari predisposte nel MOG e sul rispetto di esse, il che si traduce in poteri d'indagine e di impulso funzionali al miglioramento del Modello, essendo viceversa privo di compiti operativi e poteri d'intervento o impeditivi sull'operatore dell'organo gestorio e degli apicali⁴.

¹ Sottolineano la laconicità normativa sulla figura dell'OdV, N. ABRIANI e F. GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 3, p. 192; V. MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze, evolutive e implicazioni penalistiche*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, n. 4, p. 87.

² Cass., sez. V pen., 30 gennaio 2014, n. 4677. La sentenza è stata commentata in senso prevalentemente critico: v. M. MONTESANO, *Il caso Impregilo: la Cassazione definisce delle regole più rigorose in relazione all'accertamento della efficacia dei modelli organizzativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2014, 2, p. 249; A. BERNASCONI, «Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi in *Diritto penale e processo*, 2014, 12, p. 1429; C.E. PALIERO, *L'imputazione della responsabilità all'ente per il fatto-reato dei soggetti apicali: il punto di vista della Cassazione - Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?*, in *Le Società*, 2014, 4, p. 469.

³ Cass., sez. VI pen., 15 giugno 2022, n. 23401. Le precisazioni della Suprema Corte sono state accolte con favore. V.C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, in *Sistema Penale*, 27 giugno 2022; C. SANTORIELLO, *Il caso Impregilo si chiude con importanti precisazioni della Cassazione in tema di ruolo dell'OdV e significato della formula "elusione fraudolenta"*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2022, 3, p. 9.

⁴ Cfr. A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza 231 nella società di capitali*, Torino, 2020, pp. 109 e ss.

Passando invece alla questione, qui di maggiore interesse, della composizione dell'OdV, il legislatore come noto è intervenuto con la l. n. 183/2011 (art. 14, comma 12), chiarendo, in controtendenza con la prevalente dottrina che fino a quel punto si era occupata del tema⁵, che nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni di OdV.

La disposizione è stata accolta per lo più in senso critico, sottolineandosi le contraddizioni e i rischi⁶ insiti nella coincidenza tra OdV e organo di controllo, specie nei sistemi di amministrazione dualistico e monistico, dove i rispettivi organi di controllo svolgono attività di natura mista, di amministrazione e controllo, con ingerenza nelle scelte gestorie⁷. Si è perciò avvertito che l'assegnazione delle funzioni di OdV all'organo di controllo, benché ammessa dal legislatore, non possa di per sé essere considerata sempre adeguata, dovendosi comunque verificare caso per caso se l'organo di controllo rispetti alcuni requisiti elaborati da dottrina e giurisprudenza, quali l'autonomia e l'indipendenza, la professionalità e la continuità di azione, nonché sia dotato di poteri idonei all'esercizio della funzione.

Nel settore bancario l'Autorità di vigilanza ha invece sviluppato la possibilità offerta in sede legislativa, prevedendo, di regola, l'accorpamento tra organo con funzioni di controllo e OdV.

Le prime indicazioni sul tema per le banche risalgono alle Linee Guida del 2004 dell'ABI, predisposte sulla base dell'art. 6, comma 3 del d.lgs. n. 231/2001, nelle quali si suggeriva di valutare, ponderando costi e benefici, l'opportunità di creare una funzione *ad hoc*, ovvero utilizzare un organismo o una funzione già esistente avendo cura di evitare sovrapposizioni di compiti, e pur sempre nel rispetto dei requisiti di autonomia e indipendenza dell'OdV. L'ABI sconsigliava espressamente di attribuire le funzioni di OdV al collegio sindacale, ritenendo si trattasse di una soluzione non coerente con la configurazione e le funzioni che il d.lgs. n. 231/2001 attribuisce all'organismo. Le Linee Guida suggerivano

⁵ Cfr., *ex multis*, C. MANCINI, *L'esperienza bancaria: riflessioni in tema di composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, p. 419; D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d. lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, 1, pp. 126 ss.

⁶ I rischi maggiori derivano dalla coincidenza tra controllore e controllato, per alcuni reati societari, e dalla possibile mancanza di professionalità. Cfr. B. ASSUMA e M. LEI, *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, commentario diretto da M. LEVIS e A. PERINI, Bologna, 2021, p. 254.; M. CARDIA, *Legge di stabilità 2012 e d.lg. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, 1, pp. 123 ss.; *contra*, v. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Rivista delle società*, 2013, 1, p. 42, secondo il quale il legislatore, con la legge di stabilità del 2012, ha operato una condivisibile scelta di fiducia nei confronti della maturità e ragionevolezza dell'autonomia privata.

⁷ C. FRIGENI e C. PRESCIANI, *Artt. 5-6-7 - profili societari*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI e G. VARRASO (a cura di), *Compliance, Responsabilità da reato degli Enti collettivi*, Milano, 2019, pp. 257-258; R. RORDORF, *L'Organismo di vigilanza nel quadro del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le Società*, 2022, 1, p. 13.

piuttosto di creare una funzione *ad hoc*, costituita sia da professionalità interne alla banca che esterne ad essa, oppure di identificare l'OdV con la funzione di *internal audit* o, infine, di attribuire la funzione in parola ad un organismo composto da soli amministratori non esecutivi o indipendenti, secondo il modello del comitato di *audit*.

Le novità introdotte con la legge di stabilità del 2012 hanno poi indotto l'ABI a tornare sul tema, con la Circolare n. 1, serie legale, del 2012. Nel prendere atto del “nuovo” comma 4-*bis* dell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, l'ABI ha rivisto la propria posizione riconoscendo i possibili vantaggi connessi alla coincidenza tra OdV e organo di controllo, in termini di semplificazione nel reticolo del sistema dei controlli interni. Tuttavia, ha indicato al contempo alcune cautele che dovrebbero accompagnare tale scelta, tra cui l'opportunità di verificare che il collegio sindacale rispetti il requisito della professionalità e di distinguere da un punto di vista funzionale le attività svolte dal collegio sindacale in qualità di OdV da quelle svolte quale organo di controllo; ciò anche al fine di evitare che la posizione di garanzia dei sindaci (rilevante *ex. art. 40*, comma 2, c.p.) si possa estendere anche alle attività condotte nella veste di OdV.

Alle indicazioni dell'ABI hanno fatto seguito quelle della Banca d'Italia.

Il tema della composizione dell'OdV è affrontato nelle disposizioni di vigilanza per le banche, come emendate in occasione della revisione organica dell'intero impianto normativo in tema di controlli interni indotta dalla direttiva 2013/36/UE (c.d. *Capital Requirements Directive*, CRD IV)⁸. A fronte di diverse opzioni valutate in sede regolatoria e sottoposte a consultazione pubblica, le disposizioni di vigilanza si sono orientate prevedendo la coincidenza dell'OdV con l'organo di controllo⁹, salva la possibilità per le banche di scegliere diversamente dandone adeguata motivazione¹⁰.

Così, mentre la previsione generale si limita ad ammettere che le funzioni di OdV *possono* essere eventualmente svolte dall'organo con funzioni di controllo, nel settore bancario questa opzione diventa quella ordinaria, tanto che le banche che intendono adottare una soluzione diversa devono specificamente motivare la loro scelta.

⁸ La CRD IV (considerando 28 e artt. 74 e 88) richiede alle banche di dotarsi di processi efficaci per la gestione dei rischi e di adeguati sistemi di controllo interni, chiarendo che tali processi dovranno essere onnicomprensivi e proporzionati alla natura, dimensione e complessità delle attività svolte. Le indicazioni della CRD (come modificata dalla direttiva 2019/878/EU) sono precisate e sviluppate dall'ABE negli *Orientamenti sulla governance interna* (EBA/GL/2021/05).

⁹ La Banca d'Italia, nelle disposizioni di vigilanza successive alla riforma del diritto societario, ha privilegiato il riferimento alle funzioni degli organi sociali (di supervisione strategica, di gestione, di controllo), rendendo per quanto possibile neutra la disciplina di vigilanza prudenziale per tutte le banche, indipendentemente dal modello di *governance* adottato.

¹⁰ BANCA D'ITALIA, *Circolare* n. 263 del 27 dicembre 2006 (15° aggiornamento), Titolo V, Cap. 7. L'impostazione è stata poi confermata nelle disposizioni di vigilanza di cui alla *Circolare* n. 285 del 17 dicembre 2013 (34° aggiornamento), Parte I, Titolo IV, Cap. 3, Sez. II. Il testo sottoposto in consultazione, in maniera più rigida, permetteva di individuare l'OdV in un soggetto diverso dall'organo di controllo al ricorrere di “*particolari e motivate esigenze*”.

La relazione di analisi di impatto della disciplina secondaria (AIR)¹¹ spiega il *favor* nei confronti della coincidenza tra OdV e organo di controllo in ragione dell'accorciamento della catena dei controlli e delle sinergie informative che incrementano l'efficienza e l'efficacia del complessivo sistema dei controlli interni. Inoltre, l'opzione cristallizzata nelle disposizioni di vigilanza permette di valorizzare il ruolo dell'organo con funzione di controllo quale centrale presidio di legalità dell'attività sociale, preposto alla vigilanza sull'osservanza della normativa rilevante nonché sulla corretta amministrazione e sull'adequatezza degli assetti organizzativi degli intermediari.

Al riguardo, è utile ricordare che l'organo con funzioni di controllo nelle banche gioca un ruolo fondamentale nell'intero assetto del sistema dei controlli interni. Oltre a porsi in collegamento funzionale con l'Autorità di vigilanza, dovendo informare senza indugio quest'ultima di tutti i fatti o gli atti di cui viene a conoscenza che possano costituire una irregolarità¹², l'organo di controllo ha la responsabilità di vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni ed è chiamato ad accertare l'adequatezza di tutte le funzioni coinvolte nel sistema dei controlli, il corretto assolvimento dei compiti e l'adeguato coordinamento delle medesime, promuovendo gli interventi correttivi necessari. Per svolgere e indirizzare le proprie verifiche e compiere gli accertamenti necessari, si può avvalere delle strutture e delle funzioni di controllo interne all'azienda; riceve altresì dalle stesse funzioni interne flussi informativi periodici o relativi a specifiche situazioni o andamenti aziendali.

In questo quadro, l'attribuzione, di norma, delle funzioni di OdV all'organo di controllo nelle banche risponde com'è evidente a una finalità di semplificazione della struttura dei controlli interni alla luce dei numerosi ambiti di complementarità tra i compiti appena descritti e le attività dell'OdV, il quale deve essenzialmente vigilare sul funzionamento e l'osservanza di un preciso aspetto dell'assetto organizzativo: quello orientato alla prevenzione del rischio-reato. Al fine di garantire una maggiore efficienza operativa, in un'ottica di integrazione e coordinamento del sistema dei controlli, l'organo con funzione di controllo pare quindi essere – almeno in termini astratti – il soggetto più idoneo a ricoprire le funzioni di OdV nelle banche¹³.

Ciò detto, non si possono tuttavia ignorare alcune criticità e alcuni rischi che la scelta in questione implica. Difatti, sebbene la coincidenza tra OdV e organo di controllo sia una opzione prevista dallo stesso legislatore e fortemente suggerita dall'Autorità di vigilanza bancaria, ciò non significa che tale opzione valga di per

¹¹ La relazione è disponibile al seguente indirizzo: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2012/cons-031112/impatto.pdf>

¹² Art. 52 TUB.

¹³ Le banche orientate in questo senso dovranno comunque formalmente ed espressamente investire l'organo di controllo della funzione di OdV. Al riguardo, il Trib. Milano, sez. II, 11 febbraio 2016, n. 1499, ha precisato in un giudizio che vedeva coinvolta un istituto di credito che alla mancata nomina dell'organismo di vigilanza non può sopperire la semplice presenza del collegio sindacale, senza specifiche deleghe in relazione alla vigilanza sul funzionamento del MOG.

sé a garantire l'adeguatezza dell'OdV, dovendosi sempre valutare se, in concreto, la sovrapposizione di ruoli sia coerente con il dettato normativo.

La più incisiva e diffusa critica riguarda il conflitto di interessi che si verrebbe a determinare nelle ipotesi di commissione di alcuni dei reati societari previsti dall'art. 25-ter d.lgs. n. 231/2001, rispetto ai quali i componenti dell'organo di controllo ben possono essere soggetti attivi, anche a titolo di concorso¹⁴. In relazione a tali specifici reati, si potrebbe così verificare una coincidenza tra controllore e controllato che inficia in radice l'indipendenza di cui l'OdV deve godere¹⁵.

Altre, meno convincenti, perplessità riguardano poi i requisiti della continuità d'azione e della professionalità specificamente richieste all'OdV.

I compiti di supervisione sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli, nonché di costante aggiornamento degli stessi, richiedono l'assiduo svolgimento di un'attività di vigilanza consistente in controlli e ispezioni, da condurre in maniera programmata e senza soluzione di continuità. Al riguardo, si è affermato che il collegio sindacale sarebbe privo del requisito della continuità di azione, anche in considerazione del fatto che la frequenza stabilita dal codice civile per le riunioni dell'organo (90 giorni) non sarebbe idonea ad assicurare tale fondamentale requisito¹⁶. L'obiezione pare tuttavia superabile ove si consideri che il termine di 90 giorni di cui all'art. 2404 cod. civ. è l'intervallo massimo di tempo intercorrente tra le riunioni, essendo ben possibile prevedere che il collegio si riunisca con maggiore frequenza. Proprio sotto tale profilo, in base all'indagine effettuata, risulta che è prassi diffusa quella di disciplinare in un apposito regolamento o direttamente nel MOG gli aspetti principali relativi al funzionamento dell'OdV, anche e soprattutto quando questo coincide con l'organo di controllo, al fine di munirlo dei necessari poteri e garantire una operatività costante.

Ulteriore questione attiene alla professionalità. A tale proposito, si è osservato¹⁷ che i compiti propri dell'OdV presuppongono competenze specifiche in ambito giuridico e, segnatamente, in campo penale e societario; competenze che, nella generalità dei casi, non sarebbero proprie dei membri dei collegi sindacali. Ove riferito alle banche, il rilievo appare stemperato in considerazione delle previsioni, contenute nelle disposizioni di vigilanza¹⁸, per cui gli organi aziendali, ivi incluso

¹⁴ F. COLONNA e T. BONESCHI, *L'organismo di vigilanza nella recente normativa di Banca d'Italia*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2013, 1, p. 122; M. CARDIA, *Legge di stabilità 2012 e d.lgs. 231/2001*, cit., pp. 126-127.

¹⁵ A. PRESUTTI e A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2. ed., Milano, 2018, p. 161; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001) (parte I)*, in *Cassazione penale*, 2013, 1, p. 376, secondo il quale "si è al cospetto di un corto-circuito logico, prima ancora che giuridico! La possibile 'confusione' di controllore e controllato rende, dunque, disagevole restituire coerenza al sistema".

¹⁶ F. COLONNA e T. BONESCHI, *L'organismo di vigilanza nella recente normativa di Banca d'Italia*, cit., p. 123.

¹⁷ M. CARDIA, *Legge di stabilità 2012 e d.lg. 231/2001*, cit., p. 128.

¹⁸ BANCA D'ITALIA, *Circolare n. 285/2013*, Parte I, Titolo IV, Cap. 1, Sez. IV.

l'organo con funzione di controllo, devono essere composti da soggetti con competenze opportunatamente diversificate, in modo da consentire a ciascuno dei componenti di contribuire effettivamente, tra l'altro, a individuare e perseguire idonee strategie e ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca: e la diversificazione¹⁹ può indurre ad un grado di coinvolgimento più intenso di ciascun componente su materie o decisioni più affini e alle proprie caratteristiche, assicurando comunque le competenze necessarie.

Si pone infine il tema dei poteri di iniziativa e di controllo dell'OdV, necessari per assicurare una puntuale ed efficace vigilanza sul funzionamento e osservanza del modello organizzativo. Una recente sentenza del Tribunale di Vicenza²⁰ in un giudizio in cui era coinvolta una banca, ha ritenuto – argomentando in termini generali – che in considerazione della funzione e dei poteri che spettano all'OdV, *“i poteri dei sindaci devono essere integrati per garantire l'effettività dell'esercizio delle funzioni di vigilanza soprattutto a fronte di un organo (il collegio sindacale) che non ha poteri di vigilanza continua”*. Secondo questa lettura, l'integrazione dei poteri dell'organo di controllo sarebbe necessaria per consentire allo stesso di svolgere correttamente le funzioni di vigilanza di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/2001, trattandosi di compiti non assimilabili a quelli che competono al collegio sindacale in base alla disciplina civilistica²¹.

Non è del tutto chiaro, in base al citato indirizzo, come dovrebbero essere in concreto integrati i poteri dei sindaci. Il controllo dei sindaci sugli atti di gestione, sui processi e sulle procedure è in realtà piuttosto ampio e, per raggiungere tale risultato, la legge mette a loro disposizione un ventaglio di poteri ispettivi, di controllo e informativi. Nel momento in cui le funzioni di OdV sono affidate all'organo di controllo, detti poteri di cui esso dispone possono anche prestarsi, se previsto nel MOG o nell'eventuale regolamento sull'OdV, alla vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli organizzativi. Dal campione di MOG analizzati risulta peraltro frequentemente disciplinata la gamma dei poteri/doveri che spettano all'OdV nell'esercizio delle sue funzioni, anche qualora questo coincida con l'organo di controllo. Si precisa, ad esempio, che l'OdV ha

¹⁹ La CRD (art. 91) valorizza invece la diversità di competenze solo per l'organo di gestione, la cui composizione deve riflettere una gamma sufficientemente ampia di esperienze.

²⁰ Trib. Vicenza, sez. pen., 17 giugno 2021, n. 348, G.E., M.P., P.M., P.A., Z.G., Z.G., BPV, reperibile nella banca dati Onelegale e in <https://www.giurisprudenzapenale.com/>, p. 798. La sentenza peraltro censura anche la configurazione dell'OdV della banca antecedente all'attribuzione della funzione al collegio sindacale, ritenendo compromessa l'imparzialità di giudizio sia del responsabile dell'*internal audit* (che dipendeva gerarchicamente dal direttore generale e funzionalmente dal consiglio di amministrazione e dal collegio sindacale) sia dei due legali esterni (che percepivano compensi da società collegate alla banca) che componevano l'OdV: con il risultato che l'organismo *“era, dunque, composto da soggetti non esenti da ingerenza e condizionamento da parte dei componenti dell'Ente, in particolare degli organi di vertice”* (p. 797). L'inadeguatezza con riferimento all'effettiva indipendenza e ai poteri dell'OdV è stata confermata dalla pronuncia della Corte App. Venezia, sez. I, 4 gennaio 2023, n. 3348. I giudici di appello hanno in particolare censurato, in linea con la decisione di prime cure, il legame tra i componenti dell'OdV e i vertici aziendali, nonché l'assenza di programmazione nell'attività di verifica.

²¹ In questo senso, R. LOTTINI, *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231 del 2001 (parte I)*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 10, pp. 2255 e ss.

accesso senza limitazioni alle informazioni aziendali per le attività di indagine, analisi e controllo, e può richiedere informazione o dati, esaminare le procedure, i dati contabili o ogni altro dato o informazione ritenuti utili. In alcuni MOG è previsto talvolta altresì che l'OdV debba: elaborare un piano di verifiche volto ad accertare il funzionamento e la concreta implementazione del modello; verificare costantemente la necessità di aggiornamenti del modello nonché delle procedure di monitoraggio e di controllo interne; effettuare verifiche e ispezioni in merito a determinate operazioni o atti specifici realizzati nell'ambito dell'attività della banca che presentino possibili rischi rilevanti; effettuare, con il supporto delle funzioni aziendali di controllo, le indagini interne per l'accertamento di presunte violazioni delle prescrizioni del modello.

2. La configurazione dell'organismo di vigilanza nella prassi

Per evitare le obiezioni sopra descritte che la coincidenza tra OdV e organo di controllo può generare, le banche potrebbero ritenere preferibile attribuire le funzioni di OdV a un organismo *ad hoc* o a una funzione aziendale, quale la funzione di revisione interna (*internal audit*) o la funzione di conformità alle norme (*compliance*).

L'*internal audit* è una funzione aziendale di controllo di c.d. terzo livello presente in tutte le banche, che ha il compito di controllare, anche con verifiche di natura ispettiva, il regolare andamento dell'operatività e l'evoluzione dei rischi, nonché valutare la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità e l'affidabilità della struttura organizzativa e delle altre componenti del sistema dei controlli interni, portando all'attenzione degli organi aziendali i possibili miglioramenti. Le disposizioni di vigilanza garantiscono l'autonomia e l'indipendenza della funzione in esame, che non ha responsabilità diretta di aree operative ed è collocata a diretto riporto dell'organo con funzione di supervisione strategica (consiglio di amministrazione o consiglio di sorveglianza); caratteristiche, queste, che potrebbero consentire di attribuire a tale funzione il ruolo di OdV²².

Discorso in parte simile può valere per la funzione di *compliance*, che ha il compito di presidiare il rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni normative. Il rischio di non conformità alle norme si riferisce a tutta l'attività aziendale e le verifiche della rispettiva funzione – inquadrata tra quelle di secondo livello – si concretizzano nella individuazione di idonee procedure per la prevenzione del rischio rilevato e la proposta di modifiche organizzative e procedurali finalizzate ad assicurare un adeguato presidio dei rischi di non

²² Vedono con favore la possibilità di attribuire le funzioni di OdV all'*internal audit*, C. FRIGENI e C. PRESCIANI, *Artt. 5-6-7 - profili societari*, cit., p. 260; C. MANCINI, *L'esperienza bancaria*, cit., p. 420; A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza 231 nella società di capitali*, cit., p. 72. V. tuttavia Trib. Vicenza, sent. n. 348/2021, di cui alla nota 20.

conformità identificati²³. Com'è evidente, il rischio di incorrere in sanzioni derivanti dalla commissione di uno dei reati-presupposto è senz'altro riconducibile al concetto di rischio di non conformità: la collocazione "organizzativa" della funzione *compliance*, le sue caratteristiche di indipendenza, i poteri e gli strumenti di indagine di cui gode hanno non trascurabili punti di contatto con la figura dell'OdV, che potrebbero giustificare un loro accorpamento²⁴.

Tali possibili opzioni trovano, tuttavia, scarso riscontro nei MOG adottati dalle banche. Dall'analisi effettuata emerge che nessuna banca ha attribuito le funzioni di OdV alla funzione di conformità alle norme, mentre solo in un caso l'*internal audit* svolge i compiti di vigilanza sul MOG.

La scelta di accorpare le funzioni di *internal audit* e di OdV è giustificata dalla banca interessata²⁵ in considerazione della coincidenza tra i compiti di vigilanza sul MOG e quelli già istituzionalmente demandati all'*internal audit* dal sistema dei controlli interni; tale accorpamento genererebbe quindi vantaggi in termini di efficienza operativa, di efficacia complessiva nell'attività di controllo e di chiarezza nell'individuazione delle responsabilità²⁶.

Guardando invece alle soluzioni maggiormente diffuse tra le banche, nella maggioranza dei casi le funzioni di OdV sono attribuite al collegio sindacale, in linea con le disposizioni di vigilanza, o a un organismo creato *ad hoc* a composizione mista, con membri interni ed esterni.

In base al campione di modelli analizzato, in circa il 60% dei casi (115 banche su 189) l'organo con funzione di controllo svolge il ruolo di OdV, i cui poteri e funzioni, come già accennato, sono spesso espressamente declinati nei MOG al fine di distinguere, da un punto di vista funzionale, i poteri del collegio sindacale nella veste di OdV da quelli di cui è munito quale organo di controllo. Sempre al fine di assicurare una separazione funzionale, in molti casi è previsto espressamente che, da un punto di vista operativo, l'OdV svolge riunioni *ad hoc* e separate da quelle del collegio sindacale, redigendo specifici verbali.

²³ BANCA D'ITALIA, Circolare 285/2013, Parte I, Titolo IV, Cap. 3, Sez. III.

²⁴ In questi termini, C. MANCINI, *Responsabilità amministrativa degli enti: l'esperienza dell'associazione bancaria italiana*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 1, pp. 177 e ss; A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza 231 nella società di capitali*, cit., p. 80. Di diverso avviso A. GULLO, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI e P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, Torino, 2021, p. 277.

²⁵ Si tratta di una piccola banca operante in circoscritte zone del sud Italia.

²⁶ D'altra parte, anche tale scelta andrebbe ponderata in relazione agli orientamenti giurisprudenziali che considerano un sintomo di scarsa indipendenza anche il legame di dipendenza funzionale dagli organi sociali: cfr. Trib. Vicenza, n. 348/2001, *loc. ult.*, cit.

L'attribuzione delle funzioni di OdV all'organo di controllo avviene tramite delibera del consiglio di amministrazione²⁷, eccetto in un caso che pare interessante menzionare, nel quale la banca ha stabilito nel proprio MOG che la funzione di OdV possa essere assegnata sia a membri del collegio sindacale sia a membri, interni ed esterni, nominati *ad hoc*. Mentre spetta al CdA la nomina di un OdV *ad hoc*, spetta viceversa all'assemblea dei soci attribuire le funzioni di OdV all'organo di controllo, al fine di evitare indebiti rapporti di soggezione del collegio sindacale nei confronti dell'organo amministrativo²⁸.

Passando ai casi in cui le funzioni di vigilanza sul MOG sono attribuite ad un organismo *ad hoc* a composizione mista, figurano in maniera frequente tra i membri interni il responsabile della funzione di revisione interna e un componente del collegio sindacale. In altre realtà, poi, sono membri dell'OdV un consigliere non esecutivo e indipendente²⁹, il responsabile della funzione di conformità alle norme, il responsabile del servizio legale, oppure, in pochi casi, un membro della funzione di antiriciclaggio.

Vi sono infine banche che hanno affidato le funzioni di OdV a un organo monocratico o a un organismo costituito da soli membri esterni. Precisamente, tre piccole banche³⁰ hanno deciso di costituire un organismo monocratico³¹, composto da un membro esterno alla banca, in due casi, e coincidente con il responsabile dell'*internal audit* nell'altro caso, già sopra menzionato. Solo due

²⁷ È opinione condivisa quella per cui la nomina dell'OdV sia un atto gestorio che, come tale, rientra nella competenza del consiglio di amministrazione. In questo senso v. la Circolare ABI serie legale, n. 1 del 2012. Nello stesso senso, in dottrina, v. P. VERNERO, *La funzione dell'organismo di vigilanza svolta da uno i più componenti del Collegio Sindacale; criteri di nomina, requisiti e modalità di svolgimento dell'incarico*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2018, 3, p. 142; A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza 231 nella società di capitali*, cit., pp. 26 e ss.

²⁸ È il caso della BCC di Aquara, il cui modello è consultabile qui: <https://bccaquara.it/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2020/11/01.Parte-generale-Parti-Speciali-v.1.0.pdf>.

²⁹ La sentenza del Trib. Milano, sez. II, 7 aprile 2021, n. 10748 sul caso BMPS, relativo ai reati di agiotaggio e false comunicazioni sociali, ha avallato la composizione dell'OdV (pur censurandone poi l'operato) formato da un consigliere di amministrazione non esecutivo e indipendente e da due professionisti esterni. Critico viceversa verso la possibilità per gli amministratori di fare parte dell'OdV C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 376, secondo il quale “*contrasta irrimediabilmente con le funzioni dell'OdV l'appartenenza al Consiglio di amministrazione, visto che l'attività dell'OdV è prevalentemente orientata proprio a vigilare sull'attività dei soggetti in posizione 'apicale' (v. art. 6 d.lg. n. 231/2001); vi è, perciò, una chiara ed inammissibile contaminazione tra funzioni di direzione e di controllo, visto che il membro del Consiglio di amministrazione, anche se indipendente (e sprovvisto di deleghe), costituisce una propagazione, immediata, della struttura direzionale della società*”.

³⁰ Una di queste è la BCC di Pianfei e Rocca de' Baldi. Si veda il documento descrittivo del MOG a <https://www.pianfeieroccadebaldi.bcc.it/media/19675/modello-231.pdf>.

³¹ La soluzione organizzativa di costituire un OdV monocratico è in generale ammessa per le imprese connotate da minore complessità operativa, anche al fine di un contenimento degli oneri. Cfr. R. RORDORF, *L'Organismo di vigilanza nel quadro del D.Lgs. n. 231/2001*, cit., p. 14, il quale tuttavia tende a escludere che un organo di vigilanza monocratico possa essere impersonato da un dipendente della società.

banche³² hanno invece optato per la nomina di membri esclusivamente esterni, scelta che se, da un lato, garantisce la massima indipendenza dell'OdV, dall'altro lato, potrebbe generare alcune criticità derivanti da una insufficiente conoscenza della realtà aziendale e delle dinamiche operative, che potrebbe tradursi in azioni di controllo tardive e inefficaci.

Al di là della composizione dell'OdV, la maggioranza dei MOG esaminati ne disciplina poi taluni aspetti non considerati dalle scarse previsioni normative, con l'obiettivo di assicurare l'indipendenza dell'organismo e un'efficace azione di monitoraggio. Si prevede, ad esempio, l'attribuzione all'OdV di un congruo budget annuale di spesa, approvato dal consiglio di amministrazione, e sono spesso disciplinate le cause di ineleggibilità o decadenza e i requisiti di onorabilità dei membri.

3. I flussi informativi da e verso l'organismo di vigilanza. In particolare, il *whistleblowing*

Al pari dei modelli di organizzazione e gestione di tutti gli enti soggetti al d.lgs. n. 231/2001, anche i modelli adottati dalle banche devono “*prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli*” stessi (art. 6, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 231/2001). L'Organismo deve infatti trovarsi nelle condizioni di assolvere efficacemente ai propri compiti; ragion per cui, oltre ad essere destinatario degli obblighi informativi di cui sopra, ha il potere di acquisire e richiedere informazioni “*da e verso ogni livello e settore della banca*”³³.

In linea generale i flussi informativi verso l'OdV possono distinguersi in due categorie: flussi ‘estemporanei’ e flussi c.d. predefiniti. I primi si attivano al verificarsi di un determinato evento; i secondi hanno carattere strutturato e una precisa periodicità, a volte riflesso di altre attività aziendali proceduralizzate³⁴. La bipartizione appena descritta trova riscontro nella quasi totalità dei modelli di organizzazione e gestione esaminati ai fini

³² L'OdV di Intesa Sanpaolo è composto da 3 membri esterni: https://group.intesasanpaolo.com/content/dam/portalgroupp/repository-documenti/investor-relations/Contenuti/RISORSE/Documenti%20PDF/Modelli_231/20220426_Modello_231_ISP.pdf

³³ ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *Linee guida per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, Roma, 2004, p. 24.

³⁴ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, in collaborazione con ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE e CONFINDUSTRIA, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2019, consultabile su https://commercialisti.it/visualizzatore-articolo?_articleId=1237669&plid=323177, p. 38.

della presente analisi: ciò che varia, e che distingue un modello dall'altro, è l'analiticità delle previsioni dedicate³⁵.

Per quanto riguarda i flussi 'a evento', la maggior parte dei modelli prevede la comunicazione all'OdV delle richieste o dei provvedimenti relativi a reati-presupposto provenienti da organi di polizia giudiziaria, dei procedimenti disciplinari avviati nei confronti di dipendenti, delle richieste di assistenza legale avanzate dal personale interessato da procedimenti per i reati di cui al d.lgs. n. 231/2001 o, ancora, di eventuali accessi ispettivi, contestazioni o provvedimenti di altre autorità di vigilanza e controllo, nazionali ed estere. In aggiunta, alcuni modelli prevedono l'inoltro all'OdV di informazioni ulteriori, di maggior dettaglio concernenti, ad esempio: le decisioni relative alla richiesta, all'erogazione e all'utilizzo di fondi pubblici; modifiche interne organizzative o procedurali con potenziali impatti o riflessi sul modello; incidenti occorsi sul luogo di lavoro; analisi e studi condotti su nuovi prodotti o servizi da offrire alla clientela; transazioni di natura finanziaria o commerciale con Paesi caratterizzati da normativa fiscale privilegiata; scostamenti significativi dalle previsioni di *budget*; la comunicazione della società di revisione contenente il giudizio sul bilancio con rilievi ovvero negativo³⁶.

Quanto ai flussi predefiniti, la trasmissione all'OdV delle relazioni periodiche predisposte dalle funzioni di controllo di terzo livello rappresenta pressoché una costante. In diverse realtà sono previsti flussi verso l'Organismo dalle funzioni di controllo di secondo, e finanche di primo livello, così come da parte di strutture e figure 'specialistiche' quali la Funzione Antiriciclaggio, il *Data Protection Officer*, il Responsabile ambientale e, ove presente, la funzione di *Corporate Social Responsibility*³⁷.

I flussi informativi sono spesso strutturati come bidirezionali: anche l'OdV è infatti chiamato a informare periodicamente l'organo amministrativo e di controllo e i responsabili delle funzioni di controllo interno circa gli esiti dell'attività di vigilanza svolta. Ciò al fine di assicurare la condivisione, all'interno della realtà aziendale, di tutte le informazioni rilevanti per il miglior svolgimento

³⁵ L'analiticità dei contenuti si riflette spesso sulla forma: dove le previsioni sono più dettagliate e puntuali, infatti, i flussi informativi sono disciplinati in apposito regolamento o allegato.

³⁶ Si veda, in proposito, il MOG di Banca di Credito Popolare, consultabile su <https://www.bcp.it/site/home/la-banca/governance/responsabilita-amministrativa-ex-d-lgs-2312001.html>.

³⁷ Spesso l'OdV riceve *report* annuali sullo stato dei comparti o dei settori considerati maggiormente permeabili al rischio di reati ex d.lgs. n. 231/2001 (ad esempio, il conferimento di incarichi consulenziali o la partecipazione a procedure a evidenza pubblica). In taluni casi, poi, l'Organismo può prendere le misure delle attività *core* (e di alcuni dei rischi connessi) in maniera più diretta e immediata, attraverso una informativa specifica sull'andamento del contenzioso con la clientela e sulla gestione dei reclami presentati nei confronti della banca (si veda, in proposito, il *Documento descrittivo del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.LGS. 231/2001* di Banco di Credito Azzoaglio, consultabile su <https://www.azzoaglio.it/ckfinder/userfiles/files/documenti/ModOrg.pdf>).

delle varie funzioni di controllo, realizzando quello “*stretto raccordo*” tra tutte le strutture coinvolte, necessario ai fini di coordinamento, auspicato dalla Autorità di vigilanza³⁸.

Il quadro delle fonti informative su fatti potenzialmente rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 si è ulteriormente arricchito con la legge 30 novembre 2017, n. 179, che ha inserito, nel corpo dell’art. 6, i commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*. Per effetto delle previsioni in parola i modelli di organizzazione e controllo devono prevedere – tra l’altro – uno o più canali protetti che consentano ai soggetti in posizione apicale o subordinata di presentare, anche con modalità informatiche, segnalazioni di condotte illecite rilevanti ai sensi del decreto o di violazioni del modello di organizzazione o gestione di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte. Si tratta del c.d. *whistleblowing*, fenomeno fino al 2017 disciplinato, sia pure in forma embrionale, solo per il pubblico impiego e per alcuni limitati settori del lavoro alle dipendenze di privati³⁹, tra cui il settore bancario⁴⁰.

Come noto, in materia è da ultimo intervenuto il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, di attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo

³⁸ BANCA D’ITALIA, Circolare n. 285/2013, Parte I, Titolo IV, Cap. 3, Sez. II (“[...] nell’attività dell’organismo di vigilanza, che attiene in generale all’adempimento di leggi e regolamenti, può essere proficuo uno stretto raccordo, in termini sia di suddivisione di attività che di condivisione di informazioni, con le funzioni di conformità alle norme e di revisione interna”).

³⁹ La scelta di inquadrare la disciplina del *whistleblowing* privato nella cornice della disciplina della responsabilità amministrativa da reato degli enti ha suscitato diverse perplessità. In particolare, il necessario ‘ancoraggio’ a un modello di organizzazione e gestione limita l’ambito di operatività delle disposizioni – e, soprattutto, della protezione accordata al segnalante, punto qualificante della disciplina – alle sole realtà incluse nel perimetro applicativo del d.lgs. n. 231/2001. Cfr. al riguardo V. D’ACQUARONE, G. BERTAIOLO, R. ROSCINI-VITALI, *Whistleblowing e dintorni: è un diritto o un obbligo? Che ne è delle tutele per il whistleblower dell’ente privo di modello?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2021, 3, pp. 179 ss. Come sottolineato in dottrina, in mancanza di un MOG adottato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, la protezione del *whistleblower* rispetto a eventuali atti ritorsivi del datore di lavoro rimane affidata al diritto del lavoro comune e, segnatamente, ai principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di diritto di critica del lavoratore (G. VARRASO, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI e G. VARRASO (a cura di), *Compliance, Responsabilità da reato degli Enti collettivi*, Milano, 2019, p. 1744).

⁴⁰ Cfr. artt. 52-*bis* e 52-*ter* TUB, inseriti dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, di attuazione della direttiva 2013/36/UE, c.d. CRD IV, su cui più diffusamente *infra*.

e del Consiglio del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione⁴¹.

La nuova disciplina troverà applicazione dal 15 luglio 2023⁴². Le riflessioni che seguono – così come i MOG analizzati ai fini del presente contributo – fanno quindi riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 6, commi 2-*bis* ss. del d.lgs. n. 231/2001, nella formulazione introdotta dalla citata legge n. 179/2017.

La disciplina intende assicurare adeguata protezione al segnalante (*whistleblower*). Una prima forma di tutela è la garanzia della riservatezza circa la sua identità⁴³; si aggiungono poi il divieto a pena di nullità di atti di ritorsione o discriminazione, diretti o indiretti, collegati anche solo in via mediata alla

⁴¹ Secondo la nuova formulazione dell'art. 6, comma 2-*bis* del d.lgs. n. 231/2001, i MOG prevedono “i canali di segnalazione interna, il divieto di ritorsione e il sistema disciplinare” di cui allo stesso art. 6, comma 2, lett. e), “ai sensi del decreto legislativo attuativo della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019”; i successivi commi 2-*ter* e 2-*quater* sono stati abrogati. A seguito della novella il d.lgs. n. 231/2001 opera quindi un sostanziale rinvio al d.lgs. n. 24/2023. La nuova disciplina estende in maniera significativa l'ambito oggettivo di applicazione della protezione accordata ai *whistleblower*: oltre che ai soggetti del settore pubblico, le nuove regole riguarderanno le aziende private che abbiano impiegato, nell'ultimo anno, una media di almeno cinquanta lavoratori subordinati e quelle che, a prescindere dalla soglia dell'organico mediamente occupato nell'anno precedente, operano in settori ritenuti “sensibili” – come quello bancario e finanziario – o che rientrano nel raggio applicativo del d.lgs. n. 231/2001 e adottano modelli di organizzazione e controllo ai sensi di quest'ultimo decreto (art. 2, comma 1, lett. g). Sul piano soggettivo, poi, la tutela ricomprende tutti i soggetti collegati all'organizzazione sui quali potrebbero ricadere atti ritorsivi (quali, ad esempio, collaboratori, consulenti, volontari, tirocinanti, azionisti, componenti degli organi con funzioni di amministrazione, direzione e controllo) e i c.d. facilitatori, cioè quanti prestano assistenza al *whistleblower* (art. 3). Oltre all'obbligo di attivare i canali di segnalazione interna, già posto dal d.lgs. n. 231/2001, viene introdotto l'obbligo di strutturare un processo puntuale di concreta gestione della segnalazione: ad esempio, viene previsto il rilascio di un apposito avviso di ricevimento della segnalazione; l'obbligo, per i gestori del canale delle segnalazioni interne, di mantenere le interlocuzioni con il segnalante e di dare “seguito diligente” alla segnalazione, con un riscontro sull'esito degli approfondimenti da fornire entro un termine finale (art. 5). Rispetto al passato, la tutela del *whistleblower* viene irrobustita: in particolare, oltre al divieto di atti ritorsivi, a pena di nullità (art. 17 e art. 19, commi 3 e 4), e alla limitazione della responsabilità per violazione di eventuali obblighi di segreto (art. 20), si prevedono misure di sostegno (assistenza e consulenza a titolo gratuito sui diritti del segnalante e sulle modalità e condizioni di accesso al patrocinio a spese dello Stato) da parte degli enti del terzo settore iscritti in apposito elenco (art. 18). Inoltre la disciplina introduce – sia pure in via sussidiaria rispetto all'invio di segnalazioni interne all'organizzazione di appartenenza – la possibilità di inviare le segnalazioni anche all'ANAC (c.d. segnalazioni esterne, artt. 6 ss.) e di far luogo alla divulgazione pubblica (art. 15). Al ricorrere di determinate condizioni, le misure di protezione previste per il *whistleblower* sono destinate a trovare applicazione anche in queste ipotesi.

⁴² Art. 24, comma 1, d.lgs. n. 24/2023; fanno eccezione le imprese che abbiano impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati fino a duecentoquarantanove, per le quali l'obbligo di istituire il canale di segnalazione interna ai sensi del nuovo decreto avrà effetto a decorrere dal 17 dicembre 2023.

⁴³ Art. 6, comma 2-*bis*, lett. a), d.lgs. n. 231/2001, nella formulazione antecedente al d.lgs. n. 24/2023. La tutela della riservatezza continua a costituire un caposaldo anche nella nuova disciplina: i modelli di organizzazione e gestione devono infatti garantire, “anche tramite il ricorso a strumenti di crittografia, la riservatezza dell'identità della persona segnalante”; ma anche quella “della persona coinvolta e della persona comunque menzionata nella segnalazione, nonché del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione” (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 24/2023; cfr. anche art. 12).

segnalazione (licenziamento, ma anche demansionamento o trasferimento di sede)⁴⁴. Il sistema disciplinare del modello (art. 6, comma 2, lett. e) deve poi prevedere, a corredo, apposite sanzioni per la violazione delle misure a tutela del segnalante; ma anche sanzioni a carico di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelino in ultima analisi infondate⁴⁵.

La disciplina, pure così analitica, nulla dispone invece in ordine al destinatario (o ai destinatari) della segnalazione. Al riguardo, l'interpretazione sistematica induce a ritenere che punto di arrivo naturale, sia pure non obbligato, di queste segnalazioni sia l'OdV, considerata la *mission* istituzionale di garantire l'efficacia e l'effettiva applicazione delle prescrizioni presenti nel modello organizzativo⁴⁶. Tuttavia, in linea teorica, non sono da escludere destinatari diversi (ad esempio, il responsabile della funzione di *compliance* o un comitato rappresentativo di diverse funzioni), anche in aggiunta all'OdV⁴⁷, così come la possibilità di designare allo scopo un soggetto esterno all'ente con una competenza qualificata in materia di diritto penale⁴⁸.

Come accennato, l'ordinamento bancario conosceva il *whistleblowing* anche prima del 2017. Il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, di attuazione della direttiva 2013/36/UE (*Capital Requirements Directive*, CRD IV)⁴⁹ ha introdotto nel TUB una disciplina dedicata, sia per il *whistleblowing* interno (art. 52-*bis*) sia per il *whistleblowing* esterno (art. 52-*ter*).

Nel primo caso – quello che più interessa in questa sede – il dipendente segnala alla banca, cioè al proprio datore di lavoro, atti o fatti che possono

⁴⁴ Cfr. art. 6, comma 2-*bis*, lett. c) e comma 2-*quater*, d.lgs. n. 231/2001, antecedenti al d.lgs. n. 24/2023. Il citato comma 2-*quater* prevedeva un meccanismo di inversione dell'onere della prova: nelle ipotesi menzionate nel testo, è il datore di lavoro a dover dimostrare che la misura ritorsiva o discriminatoria (o presunta tale) si fonda su ragioni diverse ed estranee alla segnalazione. Sul punto, viene ora in rilievo l'art. 17 del d.lgs. n. 24/2003 che pone il divieto di ritorsione e la presunzione relativa della natura ritorsiva dei comportamenti e degli atti adottati nei confronti del *whistleblower* successivamente alla segnalazione.

⁴⁵ Cfr. art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 24/2023.

⁴⁶ In effetti “il coinvolgimento di tale organo [...] sembra poter ‘realizzare con efficacia le finalità della nuova disciplina, di salvaguardare l'integrità dell'ente e tutelare il segnalante; finalità che difficilmente potrebbero essere perseguite se invece le segnalazioni venissero recapitate a soggetti nei cui confronti il segnalante abbia una posizione di dipendenza funzionale o gerarchica ovvero al presunto responsabile della violazione ovvero ancora a soggetti che abbiano un potenziale interesse correlato alla segnalazione’” (così *Principi consolidati*, cit., p. 39, che richiamano al riguardo anche una nota di Confindustria, *La disciplina in materia di whistleblowing – Nota illustrativa*, gennaio 2018).

⁴⁷ Questa soluzione avrebbe il pregio di consentire un controllo incrociato teso ad assicurare l'effettiva trattazione delle criticità. D'altro lato, la pluralità di *entry point* porterebbe inevitabilmente con sé l'esigenza di individuare momenti di raccordo e coordinamento tra le diverse strutture destinatarie della segnalazione e il rischio “che il flusso di informazioni generato dal nuovo meccanismo di whistleblowing sfugga del tutto al controllo dell'organismo di vigilanza” (su questo, cfr. *La disciplina in materia di whistleblowing – Nota illustrativa* di Confindustria, richiamata nella nota precedente, p. 6).

⁴⁸ La soluzione è ora confermata dall'art. 4, comma 2 del d.lgs. n. 24/2023, ai sensi del quale “[l]a gestione del canale di segnalazione è affidata a una persona o a un ufficio interno autonomo dedicato e con personale specificamente formato per la gestione del canale di segnalazione, ovvero è affidata a un soggetto esterno, anch'esso autonomo e con personale specificamente formato”.

⁴⁹ Cfr. in particolare l'art. 71.

costituire violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria di cui sia venuto a conoscenza nello svolgimento delle mansioni⁵⁰. Nel *whistleblowing* esterno, invece, le segnalazioni sono indirizzate alla Autorità di vigilanza (Banca d'Italia e, nel contesto del *Single Supervisory Mechanism*, Banca Centrale Europea, BCE)⁵¹. In entrambe le forme i principi fondamentali sono la tutela della riservatezza del segnalante e del presunto responsabile della violazione nonché la protezione del segnalante da misure ritorsive o discriminatorie da parte del datore di lavoro.

Al di là di alcune similitudini, il *whistleblowing* interno previsto dal TUB e il *whistleblowing* di cui al d.lgs. n. 231/2001 hanno oggetto e finalità molto diverse⁵². La segnalazione *ex art. 52-bis* TUB ha ad oggetto atti o fatti che possono costituire violazione delle norme, nazionali o europee, disciplinanti l'attività bancaria. Il che si riflette sulla finalità ultima: assicurare la conformità con le prescrizioni di settore, così da evitare interventi dell'Autorità di vigilanza, specie di tipo sanzionatorio, a tutela della sana e prudente gestione.

Nel sistema del d.lgs. n. 231/2001, invece, la segnalazione ha un oggetto differente e si carica di una valenza diversa, in linea con la collocazione sistematica della relativa disciplina. La segnalazione riguarda infatti condotte illecite potenzialmente rilevanti ai sensi del decreto stesso o violazioni del modello

⁵⁰ Disposizioni pressoché identiche a quella dell'art. 52-*bis* TUB sono presenti anche nella normativa antiriciclaggio e in quelle in materia di intermediazione finanziaria e assicurativa. In particolare, l'art. 48 del d.lgs. n. 231/2007 (come riformulato dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, di recepimento della direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo) richiede ai soggetti obbligati ai fini antiriciclaggio – tra cui le banche – di adottare procedure per la segnalazione, da parte di dipendenti o persone in posizione comparabile, di violazioni, potenziali o effettive, delle disposizioni dettate in funzione di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. Anche in questo caso, come nell'art. 52-*bis* TUB, le procedure devono garantire la riservatezza dei dati personali del segnalante così come del presunto responsabile della violazione, ferme solo le regole che disciplinano le indagini o i procedimenti avviati dall'Autorità Giudiziaria. Anche qui si pone il principio generale della tutela del segnalante (rispetto a condotte ritorsive, discriminatorie o comunque sleali conseguenti alla segnalazione); principio che, tuttavia, non viene declinato in termini concreti. Considerazioni analoghe possono svolgersi anche per l'art. 4-*undecies* del d.lgs. n. 58/1998, c.d. TUF (introdotto dal d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129), in materia di segnalazioni di violazioni delle disposizioni in materia di servizi e attività di investimento e gestione collettiva del risparmio, e per l'art. 10-*quater* del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (introdotto dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68) relativo a segnalazioni di violazioni delle disposizioni in materia di assicurazioni. Le due discipline da ultimo citate riproducono, peraltro, la distinzione prevista dal TUB tra *whistleblowing* interno ed esterno, quest'ultimo destinato alle Autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob e, rispettivamente, IVASS).

⁵¹ Si veda al riguardo l'art. 52-*ter*, comma 4-*bis*, inserito dal d.lgs. 14 novembre 2016, n. 223, secondo cui la Banca d'Italia inoltra alla BCE le eventuali segnalazioni ricevute di competenza di quest'ultima, e viceversa.

⁵² Le novità da ultimo introdotte dal d.lgs. n. 24/2023 non riguarderanno le segnalazioni concernenti violazioni in materia bancaria inoltrate ai sensi del TUB (art. 1, comma 2, lett. *b*) e parte II dell'allegato del d.lgs. n. 24/2023); sul punto, il legislatore nazionale si è attenuto alle indicazioni del legislatore europeo (cfr. art. 3, par. 1, direttiva (UE) 2019/1937, ai sensi del quale “[I]addove siano previste norme specifiche sulla segnalazione delle violazioni negli atti settoriali dell'Unione elencati nella parte II dell'allegato, si applicano tali norme [...]”; tra gli atti settoriali ivi indicati, vi è anche la direttiva 2013/36/UE, alla quale si ricollegano le previsioni degli artt. 52-*bis* e 52-*ter* TUB, sopra menzionate). Le considerazioni svolte nel testo in ordine a punti di contatto e differenze tra le due forme di *whistleblowing* possono quindi ritenersi valide, in linea di principio, anche con riferimento al nuovo quadro normativo.

di organizzazione e gestione dell'ente: in definitiva, possibili fatti di reato-presupposto ovvero condotte suscettibili di condurre, in un ipotetico giudizio, a una affermazione di responsabilità amministrativa dell'ente. Non a caso, la segnalazione *ex d.lgs. n. 231/2001* viene presentata “*a tutela dell'integrità*” dell'ente (art. 6, comma 2-*bis*, lett. *a*). In definitiva, se la segnalazione inviata ai sensi del TUB si colloca in una prospettiva prettamente amministrativa, quella prevista dal d.lgs. n. 231/2001 appare piuttosto proiettata verso una dimensione processual-penalistica.

Ancora: a differenza del d.lgs. n. 231/2001, il TUB richiede alle banche di assicurare la riservatezza non solo del segnalante, ma anche del presunto responsabile della violazione segnalata⁵³. Il TUB pone poi il principio per cui il segnalante non deve subire, sul piano del rapporto di lavoro, conseguenze pregiudizievoli a causa della segnalazione; ma è solo nelle previsioni del d.lgs. n. 231/2001⁵⁴ che questo principio trova compiuta attuazione, con la “codificazione” puntuale del divieto di atti di ritorsione o discriminatori, a pena di nullità, e con la prevista introduzione di sanzioni per la violazione del divieto stesso⁵⁵.

Ad ogni modo, in questa sede preme evidenziare come la disciplina del *whistleblowing* presente nel TUB fin dal 2015 ha evidentemente contribuito a far maturare la consapevolezza del fenomeno delle segnalazioni provenienti dal personale e del loro potenziale in termini informativi. Per questa ragione, per il settore bancario, le disposizioni sul *whistleblowing* introdotte nel 2017, lungi dal rappresentare una novità, si sono poste in linea con una tendenza già delineatasi nella prassi.

Al riguardo appare significativo un dato emerso dall'analisi empirica dei modelli di organizzazione e controllo: la possibilità, per il personale, di segnalare fatti potenzialmente generatori di responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001* è contemplata – spesso nella sezione dedicata ai flussi informativi verso l'OdV – anche da alcuni modelli il cui ultimo aggiornamento risale a data anteriore al 2017⁵⁶.

⁵³ Come accennato, l'asimmetria è da ultimo venuta meno: il nuovo art. 4, comma 1 del d.lgs. n. 24/2023 richiede di tutelare la riservatezza della persona coinvolta nell'episodio segnalato e quella della persona comunque menzionata nella segnalazione.

⁵⁴ E oggi, nelle previsioni del d.lgs. n. 24/2023, richiamato dall'art. 6, comma 2-*bis* del d.lgs. n. 231/2001.

⁵⁵ Si veda anche, sotto questo profilo, la tutela già offerta dall'art. 54-*bis* del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, “*Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*”, inserito dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, prima integrato dal d.l. n. 90/2014 – che ha introdotto l'ANAC quale soggetto destinatario delle segnalazioni – quindi integralmente riformulato dalla legge n. 179/2017. Anche questa disposizione è stata da ultimo abrogata dal d.lgs. n. 24/2023.

⁵⁶ Alcuni MOG si limitano a indicare i canali di comunicazione a tal fine disponibili, lasciando totalmente in ombra il profilo della tutela del segnalante, sia sul piano della riservatezza sia sul piano giuslavoristico. In altri casi, invece, si riconosce al segnalante una tutela già sostanzialmente corrispondente, nei contenuti, a quella offerta dalla normativa introdotta nel 2017: tutela della riservatezza e protezione da ritorsioni, discriminazioni e penalizzazioni conseguenti alla segnalazione, subordinata all'elemento soggettivo della buona fede, salvi comunque gli obblighi di legge e la tutela dei diritti della banca e dell'“incolpato” (si veda, ad esempio, il MOG di Emil Banca, consultabile su <https://www.emilbanca.it/doc2/scaricadoc.asp?iDocumentoID=523556&iAllegatoID=0>, Parte Generale, p. 22).

Quanto invece ai modelli aggiornati dopo l'entrata in vigore della legge n. 129/2017, può darsi atto che le banche hanno tutte raccolto le indicazioni fornite dal legislatore, sia pure con modalità differenti. In molti casi il modello contiene previsioni generiche, volte sostanzialmente a riprodurre i contenuti delle disposizioni di legge, ai quali si aggiunge solo l'indicazione dei canali dedicati appositamente istituiti⁵⁷. In altre ipotesi, invece, le previsioni sono più puntuali e analitiche: oltre a offrire una ricostruzione contestualizzata della normativa di riferimento, descrivono in maniera diffusa l'attività di approfondimento da condurre sulla segnalazione. Ad esempio, è spesso prevista la possibilità per l'OdV di ascoltare, se ritenuto necessario o opportuno, l'autore della segnalazione e il presunto responsabile della violazione segnalata, così come di coinvolgere altre strutture e funzioni – quelle direttamente interessate, a seconda dell'episodio segnalato, nonché le funzioni di controllo – nell'attività di analisi finalizzata a verificare la fondatezza della segnalazione stessa. Vengono poi puntualmente rappresentati i possibili scenari che si dischiudono a seguito degli approfondimenti: tra gli altri, la sottoposizione degli esiti all'organo amministrativo per i provvedimenti più opportuni, se del caso anche sanzionatori; o, in alternativa, l'archiviazione.

Sotto un diverso profilo l'analisi ha confermato la fisiologica designazione dell'OdV quale destinatario delle segnalazioni *ex art. 6, commi 2-bis ss., del d.lgs. n. 231/2001*. Solo in un caso, tra tutti quelli analizzati, la banca ha operato una scelta diversa, prevedendo l'inoltro al responsabile del sistema interno di segnalazione. Quest'ultimo è chiamato ad assolvere a una funzione di 'filtro': sottopone infatti all'attenzione dell'OdV le segnalazioni che, all'esito di una verifica preliminare, ritiene meritevoli di approfondimenti⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. ad esempio, il MOG di Banca Popolare del Frusinate, consultabile su https://www.bpf.it/public/documents/2020_Dlgs_231.pdf, p. 19.

⁵⁸ Fa eccezione l'ipotesi in cui la segnalazione riguardi un componente dello stesso OdV, nel qual caso viene analizzata solo dal Responsabile del sistema interno di segnalazione.

I GRUPPI BANCARI

*Leonardo Droghini e Giordana Neri**

1. Il gruppo bancario: in particolare, il ruolo della capogruppo – 2. I modelli di organizzazione e gestione nei gruppi bancari: focus su alcune soluzioni applicative – 3. Il problema della “risalita” della responsabilità – 4. I gruppi bancari transnazionali e le banche a operatività transfrontaliera

* Il contributo è frutto di una riflessione comune. Sono comunque da attribuire a G. Neri i par. 1 e 2; a L. Droghini i par. 3 e 4.

1. Il gruppo bancario: in particolare, il ruolo della capogruppo

Il gruppo bancario è costituito dalla banca italiana capogruppo e dalle sue controllate, ovvero dalla società finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista capogruppo e dalle sue controllate, allorché nell'insieme delle società partecipate vi sia almeno una banca italiana e abbiano rilevanza determinante le partecipazioni detenute in società bancarie e finanziarie¹. Capogruppo può essere soltanto la società, bancaria o finanziaria, che detiene il controllo delle altre società del gruppo e che non è controllata a sua volta da altre società². Da quanto appena illustrato, emerge chiaramente il carattere 'artificiale' del perimetro del gruppo bancario, il quale comprende esclusivamente le società nei cui confronti debbono trovare applicazione specifiche disposizioni di vigilanza consolidata.

La capogruppo di un gruppo bancario, sulla scorta delle istruzioni impartite dall'autorità di vigilanza³, ha l'onere di coordinare il gruppo nell'ottica di preservarne la stabilità. I gruppi bancari sono censiti nell'apposito albo tenuto dall'autorità di vigilanza⁴, che può anche procedere d'ufficio all'accertamento dell'esistenza del gruppo e disegnarne diversamente il perimetro. La vigilanza consolidata che l'autorità di vigilanza esercita sul gruppo bancario è anch'essa, come per le singole banche, di tipo regolamentare, informativo e ispettivo e si dispiega, a determinate condizioni, anche sulle società del gruppo non situate nel

¹ Il requisito della rilevanza determinante delle partecipazioni bancarie e finanziarie è specificato dalle disposizioni di vigilanza della BANCA D'ITALIA, contenute nella *Circolare* n. 285 del 17 dicembre 2013 (34° aggiornamento), Titolo I, Cap. 2, Sez. II, p. 101. Per quanto concerne le società finanziarie incluse nel gruppo, le citate disposizioni di vigilanza prevedono che: “[s]i considerano finanziarie le società di gestione di mercati regolamentati di strumenti finanziari e le società che esercitano esclusivamente l'agenzia in attività finanziaria e le relative attività connesse e strumentali. Si considerano, altresì, finanziarie le società fiduciarie iscritte o tenute a iscriversi nell'albo degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 TUB”. L'inserimento nel perimetro del gruppo di una società strumentale, invece, è previsto qualora essa sia “controllata da una banca o capogruppo in via esclusiva o congiuntamente ad altri soggetti non bancari” (Titolo I, Cap. 2, Sez. II, p. 103).

² Cfr. l'art. 61 TUB. Le citate disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia (*Circolare* n. 285/2013) prevedono che “[i]n relazione alle peculiari caratteristiche organizzative e strutturali che le società capogruppo devono avere per lo svolgimento dei compiti ad esse attribuiti, la qualifica di capogruppo è assumibile solo da società finanziarie e da società di partecipazione finanziaria mista costituite in forma di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperative per azioni” (Titolo I, Cap. 2, Sez. II, p. 101).

³ Il citato art. 61 TUB prevede che “[l]a capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo”.

⁴ In virtù dell'articolo 64 TUB, la capogruppo deve comunicare all'Autorità di vigilanza l'esistenza del gruppo bancario e la sua composizione aggiornata. Le società appartenenti al gruppo, dal canto loro, devono dare evidenza “negli atti e nella corrispondenza” dell'iscrizione all'Albo, nel quale la Banca d'Italia può procedere, anche d'ufficio, ad iscrivere una composizione del gruppo difforme da quella comunicata dalla capogruppo.

territorio italiano⁵. Il “*carattere unificante*” dell’esercizio dell’impresa bancaria e finanziaria nella forma del gruppo è testimoniato dalle norme che accentrano nella capogruppo il coordinamento di tutte le operazioni rilevanti per la conduzione dell’attività in guisa integrata e strategicamente sinergica⁶.

Gli statuti delle società del gruppo e della capogruppo devono dare evidenza dell’appartenenza al gruppo, qualificato come “*integrato*” o “*strategico*”, sotto il profilo della vigilanza. Il gruppo così delineato “*si caratterizza per il comune disegno imprenditoriale, per la forte coesione al proprio interno e per la sottoposizione a direzione unitaria*”⁷. Ferma l’autonomia delle scelte concernenti l’assetto organizzativo e patrimoniale del gruppo, l’impianto operativo non deve costituire un ostacolo per l’espletamento della vigilanza consolidata. A tal fine, l’autorità di vigilanza deve conoscere gli obiettivi del gruppo e i comportamenti tenuti dalle società che lo compongono; al tempo stesso le strutture organizzative del gruppo devono consentire la piena attuazione delle istruzioni di vigilanza⁸.

Le disposizioni di vigilanza hanno così definito le caratteristiche fondamentali del gruppo bancario (che sono poi rimaste ferme nel tempo) ai fini della vigilanza consolidata: in particolare, hanno prescritto l’adozione di un modello di gruppo ‘gerarchico’, caratterizzato dalla direzione unitaria della capogruppo, e l’attribuzione alla capogruppo stessa del ruolo di interlocutore privilegiato dell’autorità di vigilanza rispetto a tutto il gruppo.

È la capogruppo ad essere investita del ruolo di responsabile del controllo strategico e dell’equilibrio gestionale e tecnico-operativo nell’ambito del gruppo, sotto il controllo dell’autorità di Vigilanza.

Il sistema complessivo di vigilanza consolidata presuppone e necessita l’esistenza di una forte integrazione all’interno del gruppo dal punto di vista produttivo e un’organizzazione ‘piramidale’ del gruppo stesso, in funzione dell’unitaria visione delle politiche di gruppo. La capogruppo è tenuta a svolgere un controllo effettivo sulle società del gruppo: ai sensi delle disposizioni di vigilanza, i suoi poteri includono forme di controllo gestionale, strategico e tecnico-operativo. Al tempo stesso, le disposizioni di vigilanza evocano i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale cui deve essere improntata

⁵ L’articolo 69 TUB disciplina la collaborazione tra autorità e i relativi obblighi informativi qualora la Banca d’Italia debba esercitare la propria attività di vigilanza su base consolidata nei confronti di un gruppo che opera in più Stati europei. In tal caso “*sulla base di accordi con le autorità competenti*”, la Banca d’Italia “*definisce forme di collaborazione e coordinamento, istituisce collegi di supervisori e partecipa ai collegi istituiti da altre autorità. In tale ambito, la Banca d’Italia può concordare specifiche ripartizioni di compiti e deleghe di funzioni*”.

⁶ S. BARTOLOMUCCI, *Il gruppo bancario e l’azione di crime prevention ex d.lgs. n. 231/2001: peculiarità e criticità del modello e rischio di migrazione della responsabilità per illecito*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti - Interventi*, ottobre 2019, p. 1.

⁷ BANCA D’ITALIA, *Circolare n. 285/2013*, Titolo I, Cap. 2, Sez. II, p. 96.

⁸ *Ibidem*.

quest'attività di direzione del gruppo, richiamando la responsabilità della capogruppo ai sensi degli artt. 2497 e ss. del codice civile⁹.

La normativa di settore attribuisce alla capogruppo un ruolo centrale, sia pur nel rispetto del principio della neutralità nei riguardi della forma giuridica dei soggetti sottoposti a vigilanza (sicché tendenzialmente banca universale e gruppo bancario sono destinatari delle stesse regole, indipendentemente dalla forma organizzativa adottata)¹⁰.

Le norme sulla vigilanza consolidata dispongono solo per i rapporti e le conseguenti responsabilità generati dalle esigenze dell'attività di supervisione sugli intermediari bancari. Le norme codicistiche, a differenza delle disposizioni sulla vigilanza consolidata, si occupano invece di dettagliare più minuziosamente le tutele per i diritti dei soci di minoranza, che le norme del TUB non prevedevano. Queste ultime, invero, si soffermano piuttosto su obblighi e poteri della capogruppo in relazione alle finalità di vigilanza.

Tuttavia, come già accennato, nel dettare regole di carattere generale sui gruppi societari, le norme civilistiche hanno mutuato concetti e principi fondamentali dalla disciplina dei gruppi bancari (il concetto di direzione unitaria, il principio della doverosità del contemperamento di interessi diversi): il 'modello' di gruppo previsto dalle disposizioni in materia bancaria è entrato così a far parte del diritto generale delle società regolato dal codice civile.

Una fattispecie peculiare di gruppo bancario è rappresentata dal gruppo bancario cooperativo¹¹, nato con la riforma del 2016¹² al fine di garantire la stabilità del sistema attraverso l'accorpamento di realtà altrimenti più fragili e meno idonee a insistere sul mercato in forma *stand alone*. La riforma prevede la possibilità di svolgere attività bancaria come di banca di credito cooperativo soltanto aderendo a un gruppo bancario cooperativo (su base contrattuale), al cui vertice è posizionata una capogruppo costituita in società per azioni, dotata di ampi poteri di direzione e coordinamento¹³.

Tali poteri si fondano su un contratto di coesione, a sua volta disciplinato dalla legge e dalle disposizioni di vigilanza. Il gruppo bancario cooperativo rappresenta quindi un modello di aggregazione forte, la cui peculiare configurazione risponde

⁹ *Ibidem*, Titolo IV, Cap. 3, Sez. V, p. 366.

¹⁰ Mentre, oggi, la normativa di settore richiama la responsabilità della capogruppo nella violazione dei principi di corretta gestione societaria nell'esercizio della propria attività di controllo, nelle prime *Istruzioni di vigilanza* sui gruppi bancari faceva ricorso ai concetti di "equità e ragionevolezza", cui la capogruppo avrebbe dovuto commisurare i propri comportamenti ai fini della valutazione di eventuali abusi nell'esercizio del potere di direzione (BANCA D'ITALIA, *Circolare* n. 229 del 21 aprile 1999, Titolo IV, Cap. 11, Sez. III, par. 1.1.).

¹¹ La formazione del gruppo bancario cooperativo è disciplinata dall'articolo 37-bis del TUB.

¹² Artt. da 1 a 2-bis del d.l. n. 18/2016, convertito in legge dalla l. n. 49/2016.

¹³ BANCA D'ITALIA, *I Gruppi Bancari Cooperativi: le disposizioni di attuazione della Banca d'Italia (modifiche alla Circolare n. 285), relazione sull'analisi d'impatto*, disponibile su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2016/gruppo-bancario-cooperativo/AIR_gruppo_BCC.pdf.

alle condizioni richieste dalla normativa europea per la deroga ai requisiti prudenziali su base individuale¹⁴.

Il contratto di coesione (art. 37-*bis*, comma 3, TUB) rappresenta il perno della disciplina del gruppo bancario cooperativo: esso contiene la disciplina sulla direzione e sul coordinamento esercitati dalla capogruppo e indica nel dettaglio i poteri di quest'ultima. Il contratto di coesione contiene altresì, in ossequio al principio di solidarietà tra le banche cooperative a mutualità prevalente – il quale impone di osservare criteri non discriminatori –, i parametri e le condizioni di adesione e di diniego dell'adesione al gruppo, nonché i casi di recesso dal contratto di coesione e le cause di esclusione.

L'attività di direzione e coordinamento della capogruppo deve essere graduata con intensità proporzionale alla rischiosità¹⁵ delle singole banche che vi appartengono: la capogruppo deve lasciare maggiore autonomia alle affiliate che si collocano nelle classi di rischio migliori (art. 37-*bis*, comma 3-*ter*, TUB), e l'art. 37-*bis* TUB, comma 3, lett. c), prevede che il contratto di coesione indichi “*i criteri di compensazione e l'equilibrio della distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune*”.

Nel gruppo bancario cooperativo, come in generale nel gruppo bancario già disciplinato dal TUB, i poteri espressamente attribuiti alla capogruppo sono finalizzati all'esercizio del suo ruolo di responsabile della stabilità del gruppo nei confronti dell'autorità di vigilanza. Siamo però in questo caso in presenza di un gruppo ancor più fortemente coeso, obbligatorio per legge, in cui il potere della capogruppo è fondato su stringenti previsioni contrattuali, che vincolano le affiliate a precisi comportamenti¹⁶. In base al contratto di coesione, la capogruppo ha anche poteri sanzionatori, che possono arrivare sino all'espulsione dal gruppo.

Conseguenza della forte coesione è che la vigilanza debba essere unica per tutto il gruppo: l'adesione ad un gruppo cooperativo nazionale rende il gruppo

¹⁴ Gli artt. 10 e 113(7) del Regolamento UE 575/2013 (CRR) prevedono che l'affiliazione permanente degli enti creditizi ad un organismo centrale preposto al loro controllo e il sistema di garanzie incrociate consentono l'esonero totale o parziale dal rispetto dei coefficienti patrimoniali su base individuale. Cfr. M. LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, 1, p. 62.

¹⁵ M. LAMANDINI, *Il gruppo bancario alla luce delle recenti riforme*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2016, 6, p. 685.

¹⁶ Le modifiche apportate alla disciplina del gruppo bancario cooperativo a seguito del d.l. 91/2018 (in sintesi, l'aumento della partecipazione minima al capitale della capogruppo da parte delle BCC e della rappresentanza nel CdA della capogruppo; il rafforzamento della partecipazione delle singole BCC al piano strategico e operativo, con consultazioni obbligatorie non vincolanti; la possibilità per le BCC meno rischiose di nominare autonomamente i membri del CdA, con gradimento della capogruppo), modifiche con cui si è voluto trovare un equilibrio tra esigenze di salvaguardia della mutualità prevalente, in ossequio all'art. 45 Cost., e le regole di carattere prudenziale imposte dalla disciplina europea, sono volte a rafforzare il carattere localistico delle banche affiliate, ma il gruppo bancario cooperativo continua ad essere un gruppo a carattere nazionale ed estremamente coeso.

stesso qualificabile come significativo ai fini del riparto delle competenze tra BCE e Banca d'Italia, e attrae perciò il gruppo stesso nella vigilanza della BCE.

Come visto sinora, la capogruppo bancaria, rispetto alle capogruppo delle compagini di diritto comune, è custode di molteplici funzioni determinanti per l'integro andamento del gruppo e dell'attività di vigilanza. Essa infatti è esclusiva referente¹⁷ delle autorità di vigilanza per l'esercizio della vigilanza consolidata.

La capogruppo deve anche orientare le scelte strategiche del gruppo, su cui opera un costante controllo, e deve occuparsi di definire il perimetro del *Risk Appetite Framework* (RAF) complessivo. Secondo le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, la capogruppo deve definire e approvare il RAF di gruppo, assicurandone la coerenza interna.

La capogruppo assume le necessarie determinazioni anche con riferimento a numerosi aspetti gestionali¹⁸, come le politiche di remunerazione di parte del personale, la *policy* consolidata per i conflitti di interesse e le operazioni con parti correlate, la pianificazione e il coordinamento degli apparati di controllo interno¹⁹.

La capogruppo detiene altresì notevoli poteri di natura informativa, potendo richiedere alle controllate di trasmettere tutte le informazioni necessarie all'esercizio delle proprie attività di supervisione e direzione, anche nella prospettiva di attuare le istruzioni rilevanti ai fini del corretto esercizio della vigilanza da parte delle autorità a ciò deputate²⁰.

L'attività di direzione, coordinamento e controllo della capogruppo, dunque, concerne anche aspetti di rilevanza squisitamente pratica e operativa, come quelli amministrativi e contabili, nonché tutte le questioni rilevanti per la garanzia della stabilità del gruppo nel suo complesso.

¹⁷ Proprio in ragione di tale ruolo “la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento che le è propria, emana nei confronti delle componenti il gruppo bancario le disposizioni necessarie per dare attuazione alle istruzioni di carattere generale e particolare impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo” (BANCA D'ITALIA, Circolare n. 285/2013, Titolo I, Cap. 2, Sez. II, p. 105).

¹⁸ S. BARTOLOMUCCI, *Il gruppo bancario e l'azione di crime prevention ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 5.

¹⁹ Nella Circolare della BANCA D'ITALIA n. 285/2013 è espressamente previsto che “[n]el caso di gruppi bancari, le funzioni aziendali di controllo della società capogruppo e quelle delle società controllate collaborano e si scambiano tutte le informazioni rilevanti” (Titolo IV, Cap. 2, Sez. II, p. 307). Per quanto concerne l'esercizio dei controlli, nel medesimo documento si prevede che: “[l]a capogruppo, nel quadro dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo, esercita: a. un controllo strategico sull'evoluzione delle diverse aree di attività in cui il gruppo opera e dei rischi incombenti sulle attività esercitate [...]; b. un controllo gestionale volto ad assicurare il mantenimento delle condizioni di equilibrio economico, finanziario, patrimoniale e di liquidità sia delle singole società, sia del gruppo nel suo insieme [...]; c. un controllo tecnico-operativo finalizzato alla valutazione dei vari profili di rischio apportati al gruppo dalle singole controllate e dei rischi complessivi del gruppo” (Titolo IV, Cap. 3, Sez. V, p. 360).

²⁰ G. SBISÀ, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e impresa*, 2011, 2, p. 376.

2. I modelli di organizzazione e gestione nei gruppi bancari: focus su alcune soluzioni applicative

Il fenomeno dei gruppi di società non è considerato espressamente nel d.lgs. n. 231/2001 e a tale lacuna normativa²¹ hanno risposto dottrina²² e giurisprudenza enucleando sia i principi di redazione dei modelli sia quelli necessari a comprendere il perimetro di ascrizione della responsabilità amministrativa. Il gruppo come entità unitaria non rileva ai sensi del decreto, né ai fini di imputazione delle condotte delle società, né come centro di interessi suscettibile di strutturare un unico meccanismo di prevenzione per le proprie attività integrate²³.

L'impianto dell'imputazione soggettiva contenuto nel decreto, invero, non concepisce il gruppo di imprese come soggetto unitario, anche in ragione dell'ispirazione penalistica che connota la normativa²⁴. I principi di garanzia e di soggettività della colpa non consentono di imputare alla capogruppo tutte le condotte poste in essere dalle controllate, anche laddove la prima possieda pervasive funzioni di direzione e coordinamento, come avviene nel gruppo bancario.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha elaborato utili strumenti di valutazione che consentono di estrapolare una figura di responsabilità di gruppo senza lasciare zone di impunità per la mancata disciplina espressa della fattispecie e senza ledere le garanzie soggettive. Nella sentenza n. 6605/2011 del Tribunale

²¹ Si tratterebbe, secondo S. BARTOLOMUCCI, *Il gruppo bancario e l'azione di crime prevention ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 2, di una lacuna solo "apparente", in quanto pienamente "coerente con l'impostazione atomistica della responsabilità per illecito proclamata dal decreto 231".

²² Ad avviso di P. VERNERO, M.F. ARTUSI, L. VERNERO, *Gruppi bancari e responsabilità 231. L'insidia della risalita del reato da controllata a controllante*, in *Giurisprudenza penale*, 2021, p. 4, le soluzioni prospettate in dottrina "spaziano dal qualificare il gruppo come un 'macro soggetto di fatto' – che, come tale, possa essere incluso negli enti elencati dall'art. 1 del D.lgs. 231/2001 – all'attribuire alla holding una funzione di garanzia rispetto al comportamento delle controllate". A parere di S. BARTOLOMUCCI, *Il gruppo bancario e l'azione di crime prevention ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 2, la dottrina avrebbe tentato di ipotizzare diverse soluzioni per suggerire una forma credibile di imputazione della responsabilità a livello di gruppo, sia prospettando una forma di "corporate liability dell'aggregato" che contempla la corresponsabilità della holding per il reato commesso dalla società eterodiretta, sia la fattispecie del "controverso 'interesse di gruppo', rispetto al quale la holding eserciterebbe in modo mediato, la medesima attività d'impresa esercitata in via immediata dalle controllate", fattispecie fondata sulla condivisione dell'interesse richiesto dalle disposizioni del decreto per determinare la responsabilità amministrativa. Pare essere stata altresì proposta "l'imputabilità alla holding di un vero e proprio obbligo d'impedimento dell'illecito della società diretta".

²³ Risulterebbero, in tal senso, dirimenti le indicazioni contenute nell'aggiornamento del 2014 alle linee guida per la predisposizione dei modelli di gestione, organizzazione e controllo emanate da Confindustria, ove appare chiaro che "il gruppo non può considerarsi diretto centro di imputazione della responsabilità da reato e non è inquadrabile tra i soggetti indicati dell'art. 1 del 'decreto 231'. Lo schermo della distinta personalità giuridica delle società che lo compongono rimane, dunque, un dato insuperabile escludendo una qualsiasi possibile responsabilità diretta del gruppo stesso: in tale contesto è quindi più corretto interrogarsi sulla responsabilità da reato 'nel gruppo', piuttosto che parlare di potenziali reati 'di gruppo'" (così P. VERNERO, M.F. ARTUSI, L. VERNERO, *Gruppi bancari e responsabilità 231*, cit., p. 6).

²⁴ In questi termini si veda E. GAGLIARDI, *La responsabilità delle banche a operatività transfrontaliera ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Bancaria*, 2011, 9, p. 59.

di Milano²⁵, il giudicante ha dichiarato sussistente la responsabilità di un noto intermediario bancario, a capo di un gruppo, in virtù del fatto che *“l’interesse o il vantaggio cui fa riferimento la normativa in esame devono essere valutati alla stregua della complessa organizzazione che secondo dati di comune esperienza hanno ormai assunto i gruppi economico – finanziari. Da ciò discende che la loro incidenza non può essere rapportata esclusivamente con riferimento ad una singola società appartenente ad un gruppo ma deve essere considerata anche con riguardo alle ricadute di utilità che in una struttura articolata si verificano anche nei confronti delle società collegate*²⁶. [...] *Una diversa lettura del dato normativo si tradurrebbe in una sostanziale elusione del principio, che potrebbe essere agevolmente aggirato specie in una struttura di gruppo, normalmente assunta dagli operatori economici più importanti”*.

La vicenda è stata esaminata anche in secondo grado dalla Corte d’Appello di Milano, che, con la sentenza n. 3830/2012²⁷, ha aderito alle conclusioni cui è giunto il giudice di primo grado e ha specificato che *“Tutt’altro che generico, ed anzi, da tutte le società assolutamente condiviso, era l’interesse di vendere gli immobili ottenendo in cambio l’ingente numero di azioni di [omissis]: non risulta in alcun modo che alcuna delle società del gruppo avesse obiettato all’altra la strategica conduzione dell’operazione, né che l’una abbia accusato l’altra di essersi appropriata di beni o assets che non fossero suoi. Del resto, la rilevanza dell’interesse di tutte le società a porsi come gruppo di sostegno del patrimonio l’una dell’altra è ampiamente evidenziato anche dalle vicende, successive ai fatti di causa, avvenute quando [omissis] veniva posta in liquidazione”*. La vicenda processuale si è conclusa con la pronuncia n. 12989/2013 della Corte di Cassazione²⁸, che ha confermato le motivazioni espresse nei precedenti gradi di giudizio e ha dichiarato la sussistenza della responsabilità amministrativa dell’intermediario.

Attualmente, dunque, la responsabilità amministrativa *ex d.lgs. n. 231/2001* si fonda sul singolo soggetto giuridico, quand’anche appartenente a un gruppo. L’impianto individualistico del decreto, costruito con riferimento alla responsabilità amministrativa, si riflette fisiologicamente anche sull’istituzione dei sistemi di prevenzione e sulla capacità esimente degli stessi. Non esiste un

²⁵ Trib. Milano, sez. II, 10 ottobre 2011, n. 6605, imputati B.C., B.B., C.G., D.M.A., F.A., F.A.G., F.F.M., G.L., G.F., G.L., M.G., P.L., R.P.S., S.I., T.S.

²⁶ La motivazione prosegue illustrando le specificità del caso concreto, ove *“è bensì vero che apparentemente beneficiaria diretta è stata la [capogruppo] ma in quanto socia unica di [controllata], quest’ultima è da considerarsi effettiva destinataria dei benefici economico-finanziari derivati dalle erogazioni di crediti ricevuti da [la capogruppo]”*.

²⁷ Corte App. Milano, sez. V, 11 giugno 2012, n. 227.

²⁸ Cass., sez. II, 21 marzo 2013, n. 2935. La Corte ha ritenuto corretto il giudizio espresso dal Tribunale di primo grado *“che, sullo specifico punto in discussione, così ha motivato: ‘indubbio è l’interesse o il vantaggio conseguiti dell’ente. A tale riguardo si richiamano le considerazioni sopra esposte circa la partecipazione di omissis al patto occulto, partecipazione che non è stata certamente neutra ma volta ad ottenere proprio in contropartita una serie di ‘agevolazioni’ per le società del gruppo, in particolare per omissis, società controllante di [omissis]”*.

modello che sia redatto dalla capogruppo per tutto il gruppo²⁹, e, sebbene questa possieda comunque notevoli poteri di direzione e coordinamento, ogni società è tenuta a strutturare il proprio modello e i propri presidi di controllo.

In tale direzione si pongono anche i *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, ove si legge che “pur disponendo di riferimenti dottrinali, linee guida, best practices e standard internazionali, non è possibile definire un unico percorso che possa garantire l'idoneità e la conseguente validità esimente dei Modelli. [...] È opportuno fare riferimento al principio in questione anche in relazione, ad esempio, ai gruppi di imprese, laddove ogni società, essendo un soggetto giuridico autonomo, dovrà adottare un proprio Modello che abbia riguardo delle caratteristiche organizzative e delle attività operative svolte da ciascun Ente del gruppo stesso”³⁰.

A tal proposito pare opportuno menzionare il peculiare caso – particolarmente rappresentativo della speciale rilevanza dell'appartenenza ad un gruppo – di una banca milanese, specializzata in contratti di consulenza, che, essendosi ‘sganciata’ da un gruppo, ha proseguito la propria attività in forma *stand alone* e ha all'uopo rivisto “completamente” il proprio modello in virtù della nuova operatività, dandone evidenza nel modello medesimo.

Le più risalenti linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana, dal canto loro, contengono una disposizione piuttosto asciutta sulla predisposizione del modello all'interno del gruppo bancario³¹. Le linee guida in parola cristallizzano una libertà di forma e contenuto temperata dal riconoscimento del ruolo di coordinamento della capogruppo nella predisposizione di indirizzi comuni, che

²⁹ Cfr. C. PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2020, 5, p. 751, la quale sottolinea che la dottrina ripudia la capacità esimente di un modello di gruppo, vale a dire realizzato dalla *holding* ma destinato a trovare applicazione in tutte le società del gruppo. La ragione risiederebbe nell'autonomia giuridica che ogni società, seppur eterodiretta, mantiene, sotto il profilo della gestione: gli amministratori sarebbero gli unici responsabili delle misure che concernono gli aspetti organizzativi. L'Autrice, tuttavia, ritiene verosimile e ammissibile che le controllate, come spesso avviene, recepiscono supinamente le disposizioni della capogruppo assorbendole nel proprio modello, purché siano effettivamente valutate, ritenute idonee, ratificate e motivate dall'organo amministrativo delle singole società.

³⁰ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, in collaborazione con ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE e CONFINDUSTRIA, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2019, p. 12.

³¹ Le linee guida dell'Associazione di categoria (ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *Linee guida per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*), p. 44, con riferimento ai “modelli organizzativi nell'ambito del gruppo bancario”, prevedono che: “[o]gni banca, anche se appartenente ad un gruppo, valuta l'opportunità di dotarsi di un sistema organizzativo, in funzione delle proprie dimensioni e della attività svolta, secondo quanto espresso nei precedenti paragrafi. Fermo restando l'opportunità che ciascuna società valuti autonomamente le iniziative da assumere, sarà cura della capogruppo – anche al fine di contenere i costi e di migliorare l'efficienza e l'efficacia dei modelli elaborati dalle società appartenenti al gruppo – informare le controllate degli indirizzi da essa assunti in relazione alla prevenzione dei reati di cui al d.lgs. n. 231/2001 e suggerire criteri generali cui queste potranno uniformarsi, verificandone l'applicazione”.

la medesima può attuare attraverso il suggerimento di ‘criteri generali’ di cui supervisionare l’applicazione.

A tal proposito, occorre rilevare che, soprattutto nei gruppi bancari, l’accentramento nella capogruppo delle funzioni di coordinamento, direzione, indirizzo e controllo si esercita con notevole decisione nell’ambito della prevenzione *ex d.lgs. 231/2001*. Nella predisposizione dei MOG all’interno dei gruppi, invero, la capogruppo assume un ruolo determinante nella predisposizione delle coordinate lungo le quali devono muoversi le altre società del gruppo per la realizzazione del proprio modello, talvolta avocando a sé il potere decisionale in ambito organizzativo anche per conto delle controllate³².

Ogni modello, tuttavia, per essere realmente efficace, deve essere strutturato tenendo conto delle specificità aziendali ed operative di ciascun ente. Non potrebbe essere riconosciuta efficacia esimente a un modello eccessivamente generalista e omnicomprensivo, privo di un taglio concretamente adattato alle esigenze della singola società. L’inadeguatezza di un approccio generico costituisce un caposaldo della disciplina della prevenzione e nell’ambito dei gruppi appare quanto mai opportuno che sia ribadita l’autonomia, se non l’indipendenza, di ogni componente nell’ideazione di un sistema ponderato e misurato sulle specifiche realtà aziendali. Ciò in quanto la predisposizione dei modelli costituisce un onere, il cui mancato assolvimento può tradursi, in caso di commissione di un reato-presupposto, in una sanzione per non aver istituito adeguati assetti di prevenzione³³.

Non solo, l’adozione di un MOG per ogni società del gruppo, sebbene verosimilmente redatto in osservanza delle regole generali predisposte dalla capogruppo, risulta assolutamente rilevante anche per la concreta realizzazione dei meccanismi di prevenzione che il modello concorre a strutturare. Ogni soggetto giuridico del gruppo deve avere cura di definire la propria *gap analysis*, il proprio *risk assesment* e i protocolli di prevenzione specificatamente tarati sull’attività aziendale.

Nondimeno, è naturale che un’analisi corretta debba considerare l’attività del soggetto nel più ampio contesto del gruppo di appartenenza e che non possa fare a meno di esaminarne le dinamiche tenendo conto delle interazioni con l’attività più o meno consolidata di tutto il gruppo³⁴. Non pare, infatti, ammissibile, un modello adeguato predisposto da una controllata facente parte di un gruppo che non tenga conto di questa condizione e dell’azione di coordinamento e direzione della capogruppo o degli indirizzi predisposti da quest’ultima³⁵.

³² S. BARTOLOMUCCI, *Il gruppo bancario e l’azione di crime prevention ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 2.

³³ P. VERNERO, M.F. ARTUSI, L. VERNERO, *Gruppi bancari e responsabilità 231*, cit., p. 5.

³⁴ P. VERNERO, M.F. ARTUSI, B. PARENA, *Alcune note peculiari circa la disciplina dell’OdV nelle banche*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2021, 1, p. 208.

³⁵ Così C. PRESCIANI, *Il modello organizzativo ex artt. 6-7 d.lgs. 231/2001*, cit., p. 751.

Se l'ABI sottolinea l'opportunità di un coordinamento attento anche per ragioni di efficienza economica e di *governance*³⁶, la dottrina appare piuttosto ferma nel riconoscere la crucialità del ruolo di indirizzo della capogruppo, quale espressione delle sue funzioni naturali di direzione e coordinamento, che si esercita soprattutto grazie ai rapporti fiduciari infragruppo³⁷.

Appare una prassi consolidata quella della capogruppo di prevedere, nel proprio modello, che le controllate adottino uno schema non difforme da quello tracciato dalla capogruppo e che anzi, ferma restando l'autonomia dei singoli componenti, ne diano conto nei propri modelli o tramite informative alla capogruppo. Allo stesso modo, è frequente riscontrare che le capogruppo nei propri modelli dichiarino di aver emanato specifiche linee guida per la redazione dei modelli che ogni società del gruppo è tenuta a osservare.

Le differenze che intercorrono tra il modello della capogruppo, come detto, sovente proposto come schema, se non riprodotto e recepito direttamente³⁸, e i modelli delle controllate, si riflettono nella concreta diversità operativa delle varie realtà del gruppo.

Oltre ad impartire istruzioni circa la redazione dei modelli, la capogruppo normalmente si riserva anche una funzione di controllo permanente degli stessi attraverso la *predisposizione* di adeguati flussi informativi e attività di *reporting* che garantiscano il costante coordinamento tra tutte le società del gruppo e la capogruppo³⁹.

Un chiaro esempio di quanto detto sinora si riscontra nel modello della capogruppo Unicredit, ove si legge che l'intermediario, "*consapevole*" dell'importanza rivestita dalla corretta predisposizione e dalla concreta realizzazione dei meccanismi di prevenzione previsti dal d.lgs. n. 231/2001 all'interno dell'intero gruppo, comunica alle società del gruppo tenute ad adottare il modello le linee guida e i principi che devono essere seguiti nella redazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo. Tali linee guida devono formare oggetto di trasmissione anche nei confronti delle "*controllate delle controllate*" a cura di queste ultime, al fine di garantire la massima coerenza nella struttura preventiva di gruppo.

³⁶ ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *Linee guida*, cit., p. 44.

³⁷ Sul punto R. LOTTINI, *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lg. n. 231 del 2001 (parte I)*, cit., p. 2278.

³⁸ Non manca chi riavvisi l'inutilità dei modelli delle capogruppo assorbiti senza le dovute modifiche dalle controllate (così A. BERNASCONI, «Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi, in *Diritto penale e processo*, 2014, 12, p. 1438). L'appiattimento delle scelte delle singole società del gruppo sull'architettura preventiva predisposta dalla capogruppo produrrebbe la cristallizzazione di un piano di controllo inefficace che mal si adatta ad esigenze di realtà operative anche molto differenti tra loro.

³⁹ P. VERNERO, M.F. ARTUSI, B. PARENA, *Alcune note peculiari circa la disciplina dell'OdV nelle banche*, cit., p. 209.

A seguire, si legge che le società adottano con delibera del consiglio di amministrazione un proprio modello, confezionato “*in considerazione della natura e del tipo di attività svolta*”, ma al tempo stesso strutturato sulla base delle indicazioni fornite dalla capogruppo⁴⁰. Non solo, la controllante ha persino previsto un meccanismo di interazione tra la propria struttura di *compliance* e le altre società del gruppo, teso a risolvere eventuali dubbi che dovessero sorgere in sede di predisposizione dei modelli secondo le direttive comunicate dalla capogruppo⁴¹.

Quest’ultima si riserva altresì il potere di verificare la rispondenza dei modelli delle società del gruppo ai criteri impartiti, fatte salve le specificità operative che ben possono giustificare una deroga alle previsioni della capogruppo e impedire la rigida predisposizione di un *framework* di regole aspecifiche. Come illustrato nel medesimo modello della capogruppo, invero, le controllate mantengono sempre intatta l’autonomia “*di assumere le decisioni ritenute più adeguate in relazione alla concreta realtà*” aziendale e alle esigenze operative da questa scaturenti.

Anche il modello di un’altra capogruppo bancaria, esercente il controllo su altri due intermediari bancari, fa salva l’autonoma attuazione del modello da parte delle controllate, ma specifica che queste ultime non potranno prevedere disposizioni “*incompatibili o contrastanti rispetto alle indicazioni ricevute dalla capogruppo*”.

La capogruppo BPM scrive nel proprio MOG⁴² di aver adottato, a livello di gruppo, una struttura organizzativa coesa e unitaria, dal punto di vista della conduzione strategica ed economica, anche nell’ottica di studiare compiutamente un progetto di prevenzione che tenga conto di tutte le dinamiche del gruppo globalmente intese. In tale contesto il modello della capogruppo si pone come paradigma per l’adozione di quello delle altre società, salve le esigenze specifiche di ogni realtà operativa che consentono ai singoli soggetti di discostarsi dalle linee guida per realizzare più efficacemente gli obiettivi di prevenzione. La capogruppo si è occupata di definire nel modello anche le linee guida specifiche per la nomina dell’OdV da parte delle controllate, illustrando i benefici della composizione mista di un organo collegiale che presenti membri interni ed esterni.

Simili previsioni sono contenute nei modelli di un altro gruppo piuttosto ampio, capeggiato da CREDEM Banca⁴³, ove è specificato che la capogruppo si impegna a divulgare il proprio modello “*quale linea guida di sviluppo del*

⁴⁰ Nel modello della capogruppo, invero, si legge anche che le controllate devono tenere conto dei contenuti delle direttive ricevute dalla capogruppo per la predisposizione dei propri modelli.

⁴¹ Segnatamente, questa parte del modello prevede che le società appartenenti al gruppo debbano informare la struttura di *compliance* della capogruppo circa eventuali aspetti di difficoltà nella redazione del modello secondo le direttive tracciate dalla capogruppo. La funzione *compliance*, inoltre, deve essere informata con riguardo alla soluzione che le società intendono attuare per far fronte ai menzionati attriti con i criteri impartiti dalla capogruppo prima dell’adozione del modello da parte degli organi sociali.

⁴² Consultabile nell’apposita sezione del sito dell’intermediario: <https://gruppo.bancobpm.it>.

⁴³ Si veda la seguente pagina: <https://www.credem.it>.

Modelli Organizzativi” presso le altre società del gruppo⁴⁴. Nel modello, inoltre, è previsto che tali linee guida debbano essere oggetto di specifica valutazione da parte dell’OdV nominato nelle singole società del gruppo al fine di deliberarne il recepimento nei rispettivi modelli.

Il modello della capogruppo Intesa Sanpaolo⁴⁵ contiene numerose precisazioni in ordine agli indirizzi che le società del gruppo devono osservare nella redazione del proprio modello, indirizzi che la capogruppo dichiara di impartire in ragione “*della sua peculiare funzione*”. Nel modello sono anche esplicitati e riportati i principi di indirizzo⁴⁶ da seguire per la predisposizione del modello, sempre nel rispetto dell’autonomia giuridica delle società.

Segnatamente, tali principi concernono la mappatura dei rischi che deve precedere l’individuazione dei medesimi e delle rispettive misure di prevenzione; la nomina di un OdV seguendo le indicazioni della capogruppo nella scelta dei suoi componenti; l’aggiornamento sistematico del modello; l’attività di formazione del personale; l’adozione di un presidio specifico dei processi definiti sensibili unitamente alle tecniche di prevenzione e controllo per garantirne il funzionamento corretto; l’avviamento, con cadenza annuale, del processo di autodiagnosi per l’implementazione dei presidi di controllo; l’attività di informativa periodica diretta alla capogruppo.

Il modello prevede altresì la collaborazione per l’attuazione del modello tra le funzioni competenti della capogruppo e le singole società, nonché, ove ritenuto necessario, la collaborazione tra l’OdV della capogruppo e gli OdV degli altri intermediari facenti parte del gruppo al fine di garantire una “*migliore e più efficace vigilanza*”.

Particolare rilievo assume l’organizzazione per la predisposizione dei modelli all’interno dei gruppi bancari cooperativi, ove il forte potere di indirizzo e direzione della capogruppo trova la sua massima espressione nella

⁴⁴ Nel MOG della capogruppo si legge che tale scelta risponde all’esigenza di prevenire il fenomeno del contagio della responsabilità tra le società del gruppo e da queste ultime verso la capogruppo. La capogruppo, invero, rappresenta che nell’operatività del gruppo essa assume un ruolo attivo nelle scelte decisionali che concernono la gestione delle società del gruppo, anche attraverso la presenza, all’interno della capogruppo, di comitati di *governance* che partecipano o dirigono le attività delle società del gruppo. Anche un’altra capogruppo ha dichiarato, nel proprio modello, di volerlo divulgare alle altre società del gruppo per prevenire il compimento da parte di esponenti delle singole società di condotte rilevanti ai sensi del decreto, le quali potrebbero ingenerare anche una responsabilità della capogruppo.

⁴⁵ Liberamente consultabile sul sito dell’intermediario: <https://group.intesasnpaolo.com>.

⁴⁶ L’autonomia decisionale, oltre che soggettiva e giuridica, deve essere comunque giustificata e portata a conoscenza della capogruppo. Più mite, invece, sembra essere l’approccio di una capogruppo con sede legale nel Nord Italia che nel proprio modello ribadisce plurime volte l’autonomia delle società facenti parte del gruppo e dei rispettivi OdV e dichiara di aver previsto, come linea guida di carattere generale, uno schema di modello concernente la formazione degli organismi di vigilanza e lo “*scambio di idee*” sulle materie di interesse del decreto. Alle controllate, dunque, non pare essere stato imposto alcun vincolo; tuttavia, si specifica nel MOG della capogruppo che queste sono state debitamente sensibilizzate sull’importanza della prevenzione anche nell’ottica di evitare che la capogruppo subisca conseguenze scaturenti dai comportamenti dei loro esponenti.

predisposizione di specifiche linee guida emanate nell'ambito di un più ampio progetto di coordinamento per la prevenzione richiesta dal d.lgs. 231/2001.

Nello specifico, la capogruppo di un gruppo bancario cooperativo ha adottato un documento *ad hoc* teso a delineare i principi e i criteri a cui devono attenersi le altre banche del gruppo per la predisposizione del proprio modello e, segnatamente, i contenuti minimi dello stesso, le attività necessarie per l'adozione e l'aggiornamento dei modelli e i meccanismi di coordinamento diretti a garantire il funzionamento dei meccanismi di prevenzione⁴⁷.

La capogruppo di un altro numeroso gruppo bancario cooperativo ha dichiarato di aver avviato un vero e proprio progetto per la definizione di linee guida univoche per la predisposizione dei MOG. La capogruppo, dunque, si sta occupando di promuovere la predisposizione dei modelli in tutte le banche del gruppo attraverso la propria attività di direzione e coordinamento anche al fine di sfruttare le economie di scala accentrando presso di sé la gestione di alcune attività di particolare rilevanza. Come adempimento prodromico, inoltre, ha definito il quadro normativo interno al gruppo e individuato gli strumenti e le metodologie di mappatura e gestione dei processi aziendali.

La capogruppo Banca Popolare dell'Emilia Romagna dispone nel proprio modello⁴⁸ che tutte le sue controllate adottino un modello 231, coerente con le indicazioni fornite sul punto dalla capogruppo, la quale delinea "*l'obbligatorietà*" di alcuni aspetti specifici ritenuti essenziali per la costruzione del modello. Prevede inoltre che le controllate istituiscano al loro interno un OdV. Si distingue dalle indicazioni presenti nei modelli sinora esaminati delle altre capogruppo la posizione piuttosto decisa assunta da questa capogruppo nel predisporre la trasmissione alle controllate di direttive definite vincolanti con riferimento alla struttura, ai contenuti minimi e alla progettazione del modello, nonché all'aggiornamento dello stesso. L'intento sembrerebbe riposare nell'obiettivo di realizzare un disegno unitario, "*minimale, ma necessario*", su cui innestare le specificità aziendali e operative delle altre società del gruppo⁴⁹.

Vi sono anche diverse eccezioni, vale a dire capogruppo o società facenti parte di un gruppo che non contemplano nei propri modelli alcuna previsione concernente l'adattamento a linee guida predeterminate, come la capogruppo Banca del Fucino⁵⁰. In tali casi, tuttavia, è possibile rintracciare il coordinamento del gruppo nelle *policy* (i.e. anticorruzione o in materia di *whistleblowing*) e

⁴⁷ Esaminando i modelli di tutte le banche del gruppo è possibile notare che la quasi totalità degli intermediari ha ricalcato fedelmente il modello proposto dalla capogruppo quanto meno nella struttura del modello. Nei rispettivi modelli, alcune banche aderenti danno evidenza, in guisa più o meno simile, dell'adesione alle istruzioni della capogruppo.

⁴⁸ Lo si può trovare sul sito dell'intermediario: www.bper.it.

⁴⁹ A tal proposito nel MOG si legge altresì che il carattere vincolante delle indicazioni non contrasta con i principi di autonomia riconosciuti in capo alle controllate, in quanto il modello rimane comunque a sé stante per ogni componente del gruppo, pur costituito in virtù di un impianto minimo comune a tutto il gruppo.

⁵⁰ Il modello è reperibile sulla pagina dell'intermediario: www.bancafucino.it.

nei codici (etici o di comportamento) vigenti in tutte le società del gruppo. Ne costituisce un esempio il modello di Mediobanca⁵¹.

A tal proposito, all'interno della mappatura dei rischi e nella predisposizione dei meccanismi di controllo e prevenzione, si rileva che la quasi totalità dei modelli opera un richiamo costante, nell'illustrazione delle procedure da seguire per la conduzione delle attività definite sensibili, al codice etico e al codice di comportamento di gruppo, che disciplinano sia i rapporti interni alle singole società, che i rapporti infragruppo.

Tale richiamo assume una portata molto rilevante nella definizione delle procedure da seguire, in quanto, a differenza dei modelli che spesso mostrano un elevato grado di standardizzazione, questi 'manuali di condotta' risultano perfettamente ritagliati sull'attività delle singole società e talvolta declinano con nettezza e specificità la conduzione dei rapporti tra le società del gruppo e la capogruppo⁵².

Sebbene ogni banca debba provvedere alla propria, personalissima, mappatura dei rischi aziendali e operativi, spesso le controllate riportano, per ogni fattispecie di reato cui associano i protocolli di prevenzione, il rispettivo regolamento assunto nell'ambito del gruppo teso proprio ad indentificare le procedure corrette⁵³.

Nella parte speciale del modello di una società controllata facente parte di uno dei maggiori gruppi bancari italiani, ad esempio, sono previste specifiche procedure di gestione del rischio di riciclaggio, oggetto di una *policy* dedicata. Nel modello si legge che tale documento, emanato in osservanza dell'omologo predisposto dalla capogruppo, rappresenta la base fondamentale su cui adeguare i processi e i controlli anche ai fini di prevenzione richiesti dal d.lgs. 231/2001. Nel documento di *policy*, invero sembrerebbero essere già contenute tutte le procedure studiate a livello di gruppo per strutturare i processi operativi in chiave preventiva e di controllo.

⁵¹ Si veda il MOG della capogruppo sul sito www.mediobanca.com.

⁵² È frequente riscontrare all'interno dei modelli la dicitura secondo cui la parte speciale deve essere posta "*in relazione*" con i principi, i processi e finanche le disposizioni tecniche contenute nel codice etico del gruppo e nel codice di comportamento, per garantire la massima prevenzione delle condotte scorrette e osservare il tracciamento delle procedure operative su cui si declinano materialmente i rapporti di gruppo.

⁵³ Ne sono un esempio i regolamenti relativi ai rapporti con la P.A.; i regolamenti concernenti l'affidamento di determinati servizi a imprese esterne al gruppo; i regolamenti anticorruzione e le *policy* di gruppo in materia di antiriciclaggio; i regolamenti interni sul sistema delle deleghe; i regolamenti di gruppo relativi alla gestione delle partecipazioni; i documenti tesi a disciplinare i rapporti con le parti correlate e la gestione dei conflitti di interesse; quelli relativi al trattamento dei dati e alla gestione del patrimonio informativo di tutto il gruppo; i regolamenti concernenti le norme che disciplinano gli aspetti di salute e sicurezza sul lavoro. È frequente riscontrare anche regolamenti di gruppo sul sistema contabile e di gestione del rischio fiscale, nonché regolamenti inerenti al rapporto con le Autorità di vigilanza.

Un ulteriore aspetto che appare decisamente rilevante nella predisposizione dei meccanismi preventivi all'interno dei modelli attiene ai regolamenti che disciplinano i sistemi di gruppo per la sicurezza informatica. Il sistema informatico, invero, soprattutto nelle dinamiche di un gruppo, ove le componenti devono interagire per assicurare una direzione strategica comune, costituisce un elemento fondamentale per la sicurezza dei processi interni e proprio per questo è spesso oggetto di una specifica *policy* adottata a livello di gruppo. Nella parte speciale del modello di una *holding*, ad esempio, si può osservare come la *policy* di governo e gestione del sistema informatico sia richiamata in quanto il documento definisce i principi e le regole destinate alla gestione e alla supervisione delle procedure del sistema informatico che devono essere adottate da tutte le società del gruppo.

Il modello di Intesa Sanpaolo, nell'indicazione dei comportamenti da seguire per assicurare l'efficace funzionamento dei processi o dei meccanismi di prevenzione, opera un esplicito richiamo ai propri regolamenti interni di gruppo, concernenti anche singoli servizi o specifiche funzioni. Soprattutto in quelle realtà ove molte funzioni sono centralizzate a livello di capogruppo, questi documenti adottati o ratificati da tutte le società costituiscono un elemento fondante per la definizione dei controlli e delle procedure corrette.

L'appartenenza ad un gruppo bancario, dunque, ha un rilievo decisivo per l'individuazione delle attività sensibili⁵⁴ e per la conseguente gestione dei protocolli di controllo e prevenzione. Non solo, l'aderenza ad un gruppo bancario, come si riscontra nei modelli, rileva soprattutto per quelle categorie di fattispecie rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 che attengono alla rappresentazione della situazione economica e finanziaria del gruppo⁵⁵.

A tal proposito, un ulteriore profilo di rilievo per la rappresentazione della situazione societaria nel suo complesso che concerne l'appartenenza ad un gruppo bancario riguarda i rapporti con l'autorità di vigilanza. Nello specifico, la condotta di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza costituisce una delle fattispecie che sono maggiormente contestate agli intermediari creditizi; nel caso dei gruppi bancari, dato il ruolo di referente della capogruppo, la gestione dei rapporti con le autorità di vigilanza diviene oggetto di disciplina in specifici documenti di *policy* di gruppo.

⁵⁴ Si pensi, ad esempio, a quei gruppi in cui le società del gruppo esternalizzano delle funzioni (*i.e.* antiriciclaggio) alla capogruppo. Si noti che nel caso di esternalizzazione e accentramento delle funzioni di controllo alla capogruppo, le società sono tenute a “*descrivere i presidi adottati per evitare l'introduzione di elementi di fragilità connessi con la minore vicinanza delle funzioni aziendali di controllo ai punti operativi che generano i rischi*” (BANCA D'ITALIA, Circolare n. 285/2013, Titolo I, Capitolo 1, All. A, p. 88).

⁵⁵ Ne costituiscono un esempio le fattispecie rilevanti ai fini fiscali (art. 25-*quinqüiesdecies* d.lgs. n. 231/2001), quelle relative alle comunicazioni sociali (art. 25-*ter*, lett. *a*), *a-bis*), *b*), d.lgs. n. 231/2001) o quelle che attengono alle condotte di aggrottaggio e manipolazione del mercato (art. 25-*ter*, lett. *r*), d.lgs. n. 231/2001 e art. 25-*sexies* d.lgs. n. 231/2001).

Diversi modelli, sia di capogruppo che di controllate, riportano nelle proprie matrici dei rischi e delle attività la gestione dei rapporti e delle comunicazioni con le autorità di vigilanza. In particolare, il modello di una *holding* prevede specifici processi di comunicazione tra tutte le società del gruppo al fine di consentire alla capogruppo di svolgere al meglio il suo ruolo di referente e responsabile nei rapporti con l'autorità di vigilanza. Tale *holding* disciplina altresì nel proprio codice etico, espressamente richiamato dalla parte speciale del modello, le relazioni con l'autorità di vigilanza (considerate come una “*macro attività sensibile*”), le quali devono essere informate a principi di correttezza, trasparenza, professionalità e massima collaborazione. Con riferimento alla capogruppo, il modello, dato atto delle “*relazioni sistematiche*” che essa è tenuta ad intrattenere con le autorità di vigilanza, prescrive il necessario tracciamento di tutte le attività relative alla gestione dei rapporti con le autorità di vigilanza.

La dimensione consolidata in cui opera la banca, inoltre, emerge nella predisposizione della parte speciale dei modelli allorché la mappatura del rischio viene condotta con la prospettiva di valutare la portata dei rischi a fini preventivi non solo all'interno della singola società, ma anche con riferimento a tutto il gruppo e, in particolar modo, nei confronti della capogruppo. In alcuni modelli, ad esempio, è possibile riscontrare l'individuazione del cosiddetto interesse di gruppo⁵⁶, anche nell'ottica di mappare ed emarginare con maggiore precisione le attività che appaiono sensibili ai fini dell'eventuale estensione della responsabilità tra le società del gruppo o verso la capogruppo.

L'attività di coordinamento operata dalla capogruppo spesso è agilmente evincibile anche nel disegno dell'attività dell'OdV. Così come per i MOG, tuttavia, non risulta efficace, per il riconoscimento della capacità esimente dei meccanismi di prevenzione, la nomina di un solo organismo di vigilanza per tutto il gruppo.

Nel richiamato documento redatto dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili congiuntamente con l'ABI, il Consiglio Nazionale Forense e Confindustria sull'aggiornamento delle linee guida per la predisposizione dei modelli 231⁵⁷, si prevede espressamente che “*nei Gruppi di imprese, è opportuno che ogni società controllata adotti un proprio specifico Modello e nomini un proprio OdV, con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità (fatta salva la possibilità di attribuire tali poteri all'organo dirigente della società controllata se di piccole dimensioni, ex art. 6, comma 4, del D.Lgs. 231/2001)*”. È considerato inoltre opportuno che la capogruppo eserciti la propria attività di coordinamento evitando

⁵⁶ Tra quelli esaminati, ad esempio, il modello di una controllata milanese specializzata nel private banking, riporta la definizione di interesse di gruppo ai fini dell'inquadramento dei casi in cui possa venire in rilievo una dimensione condivisa della responsabilità.

⁵⁷ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, in collaborazione con ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE e CONFINDUSTRIA, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, p. 35.

indebite ingerenze, o anche decise influenze, sugli organi delle controllate⁵⁸. Come rilevato poco sopra, invero, la capogruppo spesso adotta disposizioni specifiche con riferimento alle attività degli OdV del gruppo, prevedendone la cooperazione e spesso imponendo obblighi informativi e di *reporting* nei confronti del proprio OdV.

A tal proposito, può apparire significativo il MOG di Banca Reale⁵⁹, ove si legge che è previsto il coordinamento tra gli OdV presenti in tutte le società del gruppo, sotto la direzione dell'OdV della capogruppo, al quale è riconosciuta la facoltà di acquisire la documentazione necessaria per la propria attività di supervisione, attività che, inoltre, può essere condotta anche attraverso controlli periodici e verifiche mirate sulle attività a rischio gestite dalle società del gruppo.

Molto dettagliate risultano le previsioni relative a queste forme di coordinamento nell'ambito di uno dei maggiori gruppi bancari italiani, quello diretto da Intesa Sanpaolo: il MOG della capogruppo prevede l'inoltro di specifici flussi informativi da parte degli OdV delle controllate su richiesta dell'organismo della capogruppo, il quale è abilitato a richiedere le informazioni necessarie allo svolgimento delle attività di controllo di sua pertinenza⁶⁰.

Specularmente, il modello di una controllata prevede che il proprio OdV sia obbligato ad adempiere alle richieste della capogruppo, e sia tenuto a inoltrare flussi informativi all'OdV della capogruppo necessari per lo svolgimento delle attività di controllo. L'organismo della controllata è anche tenuto a trasmettere alla controllante la propria relazione annuale.

Nel modello della capogruppo Banco di Desio e della Brianza⁶¹ si legge che l'OdV della medesima svolge un ruolo di impulso e coordinamento 'ad alto livello' delle attività degli OdV delle altre società del gruppo bancario e

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, "in caso di previsione di attività di coordinamento tra i diversi Organismi di Vigilanza di un Gruppo, è opportuno evitare l'introduzione di poteri di ingerenza dell'OdV della capogruppo, nei confronti degli Organismi di Vigilanza delle società controllate". L'attività di coordinamento, tuttavia, è valutata positivamente nel suo complesso; quanto alle possibili modalità di conduzione dell'azione comune da parte della capogruppo, "[i]l coordinamento si realizzerà, ad esempio, attraverso l'emanazione, da parte dell'OdV della società controllante di linee guida tese ad assicurare l'omogeneità di azione degli Organismi di Vigilanza delle società controllate, che potranno implementarle in piena autonomia; oppure, in sede di redazione della Relazione annuale, attraverso una nota informativa dell'organismo di ciascuna società controllata verso l'OdV della capogruppo che sintetizzi le attività svolte, allo scopo di consentire una valutazione, da parte dell'organismo della capogruppo, in merito alla auspicabile coerenza metodologica e allo stato di aggiornamento dei Modelli 231 delle società controllate" (*ibidem*, p. 35).

⁵⁹ Si veda il modello della capogruppo sul sito www.bancareale.it.

⁶⁰ Il modello della capogruppo prevede altresì che gli OdV sono tenuti a comunicare anche ogni modifica dei modelli che si renda necessaria per la loro efficace attuazione e per la rispondenza dei medesimi ai criteri impartiti dalla capogruppo. È prevista, inoltre, una interessante attività di coordinamento tra gli OdV della banca e delle società controllate condotta attraverso incontri periodici in cui condividere temi e questioni di rilevanza comune.

⁶¹ Liberamente consultabile sulla pagina dell'intermediario: www.bancodesio.it.

proprio per favorire questa forma di sinergia operativa gli OdV stringono accordi per garantire l'omogeneità e la coerenza di azione nell'ambito del gruppo. È inoltre specificato che all'organismo della capogruppo è riconosciuta la facoltà di attribuire incarichi di *audit* e di investire nella formazione sulla prevenzione ex d.lgs. 231/2001.

Come anticipato, la capogruppo, oltre a impartire direttive per la formazione dei MOG nelle altre società del gruppo, spesso ne controlla anche l'effettiva attuazione; dal punto di vista pratico, tale supervisione spesso si esercita attraverso la collaborazione tra gli organismi di vigilanza.

Ad esempio, il MOG della capogruppo IBL Banca⁶² prevede che l'OdV della stessa chieda agli organismi delle controllate di verificare che siano stati effettivamente recepiti i criteri di redazione e gli elementi di impianto minimali richiesti dalla capogruppo per la redazione del modello. Gli organismi delle altre società, inoltre, devono comunicare all'OdV della capogruppo le violazioni rilevanti ai fini della disciplina 231 rintracciate nelle rispettive attività aziendali, nonché le eventuali criticità rilevate nell'applicazione pratica dei meccanismi predisposti nei modelli. Nel gruppo in parola, l'OdV della capogruppo sembrerebbe avere un ruolo determinante anche in ordine alla responsabilizzazione generalizzata circa i contenuti del decreto, il rispetto dell'adeguatezza rispetto alle linee guida fornite dalla capogruppo e l'importanza della cultura della prevenzione.

Maggiore spazio di azione sembra invece essere riconosciuto agli organismi di vigilanza delle controllate di un altro gruppo bancario, guidato dalla Cassa di Risparmio di Asti⁶³: gli OdV hanno il potere di valutare l'applicabilità alla società presso la quale operano degli indirizzi forniti dall'organismo della capogruppo. Ciononostante, resta l'impianto fondato sull'accentramento nella capogruppo delle funzioni di indirizzo, coordinamento e controllo, anche per quanto concerne gli aspetti prevenzionistici.

Nel MOG di Banco BPM sono riportate tutte le funzioni principali dell'OdV, cui è attribuito il coordinamento dell'attività tesa a vigilare sull'applicazione del modello di organizzazione, gestione e controllo nell'ambito del gruppo, al fine di assicurarne una corretta ed omogenea attuazione. All'OdV della capogruppo, inoltre è riconosciuta la facoltà di interpellare gli organismi delle controllate affinché pongano in essere specifiche azioni di controllo dirette ad assicurare l'adozione e l'efficacia del modello. Nel gruppo in argomento, dunque, l'OdV della capogruppo appare detentore di una permeante e ramificata attività di controllo, più estesa rispetto a quella riconosciuta in capo agli “*omologhi*” delle altre

⁶² Disponibile sul sito www.iblbanca.it.

⁶³ Il modello è accessibile sulla pagina dell'intermediario: <https://www.bancadiasti.it>.

società. Non solo, l'OdV della capogruppo, proprio in ragione dei compiti di supervisione ad esso attribuiti, appare destinatario di tutti i flussi informativi necessari allo svolgimento della propria funzione, “*più completi*” di quelli che spettano a qualsiasi altro Organismo. Il modello prevede inoltre che il necessario coordinamento tra OdV avvenga “*de minimis*” attraverso l'attività di *reporting* degli organismi delle controllate.

In una capogruppo del settore bancario cooperativo le funzioni di coordinamento e controllo da parte dell'OdV sembrerebbero estrinsecarsi nella previsione, all'interno dei modelli di capogruppo e controllate, di specifici flussi informativi che consentono lo scambio costante tra organismi di vigilanza. Tali flussi sono disciplinati nel dettaglio quanto a frequenza, contenuto, occasione e modalità di inoltro in un apposito documento e sono stati strutturati allo scopo di consentire agli organi supervisor di attuare al meglio i meccanismi di allerta, controllo e prevenzione.

3. Il problema della “risalita” della responsabilità

L'impostazione “atomistica” del d.lgs. n. 231/2001, modellata sull'ente singolarmente considerato, lascia all'interprete il compito di definire lo statuto normativo della responsabilità da reato nel contesto dei gruppi societari. Premessa l'impossibilità di considerare il gruppo come soggetto giuridico unitario, dotato di una propria capacità giuridica⁶⁴, le vari questioni ermeneutiche ruotano attorno al problema di stabilire se e in presenza di quali condizioni vi possa essere una propagazione di responsabilità da reato dalla controllata alla capogruppo (responsabilità ascendente) e viceversa (responsabilità discendente), nonché, in un'ottica “orizzontale”, dalla controllata ad altra controllata nell'ambito del medesimo gruppo.

L'attenzione di dottrina e giurisprudenza si è per lo più focalizzata sulla prima ipotesi – responsabilità della capogruppo per reati commessi nell'ambito dell'attività delle società da essa controllate – avvertendosi il rischio di una automatica e pericolosa risalita della responsabilità, con conseguente indiscriminata “*penalizzazione a tutto tondo*”⁶⁵ dell'operato di capogruppo e controllata.

Dopo una prima fase di fisiologica incertezza, caratterizzata da un ampliamento dei confini della responsabilità della controllante tramite la criticata

⁶⁴ Parimenti non è possibile considerare il gruppo come macro-soggetto di fatto, riconducibile alla categoria degli enti privi di personalità giuridica di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 231/2001.

⁶⁵ G. LASCO, V. LORIA, M. MORGANTE, *Enti e responsabilità da reato: commento al d.lgs. 231/2001*, Torino, 2017, p. 19.

nozione di “interesse di gruppo”⁶⁶, è stato chiarito, in modo sostanzialmente condiviso, che la holding/controllante può essere ritenuta responsabile per il reato commesso nell’attività della controllata solo qualora ricorrano precise condizioni oggettive e soggettive: (i) sia stato commesso un reato presupposto nell’interesse o vantaggio immediato e diretto, oltre che della controllata, anche della capogruppo; (ii) vi sia un collegamento soggettivo qualificato tra l’autore del reato e la controllante, nel senso che il reato deve essere commesso, eventualmente anche a titolo di concorso, morale o materiale, da una persona fisica collegata in via funzionale alla capogruppo⁶⁷.

Si è inoltre esclusa la possibilità di configurare la responsabilità della capogruppo (e agli amministratori di questa) in forza di un obbligo giuridico di impedimento, rilevante *ex art. 40, comma 2, c.p.*, posto che l’attività di direzione e coordinamento non può fondare, di per sé, la responsabilità della controllante per l’omesso impedimento dell’illecito commesso nell’attività della controllata. Non vi è infatti alcuna disposizione che preveda in capo alla capogruppo (e ai suoi amministratori) l’obbligo giuridico e i poteri necessari per impedire la commissione di reati nella controllata⁶⁸.

⁶⁶ Il concetto di “interesse di gruppo” è stato valorizzato dalla prima giurisprudenza di merito. Si veda l’ordinanza emessa dal Gip presso il Tribunale di Milano il 20 settembre 2004 e quella del Tribunale di Milano in funzione di giudice del riesame del successivo 14 dicembre 2004, entrambe in *Foro Ambrosiano*, 2004, pp. 520 e ss. Le posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito sono state criticate dalla dottrina in ragione della vaghezza ed elasticità del concetto di “interesse di gruppo”, che finisce per consentire una inammissibile traslazione automatica della responsabilità da reato. Cfr. V. MONGILLO, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale (prima parte)*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, pp. 103 ss; A. BERNASCONI, *La responsabilità dell’ente. I criteri di imputazione. Il gruppo di imprese*, in A. PRESUTTI e A. BERNASCONI (a cura di) *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, pp. 60 ss; F. D’ARCANGELO, *La responsabilità da reato nei gruppi di società e l’abuso di direzione unitaria della holding*, in *Le Società*, 2017, p. 353.

⁶⁷ Cass., sez. V pen., 20 giugno 2011, n. 24583; Cass., sez. II pen., 27 settembre 2016, n. 52316, in *Cassazione penale*, 2017, 9, p. 3352, con nota di R. BERNARDINO. Tali decisioni prendono distanza dalle precedenti pronunce di merito sottolineando l’insufficienza di un generico interesse di gruppo e richiedendo, piuttosto, la prova dello specifico interesse o vantaggio conseguito, in via diretta, dalla capogruppo. In dottrina, in senso concorde alla giurisprudenza di legittimità, v. G. AMATO, *L’attribuzione della responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 all’interno dei gruppi di imprese*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, pp. 163 ss.

⁶⁸ In questo senso, E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1287; M. PELLISERO, E. SCAROINA, V. NAPOLEONI, *Principi generali*, in G. LATTANZI e P. SEVERINO (a cura di) *Responsabilità da reato degli enti*, Volume I, Torino, 2021, pp. 88-89. Si veda tuttavia in senso opposto Cass., sez. V pen., 10 gennaio 2001, n. 191, secondo la quale sussiste una posizione di garanzia a carico degli amministratori della controllante nei confronti della gestione della controllata con riferimento alla formazione del bilancio consolidato. Precisamente, laddove la falsità del dato contabile della controllata emerga nel corso del processo di consolidamento, la responsabilità del redattore del consolidato “è da ricondurre allo schema dell’art.40 cpv.c.p. ed alla relativa posizione di garanzia di cui sono investiti gli amministratori della capogruppo, in quanto collocati al vertice dell’ente che determina le scelte gestionali di quanti amministrano le società controllate in base ai rapporti giustificanti la formazione del bilancio consolidato; e ciò alla luce del preciso obbligo di vigilanza stabilito dall’art.2392 cod. civ.”.

Ne deriva, in estrema sintesi, che la responsabilità della capogruppo per reati commessi nel contesto di altra società del gruppo nell'interesse o vantaggio anche della prima resta confinata alle ipotesi di amministrazione di fatto⁶⁹ e di concorso di persone nel reato-presupposto.

Sulla base di queste coordinate generali, occorre ora chiedersi come lo statuto speciale dei gruppi bancari, caratterizzati, come visto, da un accentuato ruolo della capogruppo, impatti sul problema della trasmissione della responsabilità da reato. La questione, precisamente, è stabilire se nell'ambito dei gruppi bancari vi sia un maggiore rischio di risalita della responsabilità in ragione dei pervasivi poteri-doveri della capogruppo.

La risposta al quesito può essere tendenzialmente positiva in prima battuta, ma va in concreto ancorata all'effettivo ambito di influenza della capogruppo.

Come da taluni osservato, il sistema verticalizzato sulla capogruppo e la stretta interrelazione organizzativa, operativa e di controllo tra le varie componenti del gruppo bancario, possono rappresentare fattori agevolanti la propagazione della responsabilità infragruppo⁷⁰. La capogruppo bancaria svolge difatti, nel quadro dell'attività di direzione e coordinamento, molteplici funzioni che spaziano dalla definizione di orientamenti strategici, di *policies* e di procedure di gestione dei rischi alla approvazione del *Risk Appetite Framework* (RAF) di gruppo; esercita un controllo strategico, gestionale e tecnico-operativo, valutando i vari profili di rischio apportati al gruppo dalle singole controllate e dei rischi complessivi del gruppo. Ancora, la capogruppo dota il gruppo di un sistema unitario di controlli interni e può concentrare presso di sé le funzioni aziendali di controllo, nonché avocare talune funzioni aziendali (es. gestione della Tesoreria; IT; risorse umane)⁷¹.

Inoltre, la capogruppo nei gruppi bancari cooperativi, oltre a esprimere pareri ed emanare disposizioni vincolanti rispetti a vari profili, ha il potere di approvare preventivamente le operazioni delle banche affiliate con rilievo strategico sul piano patrimoniale o finanziario per il gruppo o per le singole banche⁷².

⁶⁹ Affinché la *holding* possa essere considerata amministratore di fatto della controllata è necessario accertare che vi sia una intromissione nella gestione esercitata in modo continuativo e significativo (art. 2639 cod. civ.), situazione che ricorre ad esempio in caso di c.d. gruppo apparente, dove le controllate svolgono un ruolo di mere appendici esecutive delle indicazioni della capogruppo.

⁷⁰ S. BARTOLOMUCCI, *Il gruppo bancario e l'azione di crime prevention ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 111; P. VERNERO, M.F. ARTUSI, L. VERNERO, *Gruppi bancari e responsabilità 231. L'insidia della risalita del reato da controllata a controllante*, cit., pp. 21 ss.

⁷¹ Non è infine infrequente la presenza negli organi di gestione e controllo delle controllate di soggetti che, al contempo, fanno parte dell'organizzazione della capogruppo (consiglieri, dirigenti o dipendenti "apicali"), nel rispetto naturalmente dei limiti al cumulo degli incarichi (artt. 17-19 d.m. n. 169/2020).

⁷² Tali poteri devono essere attribuiti alla capogruppo per mezzo di apposite previsioni del contratto di coesione. Cfr. Circolare della BANCA D'ITALIA n. 285/2013 (Parte Terza, Cap. 6, Sez. III). Al riguardo, v. F. ACCETTELLA, *Il gruppo bancario cooperativo quale gruppo societario "legale obbligatorio"*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2019, I, p. 35.

Tutti questi elementi valorizzano il ruolo della capogruppo bancaria secondo una logica accentratrice che potrebbe innescare “*delicati link, indebite relazioni e sovrapposizioni di ruoli tra soggetti formalmente estranei, coinvolti nella gestione concorsuale di processi e funzioni che, unitamente alla comunanza dell’interesse, agevolano la migrazione della responsabilità per illecito*”⁷³.

Una lettura estensiva delle funzioni, dei poteri-doveri e delle responsabilità della capogruppo bancaria potrebbe persino portare a ritenere che la stessa abbia il compito di curare il governo di tutti i rischi, ivi incluso il rischio di commissione dei reati nell’ambito del gruppo e delle singole controllate. Si verrebbe così a sostenere una esegesi dell’art. 61 TUB e delle disposizioni di vigilanza volta a radicare sulla capogruppo una responsabilità d’impedimento del reato delle controllate, in virtù della posizione di garanzia rivestita dai suoi amministratori.

Una simile lettura sembra tuttavia difficilmente sostenibile, in mancanza di un’espressa e inequivoca fonte normativa fondante la posizione di garanzia degli amministratori della capogruppo, privi peraltro di effettivi poteri impeditivi sull’attività delle controllate⁷⁴. E difatti sebbene l’art. 61, comma 4, TUB attribuisca alla capogruppo il potere-dovere, nell’esercizio “necessitato” dell’attività di direzione e di coordinamento, di emanare disposizioni vincolanti alle controllate, si tratta pur sempre di un potere circoscritto, delimitato in relazione alle finalità della vigilanza consolidata⁷⁵. Non è dunque possibile riconoscere alla capogruppo di un gruppo bancario un potere generale di imporre alle componenti del gruppo direttive vincolanti, che vadano oltre la particolare ipotesi della esecuzione delle disposizioni di vigilanza dettate per garantire la stabilità del gruppo nel suo complesso⁷⁶.

La questione si presenta più incerta e articolata per il gruppo cooperativo.

⁷³ S. BARTOLOMUCCI, *Il gruppo bancario e l’azione di crime prevention ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 122.

⁷⁴ Sul concetto di poteri impeditivi si richiama F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Rivista delle società*, 2012, p. 317, secondo il quale “*Nell’ambito dei controlli societari, potere impeditivo – ai fini dell’individuazione della posizione di garanzia volta all’impedimento di un illecito di terzi – è quel potere giuridico che può astrattamente (secondo un modello di causalità generale) impedire, agendo su una o più fasi del processo di realizzazione del reato, il verificarsi dell’illecito da parte del soggetto sottoposto al controllo*”.

⁷⁵ Come precisato da F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2005, 1, p. 86, l’art 61, comma 4, TUB attribuisce alla capogruppo di un effettivo potere di impartire formali istruzioni alle società componenti il gruppo, “*ma questo potere è doppiamente circoscritto: sussiste solo in presenza di istruzioni della Banca d’Italia, da trasmettere alle componenti; e sussiste non per qualsiasi istruzione della Banca d’Italia, ma solo per quelle da questa impartite nell’interesse della stabilità del gruppo*”. Lo stesso A. precisa che il carattere vincolante delle direttive trasmesse dalla capogruppo non deriva da un potere di direttiva proprio di quest’ultima, bensì deriva dalla efficacia vincolante di cui sono dotate le istruzioni della Banca d’Italia, ricevute dalla capogruppo e da questa inoltrate alle singole componenti del gruppo.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 94.

In questa realtà, i poteri di direzione e coordinamento della capogruppo sono definiti nel contratto di coesione e, in base alle disposizioni di vigilanza adottate in forza dell'art. 37-*bis* TUB, possono anche tradursi nella adozione di disposizioni vincolanti per le banche affiliate. Il rispetto delle disposizioni della capogruppo è poi assicurato da un'attività di controllo e intervento proporzionata alla rischiosità delle banche affiliate⁷⁷. Il contratto di coesione deve infatti prevedere un ampio novero di interventi e misure a disposizione della capogruppo con finalità di prevenzione e correzione delle situazioni di anomalia delle banche affiliate⁷⁸. Per di più, nei casi di violazione di disposizioni della capogruppo e di altri obblighi contrattuali, il contratto di coesione deve attribuire alla capogruppo il potere di adottare misure che incidono sulla struttura e l'operatività della banca affiliata, ivi compresa la possibilità, nei casi più gravi, di esclusione della stessa dal gruppo⁷⁹. Le banche del gruppo che non si collocano nelle classi di rischio migliori (art. 37-*bis*, comma 3-*ter*, TUB) non possono definire i propri piani strategici/operativi e i componenti degli organi sono nominati dalla capogruppo o comunque debbono essere di suo gradimento.

In questo quadro normativo, non è da escludere l'eventualità che gli obblighi giuridici in capo alla capogruppo, nascenti dalla legge e dal contratto di coesione, possano essere ritenuti sufficientemente ampi e definiti per ascrivere una responsabilità a titolo di concorso nel reato commesso nell'attività della affiliata, fermo restando che la valutazione dovrebbe comunque essere condotta in relazione al caso concreto e alla luce del contenuto del contratto di coesione.

Un esito interpretativo differente sembra comunque possibile ove si valorizzi la specifica finalità protettiva⁸⁰ sottesa al potere-dovere di direzione e coordinamento della capogruppo dei gruppi cooperativi. L'obbligo per le BCC di aderire a un gruppo mira essenzialmente a garantire la stabilità del sistema: la riforma del 2016⁸¹ è stata pensata per consentire a dette banche una maggiore efficienza operativa e il tempestivo soddisfacimento di eventuali esigenze di

⁷⁷ BANCA D'ITALIA, Circolare n. 285/2013, Parte Terza, Cap. 6, Sez. I.

⁷⁸ *Ibidem*, Parte Terza, Cap. 6, Sez. III. La Circolare precisa inoltre che “*per l'effettivo ed efficace esercizio dell'azione di controllo della capogruppo il contratto di coesione prevede: – la facoltà della capogruppo di chiedere, e il corrispondente obbligo delle banche affiliate di fornire, flussi informativi periodici regolari e i dati, le informazioni e i documenti richiesti ad hoc; – la facoltà di accessi in loco della capogruppo nelle sedi e nei locali delle banche affiliate, effettuati di norma dalla funzione di internal audit o da altre funzioni di controllo; – che la capogruppo e le banche affiliate si dotino di meccanismi di integrazione dei sistemi informativi e dei processi di gestione dei dati, che assicurino l'affidabilità e la correttezza delle rilevazioni dei rischi a livello individuale e consolidato*”.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ In giurisprudenza, costituisce principio di diritto ricorrente quello per cui al fine di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo impeditivo gravante sul soggetto che versa in posizione di garanzia – come scaturente dalla determinata fonte di cui si tratta – “*occorre valutare sia le finalità protettive fondanti la stessa posizione di garanzia, sia la natura dei beni dei quali è titolare il soggetto garantito, che costituiscono l'obiettivo della tutela rafforzata, alla cui effettività mira la clausola di equivalenza*”. Cit. Cass., sez. IV pen., 27 gennaio 2015, n. 9855, in *Cassazione penale*, 2016, 6, 2434; Cass., sez. IV pen., 19 maggio 2021, n. 33596, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 13 settembre.

⁸¹ Di cui al d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, convertito con la legge 8 aprile 2016, n. 49.

ricapitalizzazione. Il potere di direzione e coordinamento della capogruppo potrebbe pertanto essere letto in quest'ottica, come una funzione pensata non tanto per realizzare un controllo a 360° sull'attività delle affiliate, quanto per superare alcuni limiti connaturati al modello cooperativo e per migliorare la competitività e la stabilità delle BCC. In questa prospettiva, in assenza di specifici elementi comprovanti un coinvolgimento della capogruppo, la responsabilità rimane circoscritta agli amministratori delle affiliate spettando a questi il potere/dovere di valutare la coerenza delle indicazioni provenienti dalla capogruppo sia con gli scopi della vigilanza prudenziale, sia con il rispetto delle finalità mutualistiche.

4. I gruppi bancari transnazionali e le banche a operatività transfrontaliera

La globalizzazione dei mercati, della produzione e della finanza ha, come noto, favorito la diffusione di realtà imprenditoriali operanti su scala internazionale secondo schemi e forme giuridiche diversificate: dal gruppo multinazionale di imprese alla prestazione di servizi *cross-border* senza insediamento, passando per lo stabilimento di sedi secondarie prive di personalità giuridica.

Tale tendenza si è tradotta negli ultimi decenni in un significativo consolidamento e internazionalizzazione del settore bancario a livello europeo, che ha comportato profondi cambiamenti nella struttura organizzativa e operativa delle banche⁸². L'accelerazione decisiva al processo di unificazione del mercato finanziario europeo è stata impressa dalla seconda direttiva in materia bancaria del 1989, che ha introdotto regole di armonizzazione minima e la licenza bancaria unica, accompagnate dal principio dell'*home country control*, quali misure volte al mutuo riconoscimento dei titoli autorizzativi e dei sistemi di vigilanza prudenziale in Europa⁸³. L'evoluzione normativa successiva è caratterizzata da

⁸² G. BOCCUZZI, *The European banking union*, Londra, 2016, p. 23, il quale osserva anche che la crescita degli intermediari bancari transfrontalieri e intersettoriali ha fatto emergere, specie durante la crisi finanziaria globale esplosa nel 2007, un gap tra la natura dei mercati, sempre più interconnessi e di stampo internazionale, e le norme e le strutture di vigilanza bancaria, ferme a una impostazione nazionale. Da qui la necessità di ripensare all'intera architettura della vigilanza bancaria europea, dapprima con la creazione del SEFV e, successivamente, dell'Unione bancaria. Sul tema v. anche S. COTTERLI e E. GUALANDRI, *I gruppi bancari cross-border: regolamentazione e vigilanza in Europa dopo la crisi*, in *Bancaria*, 2010, 1. L'attuale normativa prudenziale tende peraltro a favorire il consolidamento del settore, come osservato da N. MARAGOPOULOS, *When the banking gets tough, the large get going: How capital regulation is driving consolidation*, in *EBI Working Paper Series*, 2021, n. 89.

⁸³ L'impostazione della seconda direttiva in materia bancaria è di armonizzazione minima, con riguardo cioè alle sole regole prudenziali e in genere alle condizioni (strutturali, organizzative e operative) maggiormente rilevanti, in modo da consentire il mutuo riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale, con conseguente rilascio di un'unica autorizzazione valida in tutta l'Unione e l'applicazione del principio della vigilanza da parte dello Stato membro d'origine. Cfr. A. TIZZANO, *La «seconda direttiva banche» e il mercato unico dei servizi finanziari*, in *Foro italiano*, 1990, IV, p. 423.

una progressiva armonizzazione del diritto bancario dell'Unione europea⁸⁴ fino ad arrivare, specie nel contesto dell'Unione bancaria, a una armonizzazione che coinvolge anche le prassi di vigilanza⁸⁵. L'operatività transfrontaliera (europea) delle banche – tramite filiazioni, succursali o in regime di libera prestazione di servizi⁸⁶ – avviene dunque entro un quadro regolamentare e di vigilanza in larga parte uniforme, dove le specificità nazionali, seppur presenti, hanno un peso minore rispetto a quanto avviene in generale per le società.

Nell'ambito della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001, il fenomeno degli enti – tra cui le banche – operanti in più ordinamenti può essere visto da un duplice angolo visuale: da un lato, la responsabilità dell'ente straniero per i reati commessi in Italia e, dall'altro, la responsabilità dell'ente italiano per i reati commessi all'estero. Il tema è particolarmente ampio ed è stato oggetto di numerosi studi e contributi⁸⁷. Ciò che qui interessa è mettere a fuoco alcune questioni che riguardano specificamente i gruppi bancari transnazionali e, più in generale, le banche estere operanti in Italia.

Partendo dal dato di diritto positivo, la disposizione che interessa direttamente le banche estere è contenuta nell'art. 97-bis, comma 5, TUB, che estende l'applicazione delle previsioni di cui allo stesso articolo (e quindi del d.lgs. 231/2001), nei limiti della compatibilità, alle succursali italiane di banche comunitarie o extracomunitarie. Tale disposizione – oltre alla sua possibile valenza sistematica per argomentare a favore o contro l'applicabilità del d.lgs.

⁸⁴ La regolamentazione prudenziale posta dal pacchetto *Capital requirements* – Direttiva n. 2013/36/UE e Regolamento n. 575/2013/UE si applica a tutti gli Stati membri dell'Unione, e lo stesso vale per il c.d. codice unico ("single rule book") elaborato dall'ABE in conformità al Regolamento n. 1093/2010/UE. Come osservato da A. ENRIA, *speech at the 5th SSM & EBF Boardroom Dialogue*, disponibile a <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2020/html/ssm.sp200130~f5b1d43756.en.html>, "It is indisputable that the regulatory and supervisory framework we have now is much more harmonised than the one we had in the early 1990s (...) We have strengthened regulation, implementing global standards through an increasingly extensive set of European regulations that are directly applicable to all banks operating in the EU".

⁸⁵ Emblematici al riguardo sono la raccomandazione BCE/2017/10 e l'indirizzo BCE/2017/697, rivolti alle autorità nazionali, riguardanti l'esercizio delle opzioni e delle discrezionalità previste dalla CRD e CRR in relazione alle banche *less significant*.

⁸⁶ Richiamando le definizioni contenute nel TUB e nella *Circolare* n. 285/2013, per filiazione di banca estera si intende la banca italiana controllata anche indirettamente da una banca estera oppure da soggetti, persone fisiche o giuridiche, che controllano la banca estera. La succursale è invece una sede che costituisce una parte, sprovvista di personalità giuridica, di una banca. La libera prestazione di servizi consente, infine, alle banche comunitarie di esercitare le attività ammesse al mutuo riconoscimento in qualsiasi Stato UE senza stabilirvi succursali.

⁸⁷ *Ex multis*, v. G. FIDELBO, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, in *Jus*, 2011, 1-2, pp. 249 ss; S. MANACORDA, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 1, p. 91; V. MONGILLO, *Imprese multinazionali, criminalità transfrontaliera ed estensione della giurisdizione penale nazionale: efficienza e garanzie prese sul serio*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2021, 2, p. 179; O.C. ARTALE, *Articolo 4, Reati commessi all'estero*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, commentario diretto da M. LEVIS e A. PERINI, Bologna, 2021, p. 195; A. DI MARTINO, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, in D. PIVA (a cura di) *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021, p. 180.

n. 231/2001 agli enti stranieri operanti in Italia⁸⁸ – pone l’interrogativo sul trattamento da riservare alle banche estere operanti in Italia in regime di libera prestazione di servizi, ossia senza stabilimento di succursali⁸⁹. Nel rinviare al successivo contributo per l’esame della questione⁹⁰, è qui sufficiente ricordare che secondo la giurisprudenza la disciplina di settore non esclude affatto l’applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 nei confronti delle banche estere non radicate in Italia che operino sul territorio nazionale; esclusa è solo l’applicazione delle regole speciali di cui all’art. 97-*bis* TUB, siccome circoscritte alle succursali⁹¹. Le banche estere che prestano la propria attività in Italia, con o senza succursali, rientrano dunque, al pari delle banche italiane, nel campo di applicazione del decreto e alle stesse sarebbe dunque richiesta l’adozione di MOG idonei per andare esenti da responsabilità in caso di commissione di un reato-presupposto nel loro interesse o vantaggio.

A tale riguardo, alcuni commentatori hanno ravvisato, in relazione alle banche dell’Ue, un possibile contrasto tra le prescrizioni del d.lgs. n. 231/2001 e le libertà comunitarie di stabilimento e libera prestazione di servizi e, più precisamente, il principio dell’*home country control*⁹², recepito agli artt. 15 e 16 del TUB, che consente alle banche e ai gruppi dell’Unione di esercitare la propria attività⁹³ in Italia sulla base dell’autorizzazione e del paese d’origine e sotto il controllo e la regolamentazione dell’autorità di vigilanza di questo. L’imposizione di un MOG – andando a incidere sulla organizzazione interna delle banche, profilo che rientra nella competenza del paese *home* – esorbiterebbe

⁸⁸ La giurisprudenza è consolidata nel ritenere le società estere operanti in Italia sottoposte alla normativa sulla responsabilità da reato degli enti, e l’art. 97-*bis*, comma 5, TUB è spesso utilizzato come argomento a supporto di siffatta impostazione. Cfr. da ultimo Cass., sez. VI pen., 7 aprile 2020, n. 11626; Cass., sez. IV pen., 6 settembre 2021, n. 32899. Peraltro, la dottrina non ha mancato di osservare che l’art. 97-*bis* non è di per sé elemento decisivo, ben potendo essere utilizzato anche come argomento – a contrario – per sostenere l’inapplicabilità della normativa ai casi non espressamente previsti. Cfr. M.M. SCOLETTA, *Enti stranieri “territorialità universale” della legge penale italiana: vincoli e limiti applicativi del D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le Società*, 2020, 5, p. 625.

⁸⁹ Le filiazioni presenti in Italia di un gruppo bancario con sede all’estero, in quanto banche italiane, sono invece senz’altro sottoposte al d.lgs. n. 231/2001 e alle regole contenute nell’art. 97-*bis* TUB.

⁹⁰ E. CONSIGLIERE, *L’accertamento della responsabilità e le sanzioni: il ruolo dell’Autorità di vigilanza*, par. 6, in questo *Quaderno*.

⁹¹ In questo senso Trib. Milano, Gip Tacconi, ord. 13 giugno 2007; Trib. Forlì, sent. 10 aprile 2018, n. 503.

⁹² Cfr. S. BARIATTI, *L’applicazione del d.lgs. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2006, 3-4, pp. 827 e 832; E. GAGLIARDI, *La responsabilità delle banche ad operatività transfrontaliera ai sensi del d.lgs. 231/01*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti - Interventi*, giugno 2011, secondo il quale imporre l’adozione di MOG alle banche comunitarie sembra “configurare un possibile contrasto con il principio della libertà di stabilimento e dell’*home country control*. Se la banca straniera deve rispettare gli adempimenti richiesti dal Decreto (pena l’azionarsi di una responsabilità di tipo penale), essa vede limitato il suo diritto ad essere sottoposta solo alla legge dello Stato di origine”. Sulla stessa linea, E. STAMPACCHIA, *La responsabilità “amministrativa” degli enti con sede all’estero*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 ottobre 2013.

⁹³ Ossia le attività ammesse al mutuo riconoscimento di cui all’art. 1, comma 2, lett. f), TUB.

dalla sfera di azione dello stato ospitante, che non potrebbe perciò pretendere il rispetto degli adempimenti previsti dal d.lgs. n. 231/2001⁹⁴.

Secondo questa ricostruzione, non è tanto l'estensione della normativa italiana sulla responsabilità degli enti a destare perplessità; piuttosto, le riserve si dirigono verso il (presunto) obbligo per le banche europee di adottare un MOG per sottrarsi al giudizio di responsabilità. Il principio dell'*home country control* non comporta infatti che le banche dell'Unione siano esentate da qualsivoglia disposizione vigente in Italia⁹⁵, ma solo che i compiti di vigilanza prudenziale rispetto all'attività svolta in altro Stato membro siano esercitati in via principale, sebbene non esclusiva⁹⁶, dell'autorità del paese dove la banca ha ottenuto l'autorizzazione⁹⁷.

Del resto e più in generale, la libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, alle quali è legato il principio dell'*home country control*, non hanno una portata assoluta. L'attività *cross-border* deve pur sempre essere esercitata nel rispetto delle norme di interesse generale vigenti nel paese ospitante, categoria entro la quale può essere collocata la disciplina sulla responsabilità degli enti, trattandosi di una disciplina dettata da finalità di ordine pubblico e in particolare dall'esigenza di prevenire alcune gravi fattispecie di criminalità economica e non⁹⁸.

Questione diversa è invece se le banche dell'Unione (e più in generale gli enti esteri), per andare esenti da responsabilità, debbano necessariamente adottare un MOG per come dettato dal legislatore nazionale. Tale imposizione potrebbe configurare una misura sproporzionata allo scopo, in quanto tale incompatibile con le sopra richiamate libertà comunitarie, che richiedono sempre di verificare

⁹⁴ S. BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia*, cit., p. 833.

⁹⁵ Ciò vale anche per quelle disposizioni nazionali che possono impattare sulla struttura organizzativa delle banche. Si pensi agli obblighi previsti dalla normativa antiriciclaggio di cui al d.lgs. n. 231/2007, applicabili anche alle banche di altro stato membro operanti in Italia con o senza succursale (art. 3, comma 2, lett. t) e u)).

⁹⁶ L'autorità del paese *host* conserva alcuni poteri di intervento delineati agli artt. 40 e ss. della CRD IV.

⁹⁷ Alle banche comunitarie che operano in Italia, con e senza succursali, non sono perciò *tout court* applicabili le disposizioni di vigilanza di cui alla Circolare n. 285/2013 relative al sistema dei controlli interni delle banche (cfr. Parte Prima, Titolo I, Cap. 3, Sezz. II e III, che rinvia all'Allegato A per la definizione delle disposizioni di vigilanza applicabili alle succursali italiane di banche comunitarie e alle banche comunitarie operanti in Italia in regime di prestazione di servizi).

⁹⁸ In questo senso, F. PERNAZZA, *I modelli di organizzazione ex D.Lgs. n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG*, in *Le Società*, 2004, 10, p. 1288; S. BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia*, cit., p. 827. Anche la Corte di Cassazione (sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626) ha ritenuto compatibile con le libertà comunitarie l'estensione agli enti stranieri della normativa di cui al d.lgs. n. 231/2001. Secondo la Corte, l'esonero di tali enti dalla responsabilità punitiva ai sensi del decreto determinerebbe una sostanziale "discriminazione al contrario", in quanto "realizzerebbe un'indebita alterazione della libera concorrenza rispetto agli enti nazionali, consentendo alle prime di operare sul territorio italiano senza dover sostenere i costi necessari per la predisposizione e l'implementazione di idonei modelli organizzativi".

che il pubblico interesse sotteso alla normativa dello stato ospitante non sia già garantito dalla disciplina del paese *home* cui l'ente è sottoposto⁹⁹.

Si è perciò suggerito di respingere per gli enti esteri letture formalistiche dell'obbligo (*rectius*, onere) di adottare un MOG in favore di un approccio ispirato a una logica di equivalenza funzionale. In quest'ordine di idee, l'ente estero – privo di un “modello 231” come richiesto dal legislatore italiano – dovrebbe poter fare affidamento sul proprio sistema di *compliance* onde dimostrare l'adeguatezza degli assetti organizzativi e di controllo in funzione preventiva del rischio-reato. L'organo giurisdizionale dovrebbe quindi verificare se, in concreto, l'ente estero, benché privo di un MOG, sia comunque dotato di un assetto organizzativo equivalente, che rispecchi cioè gli standard e la *ratio* preventiva del d.lgs. n. 231/2001, e riconoscere l'esimente laddove detta valutazione comparativa abbia esito positivo¹⁰⁰.

Alla medesima conclusione è giunta altra parte della dottrina facendo leva non tanto sulle libertà comunitarie, quanto sulla ineludibile necessità di garantire agli enti esteri l'esercizio concreto ed effettivo del diritto di difesa. La dilatazione del d.lgs. n. 231/2001 e della giurisdizione nazionale è ammessa nella misura in cui, in omaggio al diritto di difesa, si riconosca una sorta di “*principio di assimilazione*”, che consenta di apprezzare il profilo funzionale della *compliance* (sia essa eteronormata che spontaneamente autonormata) a cui è sottoposto l'ente estero, al di là della sua nomenclatura giuridica¹⁰¹.

La riferita impostazione – seguendo l'auspicato criterio di equivalenza funzionale o principio di assimilazione – potrebbe trovare un ostacolo nella figura dell'OdV, nella misura in cui si ritenga imprescindibile la sua nomina

⁹⁹ Con riguardo all'estensione e alle limitazioni del diritto di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, v. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Torino, 2021, pp. 171 ss.

¹⁰⁰ Si tratta dunque di un giudizio di equivalenza funzionale tra il modello previsto dal legislatore italiano e il diverso strumento in concreto adottato dall'ente estero, in termini di analoga effettività preventiva del rischio-reato che quest'ultimo presenti. Di questo avviso, S. BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia*, cit., p. 830; M. RICCIARDI, *L'internazionalizzazione della responsabilità “231” nel processo sulla strage di Viareggio: gli enti con sede all'estero rispondono per l'illecito da reato-presupposto “nazionale”*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, 1; E. STAMPACCHIA, *La responsabilità “amministrativa” degli enti con sede all'estero*, cit., p. 20; E. SCAROINA, *Verso una responsabilizzazione del gruppo di imprese multinazionale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 luglio 2018, pp. 12-13.

¹⁰¹ Il pensiero è di C. PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2020, pp. 167 ss, secondo il quale in base al proposto “principio di assimilazione” il giudice dovrà: (i) verificare l'esistenza di una *compliance* che, a prescindere dalla sua qualificazione nominalistica, tramandi finalità di prevenzione dei rischi-reato; (ii) saggiare l'effettività del sistema preventivo apprestato. Ricorrendo tali condizioni, non dovrebbero sussistere ostacoli al riconoscimento della sostanziale assimilabilità di un simile sistema prevenzionistico a quello delineato nel d.lgs. n. 231/2001. “Una diversa soluzione è destinata a pregiudicare irrimediabilmente il diritto di difesa, degradandolo al piano della mera ‘apparenza’ (un vuoto simulacro), per manifesta impossibilità dell'ente di ‘ritagliare’, in modo continuativo, il suo arsenale preventivo a seconda dello Stato in cui opera”. Il concetto è ribadito dallo stesso A. in *La gestione ermeneutica del rischio normativo internazionale nel contesto della responsabilità da reato degli enti*, in *Le Società*, 2021, 3, p. 324.

per giungere a un giudizio di adeguatezza organizzativa dal valore esimente, come prevede l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001. Per superare l'*impasse* occorrerebbe giungere a una lettura – così com'è per i MOG – sostanzialistica e funzionale: appurato che l'OdV svolge compiti di controllo e di vigilanza, dovrebbe essere sufficiente, per l'ente estero, avere incardinato e implementato funzioni di controllo interno autonome con compiti di verifica dell'adeguatezza ed effettività dell'assetto organizzativo, come ad esempio l'*internal audit*¹⁰².

La conclusione appena raggiunta, diretta a valorizzare la disciplina – non solo quella relativa all'adozione di *compliance programs* ma anche, più in generale, la *lex societatis* – cui l'ente estero è sottoposto potrebbe attagliarsi in particolar modo alle banche, per le quali il quadro regolatorio, come già accennato, è fortemente armonizzato, anche con riguardo ai profili in materia di *governance* e controlli interni¹⁰³. Il giudizio comparativo tra le prescrizioni dettate dal legislatore italiano (MOG e OdV) e l'assetto in concreto adottato dalla banca europea dovrebbe dunque essere più agevole rispetto alla generalità dei casi, in cui l'ente è esposto ad aspettative regolatorie di legislazioni che, il più delle volte, “non si parlano tra loro”.

All'interno del panorama giurisprudenziale non mancano pronunce che abbracciano la descritta impostazione. Guardando ai giudizi relativi a istituti di credito, si segnalano in particolare due decisioni. La prima, del Tribunale di Forlì¹⁰⁴ afferma che rispetto alle banche estere, prive di un “modello 231”, il sindacato sui contenuti e quindi sull'idoneità dell'assetto organizzativo debba avvenire alla stregua dei principi posti dalla normativa estera e in base alla

¹⁰² Così C. PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, cit., pp. 170-171, secondo il quale la funzione di *internal audit* può essere, senza particolari difficoltà, assimilata all'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001, del quale riproduce, in buona sostanza, i compiti. Condivide tale lettura M. GROTO, *La responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 degli enti stranieri*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2021, p. 463, secondo il quale “l'importante è che il sistema organizzativo interno all'ente sia vigilato da un organismo autonomo, men tre appare poco significativo che tale ruolo sia svolto dall'OdV, dall'internal auditor, dal risk manager, dal compliance officer o da altre funzioni equivalenti”.

¹⁰³ La CRD IV (come modificata dalla direttiva 2019/878/EU) ha rafforzato i requisiti di *governance* delle banche e, in particolare, pone l'accento sulla responsabilità dell'organo di gestione per la definizione di solidi presidi di *governance* e sulla necessità di stabilire e attuare una ponderata strategia di rischio e un quadro di riferimento per la determinazione della propensione al rischio. Le indicazioni della CRD sono state sviluppate dall'ABE negli Orientamenti sulla *governance* interna (EBA/GL/2021/05), che disciplinano in maniera puntuale anche le funzioni aziendali di controllo di *risk management* e di *compliance*, quali seconde linee di difesa, e la funzione di *internal audit*, quale controllo di terzo livello. Più nel dettaglio, in base ai citati Orientamenti (par. 99 e ss.) l'organo di gestione deve sviluppare e promuovere “*high ethical and professional standards*”, e detti standard devono trovare riscontro in “*documented policies*” che devono includere, tra il resto, “*principles on and provide examples of acceptable and unacceptable behaviours linked in particular to financial misreporting and misconduct, economic and financial crime including but not limited to fraud, money laundering and terrorist financing (ML/TF), anti-trust practices, financial sanctions, bribery and corruption, market manipulation, mis-selling and other violations of consumer protection laws, tax offences*”.

¹⁰⁴ Trib. Forlì, sent. 10 aprile 2018, n. 503. La decisione si riferisce Asset banca e San Marino Asset Management, un intermediario sanmarinese e la sua controllata, per il reato di ostacolo all'attività di vigilanza.

sostanziale uniformità con lo *standard* richiesto dalla disciplina italiana¹⁰⁵. Nel secondo caso¹⁰⁶, il Tribunale di Milano, dopo aver appurato che le due banche estere erano prive di un modello 231, ha ritenuto possibile procedere all'esame della struttura organizzativa vigente all'epoca di commissione dei reati per verificarne (secondo il criterio di c.d. equivalenza funzionale) l'adeguatezza e l'efficacia nella prospettiva della concreta idoneità di quei meccanismi a prevenire la commissione dei reati della specie di quelli verificatosi¹⁰⁷.

Tutto quanto sin qui osservato induce a interrogarsi, quale riflessione conclusiva, sulla possibilità di applicare la logica sostanzialistica e funzionale appena vista anche nei giudizi in cui siano coinvolte banche italiane.

Nella struttura dell'illecito dell'ente disegnata dal d.lgs. n. 231/2001 la colpa di organizzazione non coincide con l'assenza del modello o la sua inefficacia; diversamente, l'adozione di un MOG rappresenta un onere che consente all'ente di beneficiare di una presunzione legale di assenza di colpa di organizzazione. Come chiarito da una recente pronuncia della Cassazione¹⁰⁸, ciò implica che

¹⁰⁵ Continua la pronuncia precisando che *“Il giudice potrebbe così prendere in considerazione l'adozione di qualsiasi presidio volto a prevenire condotte illecite, anche se delineato in base a una disciplina diversa da quella italiana, valutandone la sostanziale idoneità ed efficacia rispetto allo scopo del d.lgs. 231/2001”*.

¹⁰⁶ Trib. Milano, sez. II, sent. 8 novembre 2019 (dep. 12 maggio 2020), n. 13490, giudizio in cui sono coinvolti, oltre BMPS, Nomura International e la Deutsche Bank London branch, per i reati di false comunicazioni sociali, manipolazione del mercato e di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza, commessi attraverso comunicazioni e iscrizioni nei bilanci di notizie false circa la reale situazione patrimoniale, celata attraverso complesse e artificiose operazioni finanziarie (Fresh, Alexandria e Santorini). Si segnala che in riforma alla sentenza di primo grado, la Corte di appello di Milano, con sentenza del 6 maggio 2022, ha assolto tutti gli imputati e conseguentemente annullato le condanne nei confronti di Deutsche Bank e Nomura *ex d.lgs. n. 231/2001* per insussistenza dei reati presupposti in relazione alle vicende dei due derivati Santorini e Alexandria.

¹⁰⁷ In particolare, Deutsche Bank (DB) sosteneva nella sua difesa che gli intermediari regolati dalla FSA (Regno Unito) fossero tenuti a prevedere assetti organizzativi e di controllo tali da ridurre al minimo il rischio di commissione di violazioni finanziarie. La normativa inglese dell'epoca imponeva agli enti vigilati l'assunzione di misure idonee ad assicurare che l'attività fosse svolta in conformità alla legge, anche penale, dovendosi a tale fine adottare presidi idonei ed eliminare eventuali carenze. Si sosteneva, quindi, che da un punto di vista sostanziale DB avesse un idoneo MOG e che la funzione *compliance* e quella di *risk management* avessero il compito di vigilare sulla struttura organizzativa della banca. Il Tribunale di Milano ha tuttavia ritenuto non vi fosse prova della effettiva attuazione dei presidi e regole procedurali illustrate dalla banca, senza peraltro che la stessa spiegasse come tale sistema avrebbe avuto in concreto efficacia preventiva in relazione alla specifica vicenda in esame. Nei fatti, secondo il Tribunale, il modello si è dimostrato lacunoso, inadeguato e inefficace; del pari, le funzioni di controllo interne alla banca si sono mostrate nei fatti inadeguate se non addirittura concilianti rispetto al buon esito dell'affare, a dispetto della sua natura illecita.

¹⁰⁸ Cass., sez. IV pen., sent. 6 settembre 2021, n. 32899. Guardando agli elementi costitutivi dell'illecito dell'ente, la Cassazione ha chiarito che incombe sull'accusa l'onere di dare dimostrazione della colpa di organizzazione (accusa che non può limitarsi ad allegare la mancata adozione di un simile modello), mentre l'ente può dare dimostrazione della assenza di tale colpa. *“La presenza di modelli conformi alla previsione normativa permette all'ente di beneficiare di una presunzione legale di assenza di colpa (di organizzazione). Mentre una limitazione della prova della insussistenza di una colpa di organizzazione pure in assenza di un modello quale quello delineato dalla legislazione nazionale finirebbe per porre evidenti dubbi di legittimità costituzionale”*.

l'assenza di un "modello 231" non è di ostacolo all'esclusione della colpa di organizzazione quando l'organizzazione diligente sia in altro modo dimostrata. Il MOG, seguendo questa linea ricostruttiva, è dunque uno strumento defettibile: la sua adozione è causa di esclusione della responsabilità ma non costituisce un obbligo, e tale conclusione non può che valere indifferentemente tanto per gli enti stranieri quanto per quelli nazionali¹⁰⁹.

Quanto poi alla figura dell'OdV, la sua fungibilità è a ben vedere riconosciuta dallo stesso legislatore, essendo possibile per le società di capitali affidare le funzioni dell'organismo 231 al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo della gestione; opzione che, come visto in altro contributo di questo Quaderno¹¹⁰, rappresenta la regola per le banche¹¹¹.

Ad ogni modo, in mancanza di un univoco orientamento nel senso di escludere anche per gli enti italiani la colpa di organizzazione quando i presidi organizzativi e procedurali adottati siano concretamente idonei alle finalità preventive del rischio-reato, le banche potrebbero comunque decidere – come in effetti molto spesso avviene¹¹² – di elaborare i protocolli del MOG sulla base delle cautele già in essere derivanti dalla disciplina di settore (ossia rinviando a queste oppure specificandole), e in tale caso il giudice, chiamato a valutare la diligenza organizzativa della banca, dovrebbe muovere dallo standard organizzativo di riferimento previsto dalla disciplina di settore e fondare il giudizio di idoneità verificando il grado di aderenza della banca a detto standard.

Questa è la linea seguita da una pronuncia del GUP del Tribunale di Milano¹¹³, che – dopo aver inquadrato da un punto di vista sistematico i MOG all'interno della disciplina di diritto societario, e ricordata la stringente normativa di settore applicabile alle banche in materia di adeguatezza organizzativa – ha respinto la censura di indeterminatezza del contenuto dei MOG osservando che ciascun ente può mutuare le prescrizioni organizzative dall'insieme della disciplina primaria e sub-primaria di settore e dagli atti di autoregolamentazione vigenti. Parimenti, continua la sentenza, il giudice chiamato a deliberare la inidoneità del MOG deve

¹⁰⁹ Cfr. S. DOVERE, *La responsabilità amministrativa degli enti di diritto straniero per reati commessi in Italia*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2021, 4, p. 19.

¹¹⁰ L. DROGHINI e E. CONSIGLIERE, *L'organismo di vigilanza*, par. 1 e par. 2, in questo *Quaderno*.

¹¹¹ Rimane tuttavia il dubbio che sia comunque necessaria la formale assegnazione all'organo di controllo dei compiti dell'OdV. Cfr. in questo senso la pronuncia del Tribunale di Milano, sez. II, 28 gennaio 2016 (dep. 11 febbraio 2016), n. 1499, secondo la quale alla mancata nomina di un organismo di vigilanza non può sopperire la semplice presenza del collegio sindacale, senza specifiche deleghe in relazione alla vigilanza sul funzionamento del MOG.

¹¹² Dallo studio dei MOG adottati dalle banche è emerso che molto spesso i presidi discendenti dalla normativa di settore vengono valorizzati anche ai fini preventivi del rischio-reato. Sul punto si rinvia al contributo di E. CONSIGLIERE e G. NERI, *I modelli di organizzazione e di gestione: profili generali e realtà applicativa* (in particolare, par. 3.3).

¹¹³ Trib. Milano, sent. 3 novembre 2010, Gup D'Arcangelo. La vicenda vedeva coinvolta Banca Italease per i reati di false comunicazioni sociali, abusi di mercato e di ostacolo alla vigilanza.

fare riferimento alla disciplina di un determinato settore e verificare quali cautele organizzative siano state adottate¹¹⁴.

Questo orientamento ha il merito di riempire di contenuti un concetto che rischia altrimenti di essere troppo evanescente – “MOG idonei” – proponendo un giudizio di idoneità di carattere normativo che rende conoscibile *ex ante* e controllabile *ex post* il parametro con cui il giudice decide se vi sia stato o meno un *deficit* organizzativo meritevole di sanzione. La conferma indiretta della bontà di questa impostazione potrebbe essere rinvenuta nell’art. 97-*bis*, comma 2, TUB, nella parte in cui favorisce la partecipazione al procedimento penale, anche attiva, dell’Autorità di vigilanza, con conseguente acquisizione delle valutazioni tecniche in ordine al rispetto della normativa di settore in tema *governance* e controlli interni; materiale che dovrebbe poi costituire la base della valutazione giudiziale sulla diligenza organizzativa esigibile e quella concretamente adottata.

¹¹⁴ Nel caso di specie, la banca è stata condannata in ragione delle lacune organizzative riscontrate e non avendo fornito la prova di aver adottato ed efficacemente attuato MOG idonei. Nella sentenza, le lacune organizzative vengono ripercorse e descritte richiamando i rilievi contenuti in un rapporto di Banca d’Italia relativo ad accertamenti ispettivi condotti sulla banca, a cui faceva seguito una procedura sanzionatoria nei confronti degli amministratori della banca stessa: da tali accertamenti, valorizzati nel giudizio penale, emergevano, in estrema sintesi, gravi lacune in relazione alle procedure decisionali e ai controlli interni.

L'ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ E LE SANZIONI: IL RUOLO DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA

Enrica Consigliere

1. Premessa – 2. Il ruolo dell'Autorità di vigilanza nelle indagini preliminari e nel giudizio di merito – 3. Il ruolo dell'Autorità di vigilanza nella fase esecutiva – 4. Segue: l'esecuzione delle sanzioni interdittive. Alcuni profili problematici – 5. Le regole speciali in materia cautelare – 6. La posizione delle banche estere – 7. Profili di coordinamento: l'art. 97-bis del Testo unico bancario nel contesto del Single Supervisory Mechanism e del Single Resolution Mechanism

1. Premessa

Per la responsabilità amministrativa dipendente da reato delle banche, l'art. 97-*bis* del Testo unico bancario detta regole procedurali di carattere speciale¹, caratterizzate dal ruolo peculiare riconosciuto all'Autorità di vigilanza: quest'ultima è chiamata a collaborare con l'Autorità giudiziaria sia in sede di accertamento della responsabilità dell'ente sia nella fase di esecuzione della (eventuale) sanzione interdittiva irrogata in esito al giudizio².

Come si avrà modo di osservare la disciplina pone talune questioni di non agevole soluzione. Per diversi profili, tuttavia, l'analisi può svolgersi solo su un piano teorico: alcune delle disposizioni maggiormente problematiche non hanno, fino ad oggi, ancora trovato applicazione.

2. Il ruolo dell'Autorità di vigilanza nelle indagini preliminari e nel giudizio di merito

Le disposizioni racchiuse nel primo comma dell'art. 97-*bis* TUB fanno riferimento alla fase delle indagini preliminari.

In particolare, il Pubblico Ministero è tenuto a comunicare alla Banca d'Italia – e, con riguardo ai servizi di investimento, alla Consob³ – l'avvenuta iscrizione nel registro delle notizie di reato di un illecito amministrativo a carico

¹ La disposizione è stata introdotta dal d.lgs. 9 luglio 2004, n. 197, di attuazione della direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi. Previsioni analoghe all'art. 97-*bis* TUB sono contenute, per le Sim, Sgr, Sicaf e Sicav, nell'art. 60-*bis* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico della finanza, TUF) e, per le imprese di assicurazione, nell'art. 266 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. codice delle assicurazioni).

² Come evidenziato in dottrina *“la ragione ultima dell'art. 97-bis è la tutela del risparmio, ma quella prossima è, per un verso, il timore che le iniziative della magistratura possano minare la stabilità dell'intermediario minacciando, se non peggio, il risparmio, per l'altro la convinzione che il know how della Banca d'Italia e il prudente dispiegarsi delle sue funzioni possano ridurre questo rischio [...]”* (così G. LOSAPPIO, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, Milano, 2010, p. 795).

³ La Banca d'Italia e la Consob esercitano congiuntamente la vigilanza sui soggetti abilitati a prestare servizi e attività di investimento, tra cui le banche. Detta vigilanza è ripartita per finalità, secondo il criterio indicato dall'art. 5 TUF: la Banca d'Italia è competente per i profili di contenimento del rischio, della stabilità patrimoniale e della sana e prudente gestione; la Consob è competente per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti nei confronti della clientela.

di una banca⁴. Tale comunicazione è volta ad assicurare la partecipazione al procedimento dell'Autorità di vigilanza, con conseguente acquisizione delle valutazioni tecniche in ordine al rispetto della normativa di settore⁵. Infatti, ove il Pubblico Ministero ne faccia richiesta, la Banca d'Italia e la Consob vengono sentite nel procedimento, ciascuna per i profili di competenza; le stesse hanno inoltre facoltà di depositare relazioni scritte (art. 97-bis, comma 1, TUB).

L'intenzione del legislatore è di valorizzare il patrimonio informativo e la competenza tecnico-specialistica dell'Autorità di settore, ponendoli a servizio delle esigenze di accertamento processuale. Ciò in virtù della deroga al segreto d'ufficio sulle informazioni di vigilanza nei confronti dell'Autorità

⁴ L'obbligo di comunicazione del Pubblico Ministero rappresenta una specifica attuazione del principio di reciproca collaborazione tra Autorità di vigilanza e Autorità giudiziaria. Tale principio conosce altre espressioni nella disciplina antiriciclaggio o nella normativa di contrasto della criminalità organizzata, nelle quali pure è particolarmente evidente il collegamento tra il livello di adeguatezza degli assetti organizzativi dei soggetti vigilati e la possibilità di un loro utilizzo, anche inconsapevole, per finalità criminose. In particolare: i) la Direzione Investigativa Antimafia trasmette alle Autorità di vigilanza di settore le notizie relative alle violazioni degli obblighi previsti dalla disciplina antiriciclaggio riscontrate nell'esercizio delle sue attribuzioni (art. 9, comma 7, d.lgs. n. 231/2007). Quando ha fondato motivo di ritenere che il riciclaggio, l'autoriciclaggio o l'impiego di denaro, beni e utilità di provenienza illecita o attività preordinate al compimento di atti con finalità di terrorismo siano avvenuti attraverso operazioni effettuate tramite intermediari sottoposti a vigilanza, l'Autorità giudiziaria – anche nel corso delle indagini – ne dà comunicazione alle Autorità di vigilanza di settore e alla UIF per i loro adempimenti e analisi (art. 12, comma 7, d.lgs. n. 231/2007); ii) l'art. 52 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia) prevede la comunicazione alla Banca d'Italia di elementi indicativi di un possibile "inquinamento" dell'intermediario accertato dall'Autorità giudiziaria. In particolare, secondo la disposizione in parola, il creditore di un soggetto colpito da confisca (disposta ai sensi del codice antimafia) può far valere le proprie ragioni purché il credito non risulti strumentale all'attività illecita del debitore, e sempre che dimostri la propria buona fede e "l'inconsapevole affidamento". La buona fede può essere valutata anche avuto riguardo al "tipo di attività svolta dal creditore [...] con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale": previsione questa chiaramente riferibile alle banche e al loro obbligo di valutare il merito creditizio (e la liceità delle attività) della clientela. La disposizione prevede che venga comunicato alla Banca d'Italia, per le valutazioni di competenza, il decreto con cui l'Autorità giudiziaria rigetta definitivamente la domanda di ammissione del credito di una banca per la ritenuta insussistenza della buona fede nella concessione del finanziamento (art. 52, comma 3-bis, d.lgs. n. 159/2011).

⁵ È stato sottolineato che "[...] l'obbligo di comunicazione non è corroborato da alcuna sanzione applicabile in caso di omissione" (così, N. RANGONE, *Commento sub art. 97-bis TUB*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2018, p. 1462); anche G. LOSAPPIO rileva che "[l]'omissione della comunicazione [...] costituisce una mera irregolarità fine a sé stessa" (in *Testo Unico Bancario. Commentario*, a cura di M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, cit., p. 796). Per altro verso, l'obbligo di comunicazione del Pubblico Ministero soggiace, sotto il profilo temporale, agli stessi limiti previsti per la comunicazione dell'iscrizione della notizia di reato alla persona alla quale il reato è attribuito. Di contro, non vi sarebbero limiti "di materia": l'obbligo di comunicazione vale per qualsiasi illecito amministrativo, anche se estraneo alla competenza dell'Autorità di vigilanza (S. CODA, A. MILANI, A. PERINI, *La responsabilità derivante da reato ex d.lgs. n. 231/2001 per banche, intermediari finanziari e assicurazioni: il ruolo di Consob, Banca d'Italia e IVASS nel procedimento penale/amministrativo*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI e G. VARRASO (a cura di), *Compliance, Responsabilità da reato degli Enti collettivi*, Milano, 2019, pp. 1516 ss.).

giudiziaria per le violazioni sanzionate penalmente⁶ e al fine di consentire al giudice di meglio decodificare l'intreccio tra regole di settore e presidi propri del sistema *ex d.lgs. n. 231/2001*⁷. Al tempo stesso, l'informativa del Pubblico Ministero può avere un indubbio valore anche per le Autorità di vigilanza, le quali possono per tale via acquisire elementi sull'operatività di un intermediario di estrema importanza ai fini dell'azione di supervisione. In altri termini, la notizia del procedimento consente all'Autorità di integrare il quadro informativo a propria disposizione, per valutare se e come esercitare i propri poteri⁸.

La collaborazione tra l'Autorità giudiziaria e la Banca d'Italia può protrarsi per l'intero arco dell'accertamento processuale. Nel giudizio di merito il ruolo dell'Autorità di vigilanza è però lievemente diverso. In questa fase, e fino alla pronuncia della sentenza, il giudice può acquisire dalla Banca d'Italia (e dalla Consob), anche d'ufficio, specifiche informazioni aggiornate sulla situazione della banca, con particolare riguardo alla struttura organizzativa e di controllo (art. 97-*bis*, comma 2, TUB). Non vi è in questo caso un flusso di informazioni biunivoco tra Autorità di vigilanza e Autorità giudiziaria; non vi è quindi reciprocità, ma solo “*l'ingresso del sapere*” della prima nel processo⁹.

3. Il ruolo dell'Autorità di vigilanza nella fase esecutiva

La sentenza irrevocabile che irroga nei confronti di una banca una delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, lett. *a*) e *b*) del d.lgs. n. 231/2001 – rispettivamente, interdizione dall'esercizio dell'attività e sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito – deve essere trasmessa per l'esecuzione alla Banca d'Italia. A tal fine, quest'ultima “*può proporre o adottare gli atti previsti dal titolo IV*” del TUB (art. 97-*bis*, comma 3, TUB).

Nel 2004, al momento dell'introduzione dell'art. 97-*bis*, gli strumenti “*previsti dal Titolo IV*” del TUB a disposizione dell'Autorità di vigilanza erano

⁶ Art. 7, comma 1, TUB e art. 4, comma 10, TUF.

⁷ In altri termini, il sistema intenderebbe consentire “*un continuo dialogo tra autorità giudiziaria e autorità di supervisione al fine di permettere alla prima di avvalersi degli indispensabili strumenti informativi e conoscitivi della seconda. Il livello di competenze di cui dispongono le autorità di supervisione deve essere per gli organi giudiziari [...] un valore aggiunto per giungere all'accertamento dell'illecito [...]*” (così E. GAGLIARDI, *La responsabilità delle banche in Italia ai sensi del D.Lgs. 231/2001*, in www.apertacontrada.it, 11 novembre 2011, p. 3).

⁸ Si pensi, ad esempio, all'operazione illecita avvenuta per carenze organizzative e nei controlli interni della banca, o a fenomeni di collusione da parte di esponenti o dipendenti bancari, o a un sospetto di inquinamento dell'intera gestione aziendale. In questi casi l'attivazione tempestiva delle misure di vigilanza più opportune (ad esempio, l'amministrazione straordinaria o la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria) può contenere le conseguenze negative della situazione ‘patologica’ dell'intermediario ed evitare scenari di crisi sistemica.

⁹ Così S. CODA, A. MILANI, A. PERINI, *La responsabilità derivante da reato ex d.lgs. n. 231/2001 per banche, intermediari finanziari e assicurazioni*, cit., p. 1520.

le due tradizionali procedure di gestione della crisi bancaria: l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa¹⁰.

La prima consiste nel commissariamento temporaneo della banca; viene disposta quando ricorrono gravi violazioni normative o gravi irregolarità, quando sono previste gravi perdite sul patrimonio o in caso di istanza motivata dell'organo amministrativo o dell'assemblea straordinaria dei soci¹¹. Il provvedimento di amministrazione straordinaria determina lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo dell'intermediario; le funzioni dell'assemblea dei soci e degli organi (diversi da quelli di amministrazione e controllo) sono sospese¹². Funzioni e poteri dell'organo di amministrazione passano ai commissari straordinari, chiamati ad accertare la situazione aziendale, a rimuovere le irregolarità e a promuovere soluzioni utili nell'interesse dei depositanti e della sana e prudente gestione¹³. Nel caso riescano nell'attività di risanamento, i commissari straordinari provvedono a restituire la banca alla gestione ordinaria, con la ricostituzione degli organi di amministrazione e controllo.

La liquidazione coatta amministrativa è la procedura di rigore per antonomasia, disposta a fronte di crisi irreversibili: determina la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria, la cessazione delle funzioni degli organi amministrativi e di controllo e della assemblea nonché di ogni ulteriore organo della banca e comporta, dopo l'accertamento del passivo e la liquidazione dell'attivo, la dissoluzione dell'ente, con conseguente espulsione dal mercato.

Dal 2015, con il recepimento della direttiva 2014/59/UE (*Banking Recovery and Resolution Directive*, BRRD), il quadro delle misure previste dal Titolo IV del TUB è molto più ricco e articolato. Sono state infatti introdotte nello strumentario dell'Autorità di vigilanza, accanto all'amministrazione straordinaria¹⁴, nuove misure c.d. di intervento precoce¹⁵: trattasi di misure volte a gestire situazioni caratterizzate da segnali di anomalia che, solitamente, costituiscono il preludio di una crisi. Vi rientrano l'attuazione, anche parziale, o la modifica del piano di risanamento (art. 69-*octiesdecies* TUB), la rimozione dei componenti degli

¹⁰ Nel quadro normativo dell'epoca le procedure erano entrambe disposte dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, su proposta della Banca d'Italia: di qui la formulazione della norma in esame, secondo cui la Banca d'Italia "può proporre" gli atti previsti dal Titolo IV (art. 97-*bis*, comma 3, TUB).

¹¹ Art. 70, comma 1, TUB.

¹² Con alcune eccezioni: l'assemblea e gli altri organi possono infatti essere convocati dai commissari straordinari, previa approvazione della Banca d'Italia (art. 72, comma 6, TUB).

¹³ Le funzioni di controllo passano al comitato di sorveglianza, altro organo della procedura (art. 71 TUB).

¹⁴ La misura rientra oggi nella piena competenza dell'Autorità di vigilanza (Banca d'Italia o BCE, a seconda dei casi).

¹⁵ In attuazione della direttiva 2014/59/UE (*Banking Recovery and Resolution Directive*, BRRD), il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, ha novellato la disciplina relativa alla gestione delle crisi bancarie contenuta nel Titolo IV del TUB. In particolare, è stata inserita una sezione (Sezione 01-I) dedicata alle c.d. misure di intervento precoce (*early intervention*) menzionate nel testo. Queste misure, dalla finalità spiccatamente preventiva, rappresentano una strumentazione di gravità intermedia tra gli interventi di vigilanza classici – adottati nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 53-*bis* TUB – e quelli di gestione della crisi.

organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza di una banca (art. 69-*vicies-semel* TUB, c.d. *removal* collettivo) e la nomina di un commissario in temporaneo affiancamento (art. 75-*bis* TUB).

Quanto alla liquidazione coatta amministrativa, ne sono stati ridefiniti i presupposti e le è stata affiancata la nuova procedura di risoluzione¹⁶. Quest'ultima – richiamata, sia pure indirettamente, dall'art. 80, comma 1, TUB – trova la propria disciplina (non nel Titolo IV del TUB ma) nel d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180; tuttavia deve ritenersi, per ragioni di coerenza logica e sistematica, che il richiamo operato dall'art. 97-*bis* TUB 'abbracci' anche tale ultima procedura.

Sebbene tra loro eterogenee, tutte le misure appena menzionate condividono una caratteristica fondamentale: *non* hanno natura sanzionatoria. Il presupposto per la loro adozione non è infatti, di per sé, l'accertamento della violazione di una disposizione normativa, quanto la sussistenza di una situazione disfunzionale (potenzialmente determinata anche da violazioni e irregolarità) tale da porre in pericolo o pregiudicare la sana e prudente gestione della banca¹⁷. Le misure non corrispondono alle sanzioni interdittive di cui al d.lgs. n. 231/2001 neppure con riguardo a contenuti ed effetti. Basti pensare che la disciplina di settore non prevede la sospensione dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria¹⁸. Quanto all'interdizione dall'esercizio dell'attività, questa potrebbe accostarsi alla revoca dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività bancaria; ma non anche all'avvio della liquidazione coatta amministrativa, che alla revoca è indissolubilmente intrecciata, in relazione all'esigenza di assicurare l'ordinata fuoriuscita dal mercato dell'intermediario e la tutela dei depositanti e della stabilità del sistema finanziario.

Ferme queste differenze, un possibile parallelo tra misure di gestione delle crisi bancarie e sanzioni *ex* d.lgs. n. 231/2001 potrebbe fondarsi sul rispettivo grado di incisività. In tale prospettiva potrebbe sostenersi, sia pure con un ineliminabile margine di approssimazione, che le misure di intervento precoce corrispondono

¹⁶ Art. 80, comma 1, che rinvia sul punto all'art. 17 del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, anche questo attuativo della BRRD. In particolare, la liquidazione coatta amministrativa viene disposta al ricorrere di tre presupposti: *i*) la banca è in dissesto o a rischio di dissesto (per come definito dall'art. 17, comma 2, d.lgs. n. 180/2015); *ii*) non si possono ragionevolmente prospettare misure alternative che permettano di superare la situazione di dissesto in tempi adeguati, tra cui l'intervento di uno o più soggetti privati o di un sistema di tutela istituzionale o un'azione di vigilanza, incluse misure di intervento precoce o l'amministrazione straordinaria; *iii*) la misura della riduzione o conversione di strumenti di capitale di cui agli artt. 27 ss., d.lgs. n. 180/2015 non consente di rimediare allo stato di dissesto o di rischio di dissesto (cfr. art. 20, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 180/2015). Se, oltre a queste condizioni, sussiste anche un interesse pubblico alla risoluzione, viene attivata quest'ultima procedura in luogo della liquidazione coatta amministrativa.

¹⁷ Infatti "[...] la normativa processuale speciale consente all'autorità amministrativa di modificare il contenuto delle sanzioni (irrogate in sede penale) le quali perdono la propria natura originaria per trasformarsi nei diversi strumenti ordinariamente predisposti per fronteggiare le varie situazioni di crisi [...]", così E. GAGLIARDI, *La responsabilità delle banche in Italia ai sensi del D.Lgs. 231/2001*, cit., p. 1).

¹⁸ L'autorizzazione può infatti essere interessata solo da vicende di revoca (artt. 14, commi 3-*bis* e 3-*ter*, TUB) o decadenza (*Circolare* della BANCA D'ITALIA n. 285/2013, Parte Prima, Titolo I, Cap. 1, Sez. V).

alla sanzione interdittiva meno grave (sospensione dell'autorizzazione); mentre la risoluzione e la liquidazione coatta amministrativa appaiono, almeno in linea di principio, più vicine alla sanzione interdittiva di maggiore gravità (interdizione dall'esercizio dell'attività).

4. Segue: l'esecuzione delle sanzioni interdittive. Alcuni profili problematici

L'art. 97-bis, comma 3, TUB riconosce all'Autorità di vigilanza ampia discrezionalità. Questa attiene, in primo luogo, all'*an* stesso dell'esecuzione della sanzione interdittiva: a seguito della trasmissione della sentenza, infatti, la Banca d'Italia "*può*" – ma non è tenuta a – "*proporre o adottare gli atti*" più opportuni per mettere in atto il comando giudiziario.

Il riconoscimento di simile facoltà ha una ragione abbastanza intuitiva. Di regola, la sentenza irrevocabile interviene a distanza anche di molto tempo dalla commissione dell'illecito; vi è dunque la possibilità che, al momento dell'esecuzione, l'intermediario sia stato già interessato da un qualche intervento di vigilanza¹⁹.

La discrezionalità attiene poi alla selezione della misura più adeguata, integralmente demandata alle valutazioni dell'Autorità di vigilanza. Quest'ultima, nell'operare la scelta, deve sì considerare le caratteristiche della sanzione irrogata, e quindi tentare di individuare, tra tutte le misure a disposizione, la più prossima, anche in termini di afflittività, a quella prescelta dall'Autorità giudiziaria; ma deve tenere conto anche delle "*finalità di salvaguardia della stabilità e di tutela dei diritti dei depositanti e della clientela*", espressamente qualificate come "*preminenti*". Parametro, questo, in linea con la *mission* istituzionale dell'Autorità di vigilanza, ma estraneo ai criteri di scelta delle sanzioni interdittive indicati dal d.lgs. n. 231/2001²⁰.

¹⁹ Evidenzia come le decisioni della Banca d'Italia risultano "*solo eventuali*", atteso che "*è presumibile che nella maggioranza dei casi l'azione di vigilanza posta in essere a seguito del reato sia già esaurita*" N. RANGONE, *Commento sub art. 97-bis TUB*, cit., p. 1463, la quale, su un piano più generale, sottolinea come "*alla Banca d'Italia sono riservati compiti solo apparentemente esecutivi*". Altri Autori esprimono nette riserve sulla soluzione dell'art. 97-bis, comma 3, TUB ("*[n]on si comprende invero la motivazione per cui le Autorità di Vigilanza [...] abbiano il potere [...] dopo aver influito sull'iter decisionale, di intervenire a posteriori sulle sanzioni, mitigandole o incrementandole, al di fuori di ogni controllo giurisdizionale*", ravvisando in questo intervento "*una sostanziale incrinatura del principio della separazione dei poteri di montesquiana memoria*", così S. CODA, A. MILANI, A. PERINI, *La responsabilità derivante da reato ex d.lgs. n. 231/2001 per banche, intermediari finanziari e assicurazioni*, cit., p. 1522).

²⁰ Cfr. art. 14 del d.lgs. n. 231/2001 ("*Criteri di scelta delle sanzioni interdittive*"), il quale rinvia all'art. 11 dello stesso decreto concernente i criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie: gravità del fatto; grado di responsabilità dell'ente; eventuale attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori reati; idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso.

Il compito di “tramutare” le sanzioni interdittive in misure di vigilanza è quindi estremamente delicato; tuttavia, come già evidenziato nel presente “Quaderno”²¹, si tratta di un compito finora mai concretamente esercitato. Dall’analisi delle sentenze emerge che, ad oggi, le sanzioni irrogate *ex d.lgs. n. 231/2001* sono state esclusivamente le sanzioni pecuniarie e la confisca.

L’Autorità di vigilanza non ha quindi avuto ancora occasione di misurarsi in concreto con le potenziali questioni problematiche legate alla conversione di cui all’art. 97-*bis*, comma 3, TUB.

Come accennato, la Banca d’Italia sarebbe senz’altro tenuta ad accertare l’attualità dell’esigenza di provvedere: cioè a verificare se, nel tempo trascorso dall’illecito, la banca non sia già stata colpita da una delle misure del Titolo IV del TUB, in una sorta di esecuzione anticipata della sanzione, tale da non rendere più necessario e/o opportuno un intervento ulteriore di vigilanza. Questa ipotesi è particolarmente plausibile: le stesse condotte che hanno determinato il procedimento penale conclusosi con l’accertamento della responsabilità dell’ente potrebbero aver frattanto determinato anche una reazione da parte dell’Autorità di supervisione, concorrendo a costituire il presupposto di una misura di vigilanza o di gestione della crisi. Ma, anche così non fosse, una valutazione dell’Autorità di vigilanza potrebbe risultare comunque necessaria: si consideri, ad esempio, l’ipotesi di sopravvenuti mutamenti dell’assetto proprietario o di operazioni straordinarie che abbiano *medio tempore* interessato l’intermediario.

Un possibile quesito è se, laddove ravvisi la necessità di esecuzione, l’Autorità di vigilanza sia tenuta ad accertare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla disciplina di settore per l’adozione della misura individuata. Il dubbio sembra da risolvere in senso positivo. A ritenere diversamente, sarebbe impossibile selezionare, tra le tante a disposizione, l’intervento più adeguato al caso concreto; e la discrezionalità riconosciuta in proposito all’Autorità di vigilanza sconfinerebbe nell’arbitrio. Nel caso non ricorresse alcuna delle situazioni “disfunzionali” richieste per l’adozione di quelle misure, deve concludersi che, proprio in virtù della discrezionalità di cui sopra, l’Autorità possa astenersi da qualsiasi intervento; del resto detto intervento è costruito dalla norma in termini di mera facoltà.

Ulteriore problema è poi se la Banca d’Italia possa adottare una misura di afflittività diversa da quella espressa dalla sanzione individuata dal giudice: si pensi a una liquidazione coatta amministrativa disposta in esecuzione di una “mera” sospensione dell’autorizzazione; o, all’inverso, a una misura di intervento precoce adottata in luogo dell’interdizione dall’esercizio dell’attività.

²¹ Cfr. O. CAPOLINO, *Regole di settore e responsabilità da reato: la compliance integrata nelle banche*, par. 4, nota 52.

Anche in questo caso la risposta appare positiva, per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, il lasso di tempo intercorrente tra la commissione del reato e l'esecuzione della sanzione interdittiva potrebbe aver determinato (o, a seconda dei casi, consentito) un cambiamento anche radicale degli assetti e dei presidi di controllo interno della banca; con l'effetto di rendere ingiustificata – *rectius*, illegittima – l'adozione di una misura che, seppure tendenzialmente corrispondente, per incisività, alla sanzione individuata dall'Autorità giudiziaria, non trova più giustificazione nella realtà fattuale dell'intermediario cui è destinata. Inoltre se l'Autorità di vigilanza non avesse la possibilità di discostarsi dalla valutazione giudiziale, non si comprenderebbe il riferimento dell'art. 97-bis, comma 3, TUB all'esigenza di tenere conto delle “*finalità preminenti di tutela dei depositanti*”. Come già rilevato, il richiamo a questo parametro valutativo, estraneo alla dimensione puramente sanzionatoria, sta proprio a confermare la peculiarità del compito assegnato alla Banca d'Italia, chiamata a una funzione esecutiva *sui generis*.

Altre questioni potrebbero infine sorgere in relazione a una eventuale impugnativa, da parte della banca destinataria, della misura di vigilanza “di conversione”. Tra le tante, una – forse la prima – riguarderebbe l'individuazione del giudice competente. L'alternativa tra giudice dell'esecuzione (art. 665 c.p.p.) e giudice amministrativo sembrerebbe da sciogliere in favore di quest'ultimo, considerati i vizi potenzialmente deducibili, tipici dell'attività amministrativa discrezionale²². Anche su questo punto, tuttavia, l'analisi non può al momento contare su alcun tipo di esperienza applicativa.

5. Le regole speciali in materia cautelare

In deroga al regime generale²³ le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, lett. a) e b) del d.lgs. n. 231/2001 – interdizione dall'esercizio dell'attività e sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito – non possono essere applicate alle banche in

²² Secondo A. BERNASCONI, ne risulterebbe tuttavia “*svilita la funzione complessiva delle regole speciali introdotte per le banche [...] sottoposte a processo penale; la proclamata intenzione di apprestare strumenti di salvaguardia finalizzati ad attutire, in settori economici tanto delicati, gli effetti destabilizzanti tipici della sanzione penale, si è risolta in una estromissione del controllo del giudice sulla fase esecutiva – e nella correlativa amministrativizzazione della medesima – con conseguente venir meno delle garanzie di terzietà ed imparzialità connesse all'esercizio della giurisdizione penale*” (in *Processo agli enti e regole speciali per banche, intermediari finanziari e imprese di assicurazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, 1, p. 43). In realtà, l'attribuzione del sindacato giurisdizionale al giudice amministrativo piuttosto che a quello penale (in questo senso, anche E. GAGLIARDI, *La responsabilità delle banche in Italia ai sensi del D.Lgs. 231/2001*, cit., p. 2) sembrerebbe costituire il naturale portato della scelta operata dal legislatore in vista della tutela di interessi di rango costituzionale, quali il risparmio.

²³ Art. 45 del d.lgs. n. 231/2001.

via cautelare; né, sempre in via cautelare, può essere nominato un commissario giudiziale²⁴ (art. 97-*bis*, comma 4, TUB).

La *ratio* della previsione appare abbastanza intuitiva. Considerate la rilevanza e l'estrema delicatezza degli interessi incisi dall'attività bancaria, il legislatore ha inteso evitare trasposizioni meccanicistiche di soluzioni concepite per la generalità delle imprese; al contempo, non ha ritenuto di introdurre, per le misure cautelari, un meccanismo "di conversione" analogo a quello previsto per le sanzioni interdittive, illustrato nel paragrafo precedente.

Tuttavia, la soluzione suscita alcune perplessità e potrebbe, quindi, richiedere una rimeditazione.

Infatti, se l'esclusione dell'applicazione cautelare delle sanzioni interdittive appare comprensibile, considerata l'incidenza delle stesse sulla prosecuzione dell'attività bancaria), non può dirsi altrettanto per il commissariamento giudiziale, concepito proprio con riferimento a servizi la cui interruzione potrebbe andare in pregiudizio della collettività²⁵. Inoltre, l'attuale strumentario di vigilanza – oggi notevolmente arricchito rispetto al passato – offre un ampio ventaglio di misure, alle quali l'Autorità ben potrebbe attingere per soddisfare esigenze cautelari (si pensi, ad esempio, al commissario in temporaneo affiancamento)²⁶.

6. La posizione delle banche estere

L'art. 97-*bis* TUB trova applicazione anche alle succursali stabilite in Italia di banche europee ed extraeuropee, sia pure nei limiti della compatibilità (art. 97-*bis*, ult. comma, TUB).

Ciò significa, ad esempio, che, nel procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente, la Banca d'Italia potrà essere sentita o potrà presentare relazioni scritte per gli aspetti rientranti nelle proprie attribuzioni di vigilanza

²⁴ Art. 15 del d.lgs. n. 231/2001.

²⁵ Dalla disposizione trasparirebbe *"ancora una volta la spinta a che il controllo giurisdizionale non interferisca con quello amministrativo dell'autorità di settore [...] la nomina di un commissario eterodiretto [...] potrebbe creare una disfunzionalità egemonica in capo alle Autorità di vigilanza, che non vogliono vedersi private di quella 'discrezionalità dell'intervento [...]"* loro propria: così S. CODA, A. MILANI, A. PERINI, *La responsabilità derivante da reato ex d.lgs. n. 231/2001 per banche, intermediari finanziari e assicurazioni*, cit., p. 1524 (che cita anche A. BERNASCONI, *Processo agli enti e regole speciali per banche, intermediari finanziari e imprese di assicurazione*, cit., p. 37) per poi concludere nel senso per cui *"anche la previsione normativa in commento [...] denota una [...] contiguità ai limiti del conflitto di poteri tra autorità giudiziaria e autorità di settore"*.

²⁶ In realtà, anche nel 2004 l'Autorità di vigilanza aveva a disposizione una misura facilmente utilizzabile in chiave cautelare: la gestione provvisoria (art. 76 TUB, abrogato dal d.lgs. n. 181/2015). La misura in parola comportava la sospensione delle funzioni degli organi di amministrazione e controllo della banca per un periodo non superiore a due mesi, con assunzione temporanea dei poteri di amministrazione da parte di commissari.

(di diversa ampiezza, a seconda che si tratti di succursale di banca europea²⁷ o extraeuropea²⁸).

Il limite della compatibilità opera poi per i profili di natura “sanzionatoria”. Per dare esecuzione a una sanzione interdittiva irrogata, in via definitiva, nei confronti di una banca estera operante in Italia tramite succursale, infatti, la Banca d’Italia non potrà attingere all’intero ventaglio di misure compendiate nel Titolo IV del TUB; ma dovrà operare sulla base delle specifiche disposizioni dettate per le succursali e, in particolare, per i profili che qui maggiormente interessano, degli artt. 77, 78, 79 e 95 TUB.

Così, seguendo l’ordine del Testo unico, al ricorrere dei presupposti di cui all’art. 70 TUB la Banca d’Italia può disporre l’amministrazione straordinaria delle succursali di banche extraeuropee stabilite nel territorio della Repubblica (art. 77 TUB). In tal caso, i commissari straordinari e il comitato di sorveglianza assumono nei confronti della succursale i poteri degli organi di amministrazione e controllo della banca “madre”. In caso di violazione di disposizioni legislative, amministrative o statutarie, irregolarità di gestione o insufficienza di fondi, la Banca d’Italia potrà adottare il divieto di intraprendere nuove operazioni, e finanche disporre la chiusura della succursale (art. 78 TUB). Infine, le succursali delle banche extracomunitarie sono soggette a liquidazione coatta amministrativa (art. 95 TUB): anche per questa procedura si applica la disciplina prevista per le banche italiane, nei limiti della compatibilità.

²⁷ In virtù del principio dell’*home country control* le banche aventi sede in uno degli Stati membri dell’Unione europea possono prestare i propri servizi – anche con stabilimento di succursali – in tutti gli altri Paesi dell’Unione, restando soggette al controllo dell’Autorità di vigilanza dello Stato d’origine (Autorità *home*). I poteri e i compiti dell’Autorità di vigilanza dello Stato “ospitante” (*host*) sono quindi molto limitati. In particolare, con riferimento alle succursali di banche europee insediate in Italia (art. 15, commi 1 e 3, TUB), la Banca d’Italia dispone dei poteri di vigilanza informativa e ispettiva di cui agli artt. 51 e 54, comma 3, TUB, nonché del potere di disciplinare l’esercizio in Italia di attività non ammesse al mutuo riconoscimento (art. 17 TUB); effettua i controlli di cui all’art. 55 TUB, con precipuo riferimento alla situazione di liquidità; può adottare provvedimenti straordinari ai sensi dell’art. 79. Viene inoltre in rilievo la disciplina sul riconoscimento delle procedure di risanamento e liquidazione delle banche operanti in ambito comunitario (Tit. IV, Capo I, sez. III-*bis*, TUB). Infine, in caso di prestazione di servizi e attività di investimento, la normativa di riferimento è contenuta nell’art. 29-*bis* e nell’art. 7-*quater* del TUF. Si veda anche la Circolare della BANCA D’ITALIA n. 285/2013, Parte Prima, Titolo I, Cap. 3.

²⁸ A differenza delle succursali di banche europee, le succursali di banche extraeuropee sono soggette ad autorizzazione della Banca d’Italia (artt. 14, commi 4 e 15, TUB) e, nel contesto del SSM, sono sottoposte alla vigilanza della Banca d’Italia (arg. *ex* considerando 28 del regolamento (UE) 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, c.d. regolamento SSM). Nei loro confronti valgono, in generale, le regole di vigilanza e il regime prudenziale previsti per le banche italiane, nonché le norme applicabili in ragione dell’attività svolta. Più in dettaglio, la Banca d’Italia ha poteri di vigilanza regolamentare e poteri di intervento analoghi a quelli di cui dispone nei confronti di banche italiane (artt. 53 e 53-*bis* TUB); poteri di vigilanza ispettiva (art. 54, commi 1 e 4, TUB); il potere di adottare provvedimenti straordinari (art. 78 TUB). Vengono inoltre in rilievo, con riguardo all’adesione ai sistemi di garanzia dei depositanti, gli artt. 96, comma 3, e 96-*ter*, comma 1, lett. e), TUB. Per le succursali di banche extraeuropee autorizzate alla prestazione di servizi di investimento occorre fare riferimento anche agli artt. 7-*ter*, 19, commi 4 e 4-*bis*, 20-*bis*, comma 4, 29-*ter* e 60 del TUF. Si veda anche la Circolare della BANCA D’ITALIA n. 285/2013, Parte Prima, Titolo I, Cap. 7.

Per le succursali di banche dell'Unione europea, viene invece in rilievo il complesso meccanismo di coordinamento e raccordo con l'Autorità competente del Paese d'origine (c.d. Autorità *home*), corollario del principio dell'*home country control*. In particolare, per il caso di violazione (o rilevante rischio di violazione) delle disposizioni relative all'operatività tramite succursali l'art. 79 TUB detta una disciplina articolata su due distinte ipotesi: se il controllo sull'osservanza della disposizione violata spetta alla Autorità *home*, la Banca d'Italia dà a quest'ultima tempestiva comunicazione della violazione, affinché possa adottare i provvedimenti necessari; per il resto, la Banca d'Italia può solo adottare misure provvisorie (compreso il divieto di intraprendere nuove operazioni e la sospensione dei pagamenti) ove risultino necessarie per la miglior tutela delle ragioni dei depositanti dei risparmiatori²⁹. Quando invece la violazione riguardi disposizioni affidate al controllo della Banca d'Italia, quest'ultima adotta senz'altro le misure necessarie a reprimere le irregolarità, incluso il divieto di intraprendere nuove operazioni, la sospensione dei pagamenti e la chiusura della succursale, dandone comunicazione all'Autorità *home*.

L'innesto di questo meccanismo sulla regola "di conversione" posta dall'art. 97-*bis* TUB non appare agevole: in assenza di indicazioni normative, può comunque ritenersi che la soluzione maggiormente rispettosa del principio dell'*home country control*, e quindi delle prerogative dell'Autorità *home*, sia quella della trasmissione a quest'ultima del provvedimento dell'Autorità giudiziaria italiana, per l'adozione delle opportune misure di competenza.

Nel caso delle succursali, quindi, alla valutazione, già di per sé articolata, connessa alla "conversione" della sanzione interdittiva in una misura di vigilanza, si aggiungono ulteriori profili di complessità.

Come visto, l'art. 97-*bis* TUB fa menzione delle sole succursali; non contiene alcun riferimento alle banche estere operanti in Italia senza stabilimento di succursali.

Sotto questo profilo, la disposizione forma oggetto di letture diverse, finanche contrastanti. Le varie soluzioni interpretative si intrecciano con la più ampia questione relativa all'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 agli enti di diritto straniero per il reato commesso in Italia³⁰.

²⁹ Ad ogni modo, laddove la violazione riguardi la disciplina della liquidità e le misure adottate dalla Autorità *home* non appaiano adeguate, la Banca d'Italia può adottare misure ritenute necessarie: dunque non solo misure provvisorie, ma misure definitive destinate ad affiancare quelle (inadeguate) eventualmente adottate dall'Autorità *home* (art. 79, comma 2, TUB). Si veda anche l'art. 95-*bis*, comma 1-*bis*, TUB, secondo cui le misure provvisorie adottate ai sensi dell'art. 79, comma 1 – da comunicare all'Autorità *home*, alla Commissione e all'Autorità bancaria europea (EBA) – cessano di avere effetto dall'avvio della procedura di risanamento da parte dell'Autorità competente dello Stato d'origine.

³⁰ La questione chiama in causa esigenze diverse: da un lato, evitare che il d.lgs. n. 231/2001 venga impunemente eluso da società operanti nel territorio italiano, ma aventi sede al di fuori dei confini nazionali; d'altro lato, evitare che la disciplina, traducendosi in un "costo organizzativo", possa determinare, di fatto, un ostacolo al pieno dispiegarsi della libertà di stabilimento ovvero della libertà di prestazione di servizi. Sul punto si veda, *ex plurimis*, E. STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 ottobre 2013, in particolare pp. 9 e 14 ss. Sul punto si veda anche, nel presente Quaderno, L. DROGHINI e G. NERI, *I gruppi bancari* (in particolare par. 4).

Secondo un primo orientamento il d.lgs. n. 231/2001 non troverebbe applicazione agli enti di diritto straniero. L'art. 97-*bis* TUB, ultimo comma, rappresenterebbe l'eccezione che conferma la regola, realizzando una "*estensione della disciplina altrimenti preclusa*" a fattispecie in linea di principio non contemplate³¹.

Secondo una opposta lettura, il d.lgs. n. 231/2001 riguarderebbe tutti gli enti, indipendentemente dalla nazionalità. Tale opzione tende a ridimensionare la portata della disposizione che ci occupa, negandole valenza sistematica. Un conto sarebbe infatti la soggezione al sistema della responsabilità amministrativa da reato: come accennato, su tale questione il legislatore avrebbe operato la scelta, molto precisa, di non distinguere a seconda della nazionalità dell'ente "collegato" al reato presupposto. Altro conto è invece lo speciale regime processuale delineato dall'art. 97-*bis* TUB. In forza della chiara lettera dell'ultimo comma della previsione, detto regime non riguarderebbe le banche estere operanti in Italia senza succursali, le quali rimarrebbero comunque soggette, al d.lgs. n. 231/2001.

La giurisprudenza si è espressa in quest'ultimo senso, sia pure senza approfondire le implicazioni operative di tale orientamento. In particolare, secondo il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano del processo Parmalat³², se il reato presupposto è commesso in Italia, la responsabilità amministrativa dipendente da reato della banca di diritto straniero deve essere verificata dal giudice italiano sulla base della normativa italiana; ciò anche nel caso in cui la banca non abbia succursali nel territorio della Repubblica. In proposito viene in rilievo la regola generale per cui la competenza ad accertare l'illecito amministrativo appartiene al giudice penale competente per il reato dal quale lo stesso dipende (art. 36 d.lgs. n. 231/2001). Dunque, anche le banche estere operanti in Italia senza succursale sono "naturalmente" soggette a responsabilità amministrativa secondo il d.lgs. n. 231/2001 per gli eventuali reati commessi in Italia. Nei loro confronti tuttavia – sempre secondo il G.I.P. di Milano – non troverebbe applicazione la disposizione speciale di cui all'art. 97-*bis* TUB, chiaramente da riferire alle sole banche con succursali.

Anche secondo il Tribunale di Forlì l'art. 97-*bis* TUB riguarderebbe le sole succursali (italiane) di banche estere, e non anche le banche estere prive di succursali; questo tuttavia "*non esclude affatto l'applicabilità del decreto* [d.lgs. n. 231/2001, *NdR*] *anche a una banca estera non "radicata" in Italia,*

³¹ Così E. STAMPACCHIA, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, cit., p. 14.

³² Trib. Milano, Gip Tacconi, ord. 13 giugno 2007, in www.rivista231.it.

la quale rimarrebbe comunque soggetta alla disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato³³.

Come evidenziato da parte della dottrina, questa impostazione, sebbene dichiaratamente fedele alla lettera della legge, suscita diverse perplessità nella misura in cui conduce, per le banche estere prive di succursali, a conseguenze applicative distoniche rispetto alle ragioni giustificative alla base dell'art. 97-bis TUB. A titolo esemplificativo, seguendo questa linea di ragionamento dovrebbe affermarsi l'impossibilità, per la Banca d'Italia, di partecipare al procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa da reato nei confronti della banca estera priva di succursale (operante in Italia), con conseguente impossibilità per il giudice di attingere al patrimonio di conoscenze ed *expertise* tecnico dell'Autorità di vigilanza³⁴; dovrebbe poi ritenersi che, a differenza delle banche

³³ Trib. Forlì, sent. n. 503/2018. Il caso è quello, già più volte menzionato, di una banca extracomunitaria che aveva esercitato attività bancaria in Italia in difetto della prescritta autorizzazione avvalendosi a tal fine di una banca italiana: si trattava quindi, a ben vedere, di attività abusiva, non già di attività svolta legittimamente senza stabilimento di succursali (cfr. art. 16, comma 4, TUB). Più nel dettaglio, i vertici della banca extracomunitaria avevano posto in essere, nell'interesse della stessa banca, condotte di ostacolo alla funzione di vigilanza della Banca d'Italia (art. 2638 cod. civ.) per celare la reale natura dei rapporti con la banca italiana, in modo da consentire alla banca extracomunitaria di continuare a operare abusivamente in Italia, in violazione della normativa nazionale e del sistema di vigilanza e controllo. Nell'affermare la responsabilità amministrativa da reato della banca extracomunitaria, il giudice ricorda che *“sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale si è posto il problema dell'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 agli enti di diritto straniero, per evitare il rischio che le norme in esso contenute vengano sostanzialmente eluse da imprese che operano in Italia attraverso lo stabilimento della propria sede principale all'estero. La tesi prevalente avallata da costanti seppure sporadiche pronunce giurisprudenziali”* – osserva il Tribunale – *“è nel senso di ritenere applicabile il d.lgs. cit. anche ad imprese straniere, a prescindere dal fatto che esse abbiano o meno in Italia una sede secondaria o uno stabilimento. Le principali argomentazioni a sostegno di tale indirizzo possono essere sintetizzate come segue: a) il comma 2 dell'art. 1 d.lgs. n. 231/2001 stabilisce che ‘le disposizioni in esso previste si applicano agli enti dotati di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica’, non distinguendo fra enti di diritto straniero e non; b) in virtù del principio di imperatività della norma penale, il semplice fatto di operare in Italia comporta l'obbligo di rispettarne la legge, indipendentemente dall'esistenza nel Paese di appartenenza della società di norme che regolino la stessa materia in modo analogo: al riguardo, viene richiamato a titolo esemplificativo l'obbligo di circolare con cinture di sicurezza, per cui il conducente di un'automobile straniera fabbricata in un Paese in cui non sia in vigore l'obbligo delle cinture di sicurezza dovrà munirsi di tale dispositivo per circolare in Italia, altrimenti commetterà un'infrazione al Codice della Strada; c) se, in base all'art. 4 d.lgs. cit., la disciplina del decreto si applica anche agli enti con sede principale in Italia nell'interesse dei quali sia stato commesso un reato all'estero, a maggior ragione essa andrà applicata nel caso in cui tale reato sia commesso in Italia; d) nello stesso senso verterebbero l'art. 34 – il quale rimanda alle norme del codice di procedura penale – e, quindi, anche all'art. 1 dello stesso, che sancisce il principio generale della giurisdizione del giudice penale oltre che”* – ed ecco quindi l'argomento richiamato nel testo – *“l'art. 36, in base al quale è il giudice penale competente in ordine al reato presupposto che conosce dell'illecito amministrativo dell'ente, così che la competenza per l'accertamento dell'illecito si radica nel luogo di commissione del reato presupposto”, di modo che “la giurisdizione” del giudice penale italiano “trova una barriera nel solo fatto che l'ente non abbia operato in Italia e il reato non sia, pertanto, perseguibile in Italia”.*

³⁴ Il paradosso è evidente laddove si consideri che, anche rispetto all'attività svolta senza stabilimento di succursali, la Banca d'Italia è chiamata a svolgere attività di vigilanza: si pensi, in particolare, alla vigilanza condotta sulle banche extracomunitarie autorizzate a prestare servizi senza stabilimento, per le quali non valgono il principio dell'*home country control* e i relativi corollari.

con succursali, le banche che operano senza radicamento sul territorio possano essere raggiunte da una misura cautelare di tipo interdittivo; e, ancora, dovrebbe affermarsi l'inapplicabilità del meccanismo di "conversione" delle sanzioni interdittive in misure di vigilanza esaminato nei paragrafi precedenti. Dunque, a fronte della medesima attività (bancaria), si avrebbe un trattamento differenziato tra banche estere fondato solo sulle diverse modalità di svolgimento della stessa (con o senza un radicamento del territorio).

In realtà, l'attività bancaria è caratterizzata da un tratto di specialità connessa alla esigenza di salvaguardare la stabilità del sistema e di tutelare i diritti dei depositanti e della clientela; istanze queste che non sembrano atteggiarsi diversamente in relazione alla presenza o meno di succursali nel territorio italiano.

Più coerente con le coordinate di fondo del sistema potrebbe apparire una diversa lettura dell'ultimo comma. La premessa è sempre quella – avallata da giurisprudenza e dottrina maggioritarie – dell'applicabilità del d.gs. n. 231/2001 anche agli enti di diritto straniero, incluse le banche. In questo quadro l'art. 97-*bis* TUB detterebbe speciali regole procedurali che, in mancanza di indicazioni contrarie, dovrebbero intendersi riferite a tutte le banche, comprese quelle estere, senza che assuma rilievo la scelta strategico-organizzativa di stabilire nel territorio italiano un presidio fisico (succursali). Tali considerazioni dovrebbero condurre a una più attenta lettura dell'ultimo comma dell'art. 97-*bis* TUB, volta a porre l'enfasi non tanto sul riferimento alle succursali – come detto, già scontato nelle premesse – quanto sulla previsione, solo per queste, e non anche per le banche estere prive di radicamento sul territorio, del limite della compatibilità. In definitiva: l'art. 97-*bis* TUB si applicherebbe a tutte le banche estere, con e senza succursali; ma per le prime – ed esclusivamente per queste – l'applicazione sarebbe consentita solo per quanto compatibile con il loro peculiare 'statuto normativo'³⁵.

In realtà anche questa soluzione – pur consentendo di evitare la vistosa incongruenza logico-sistematica cui si espone l'altra soluzione – non appare del tutto soddisfacente. Difatti l'applicazione dell'art. 97-*bis* TUB a una banca estera richiederebbe, sempre e comunque, una delicata operazione di raccordo con la disciplina di settore, tesa a verificarne i margini compatibilità; ciò anche nel caso di banche senza succursali. In altri termini, anche questa ricostruzione finisce per prospettare un trattamento differenziato tra banche estere privo di una solida giustificazione razionale.

³⁵ La soluzione è prospettata, sia pure in termini dubitativi, da E. STAMPACCHIA (*La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero*, cit., p. 13), secondo la quale "se il d.gs. 231 si applica a tutte le imprese, aventi o non sede in Italia, e l'art. 97-bis – che prevede particolari regole procedurali e di favore per gli illeciti amministrativi commessi dalle banche – subordina alla verifica di compatibilità la sua applicazione alle banche estere con succursale in Italia mentre nulla dice in merito a quelle che non hanno stabilito una succursale sul territorio nazionale, se ne dovrebbe desumere che trattandosi pur sempre di «banche», dovrà essere esclusa per queste ultime la verifica di compatibilità di cui al quinto comma e non l'applicazione dell'intera disciplina speciale di cui all'art. 97-bis".

In definitiva, e per concludere, tutte le letture dell'art. 97-*bis*, ultimo comma, TUB finora proposte³⁶ non appaiono pienamente convincenti. In effetti, appare arduo prospettare una soluzione capace di spiegare il singolare silenzio serbato sulle banche prive di succursali “saldando” tra loro, in maniera armonica e razionale, la lettera della disposizione con le esigenze di agevolare l'accertamento processuale, di salvaguardare la stabilità del sistema e di tutela dei depositanti e della clientela sottese all'art. 97-*bis* TUB.

7. Profili di coordinamento: l'art. 97-*bis* del Testo unico bancario nel contesto del *Single Supervisory Mechanism* e del *Single Resolution Mechanism*

Nel 2004, al momento dell'introduzione dell'art. 97-*bis* TUB, l'unica Autorità di vigilanza nell'ordinamento bancario era quella nazionale, la Banca d'Italia. Unica era quindi la referente dell'Autorità giudiziaria; unica era l'Autorità deputata a svolgere quel delicato compito di conversione delle sanzioni interdittive in misure di vigilanza sopra descritto.

Oggi il quadro è profondamente modificato. Dal 2014 ha infatti preso avvio il *Single Supervisory Mechanism*³⁷, nel quale le funzioni di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi nell'area dell'euro sono esercitate congiuntamente dalla Banca Centrale Europea (BCE) e dalle Autorità nazionali competenti (in Italia, la Banca d'Italia). In questo sistema i compiti di vigilanza sono suddivisi tra livello nazionale e livello europeo in relazione alla *significance* dell'intermediario

³⁶ Tra le letture tese a ridimensionare la portata dell'art. 97-*bis* TUB si segnala quella di S. BARIATTI, *L'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2006, 3-4, pp. 819 ss. Secondo l'Autrice, il d.lgs. n. 231/2001 si applica anche alle società estere, incluse le banche; tuttavia, tale applicazione non comporterebbe – quantomeno per le banche aventi sede in uno Stato dell'Unione europea – anche l'imposizione dell'onere di adottare i modelli organizzativi previsti dal decreto, incompatibile con il diritto dell'Unione europea. Le direttive europee in materia bancaria hanno infatti consacrato il principio dell'*home country control*, per cui un operatore bancario autorizzato in uno Stato membro può esercitare l'attività anche in altro Stato in forza dell'autorizzazione rilasciata nello Stato d'origine, sotto il controllo dell'Autorità di regolamentazione e vigilanza di quest'ultimo. In questo sistema “*lo Stato membro d'origine gode di una potestà assoluta per quel che concerne la disciplina e la supervisione in materia di organizzazione delle banche in esso incorporate*”; le competenze dello Stato ospitante – limitate alla vigilanza sui soli profili di liquidità (arg. ex art. 27 della dir. 2006/48/CE) – non riguarderebbero, per definizione, gli assetti organizzativi e di controllo interno. A detta dell'Autrice, il riferimento alla “compatibilità” di cui all'art. 97-*bis* TUB sarebbe da mettere in relazione proprio con questo sistema di mutuo riconoscimento dell'attività bancaria realizzata in ambito europeo.

³⁷ Regolamento (UE) 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (c.d. Regolamento SSM).

bancario³⁸ (salvi solo alcuni compiti spettanti senza eccezioni alla BCE³⁹). Ne consegue che oggi l'Autorità di vigilanza competente sulla banca interessata dall'accertamento di responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001* sarà, a seconda dei casi, la Banca d'Italia o la BCE.

D'altro lato, con regolamento (UE) 806/2014⁴⁰ è stato istituito il *Single Resolution Mechanism* – Meccanismo di Risoluzione Unico delle banche (e delle Sim che prestano servizi che comportano la assunzione di rischi in proprio). Si tratta di un sistema complementare al *Single Supervisory Mechanism*, con l'obiettivo di assicurare la gestione ordinata delle crisi bancarie, superando i problemi legati alla frammentazione delle procedure su base nazionale⁴¹. Anche la disciplina della gestione delle crisi bancarie è stata profondamente rinnovata, in parallelo, dalla già citata direttiva BRRD. Nel loro complesso, le modifiche menzionate hanno inciso, tra l'altro, sugli strumenti di gestione delle crisi, aggiornati rispetto al passato, e sul sistema di competenze per la relativa adozione.

A fronte di uno scenario così profondamente modificato, la formulazione dell'art. 97-*bis* TUB introdotta dal legislatore del 2004 è rimasta immutata; tuttavia il nuovo sistema istituzionale richiede di tentare un raccordo, procedendo a una lettura aggiornata della disposizione.

In proposito, scorrendo nell'ordine le previsioni dell'art. 97-*bis* TUB, non vi è particolare ragione di dubitare che naturale interlocutore dell'Autorità giudiziaria, nell'intero arco del giudizio promosso nei confronti di una banca, continuerà a essere, in linea di principio, la Banca d'Italia. L'accertamento della responsabilità amministrativa da reato della banca è infatti demandato alla magistratura penale, con la quale l'Autorità di vigilanza europea non ha finora

³⁸ Art. 6, par. 4, Regolamento SSM.

³⁹ In particolare, sono di esclusiva spettanza della BCE il rilascio e la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e la valutazione delle domande di acquisto e cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi (art. 4, par. 1, lett. *a*) e *c*), art. 14 e art. 15 del Regolamento SSM).

⁴⁰ Regolamento (UE) 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014 (c.d. Regolamento SRM) che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) 1093/2010.

⁴¹ Il sistema è formato da Comitato di Risoluzione Unico (*Single Resolution Board*, SRB), agenzia europea per l'esercizio delle funzioni di risoluzione, dotata di personalità giuridica, e dalle Autorità di risoluzione nazionali (*National Resolution Authorities*, NRA).

dimostrato di voler interloquire in via diretta⁴². Naturalmente la Banca d'Italia sarà tenuta a interfacciarsi con la BCE assicurandone, con riferimento alle banche *significant*, l'informativa e un adeguato coinvolgimento. Le indagini e, ancora di più, un eventuale giudizio potrebbero infatti avere ricadute significative sugli intermediari, specie nell'ipotesi in cui ne venisse riconosciuta la responsabilità, chiamando in causa valutazioni su profili di rischio operativi, legali e reputazionali, ormai di competenza della BCE⁴³.

La rinnovata architettura istituzionale incide anche sul meccanismo concepito per eseguire le sanzioni interdittive della sospensione dell'autorizzazione e dell'interdizione dell'attività, di cui all'art. 97-*bis*, comma 3, TUB. Come già accennato⁴⁴, l'esecuzione potrebbe in linea teorica comportare l'adozione di una misura di vigilanza in senso stretto (attuazione o modifica del piano di risanamento, *removal* dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e dell'alta dirigenza, nomina di un commissario in temporaneo affiancamento, amministrazione straordinaria) ovvero di una misura di gestione della crisi (risoluzione e liquidazione coatta amministrativa).

⁴² La normativa europea sul *Single Supervisory Mechanism* non contiene indicazioni specifiche sul tema della collaborazione tra le Autorità di vigilanza e le Autorità giudiziarie nazionali competenti per la materia penale. L'unica disposizione rilevante è contenuta nell'art. 136 del regolamento (UE) 468/2014 della Banca centrale europea (che istituisce il quadro di cooperazione, c.d. Framework, nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate): quando la BCE, nell'esercizio dei compiti conferitile all'interno del SSM, ha motivo di sospettare che sia stato commesso un illecito penale, chiede alla Autorità nazionale di vigilanza di deferire la questione all'Autorità nazionale competente per le indagini e l'eventuale procedimento penale in conformità al diritto nazionale. La disposizione concerne quindi la sola ipotesi di inoltro di segnalazioni o denunce alla magistratura nazionale su input della BCE; non contiene invece alcuna indicazione sulle modalità della collaborazione prestata attraverso il riscontro delle richieste di informazioni degli organi inquirenti, nell'ambito di indagini preliminari, o della magistratura nel corso del giudizio. Sul punto è intervenuta, nel giugno 2016, una decisione della BCE sulla disclosure di informazioni riservate riguardanti materie di competenza BCE richieste nell'ambito di indagini e procedimenti penali (Decisione (UE) 2016/1162 del 30 giugno 2016 sulla comunicazione di informazioni riservate nell'ambito di indagini penali). Tale decisione distingue a seconda che la richiesta sia rivolta alla BCE o alle Autorità di vigilanza nazionali; ma, in entrambi i casi, assegna a queste ultime il compito di interloquire con la magistratura previo, naturalmente, raccordo con la BCE.

⁴³ In linea teorica, non può tuttavia escludersi che la BCE assuma un ruolo attivo, anche di 'interfaccia' della magistratura penale, quantomeno in alcune ipotesi; ad esempio in caso di partecipazione, come parte civile, al giudizio di accertamento del reato presupposto *ex d.lgs. n. 231/2001* promosso nei confronti di una banca *significant*. Tale eventualità – ad oggi mai verificatasi – è stata riconosciuta dalla giurisprudenza di merito, secondo la quale la BCE rientra tra i destinatari della tutela penale prevista per l'ostacolo all'esercizio delle funzioni pubbliche di vigilanza (art. 2638 cod.civ.) e, come tale, può essere individuata come persona offesa dalle relative condotte di reato. Il Regolamento SSM avrebbe infatti realizzato “una piena equiparazione, *ratione materiae*, tra le Autorità nazionali e sovranazionale in materia di vigilanza prudenziale, pertanto, ai fini della tutela penale, escludere la B.C.E. dalla qualifica di Autorità pubblica di vigilanza [ai sensi e per gli effetti dell'art. 2638 cod.civ.] apparirebbe una scelta del tutto irragionevole” determinando una altrettanto “irragionevole torsione del sistema di tutela sanzionatoria” (Trib. Vicenza, 17 giugno 2021, n. 348, G.E., M.P., P.M., P.A., Z.G., Z.G., BPV, reperibile nella banca dati *Onelegale* e in <https://www.giurisprudenzapenale.com/>, p. 505; la conclusione è richiamata anche da Corte App. Venezia, sez. I pen., 4 gennaio 2023, n. 3348, pp. 43 e 44 e pp. 246-253).

⁴⁴ Cfr. *supra*, par. 3.

Ebbene, l'adozione nei confronti delle banche *significant* delle misure di vigilanza sopra menzionate spetta oggi alla BCE. Si tratta infatti di misure conseguenti all'esercizio di poteri attribuiti dalla Direttiva BRRD alle Autorità di vigilanza nazionali, alle quali la BCE risulta ormai assimilata, sia pure con riferimento ai compiti di vigilanza attribuiti nel quadro del *Single Supervisory Mechanism*⁴⁵.

Per quanto riguarda le misure di gestione delle crisi, la relativa adozione rappresenta l'epilogo di un procedimento articolato. La prima valutazione spetta all'Autorità di vigilanza competente, chiamata ad accertare il dissesto (o il rischio di dissesto) e l'irreversibilità della crisi dell'intermediario⁴⁶.

Segue quindi una valutazione dell'Autorità di risoluzione (*Single Resolution Board* o Banca d'Italia), volta a verificare l'eventuale sussistenza di un interesse pubblico alla risoluzione. In caso di valutazione positiva, viene disposta la risoluzione. Al riguardo, la competenza è ripartita su due livelli, nazionale ed europeo: a livello nazionale, l'Autorità di risoluzione è la Banca d'Italia; a livello europeo opera invece il Comitato di risoluzione unico (*Single Resolution Board*, SRB)⁴⁷.

Laddove invece non venga ravvisato un interesse pubblico alla risoluzione, la gestione della crisi viene realizzata attraverso la procedura di insolvenza nazionale, la liquidazione coatta amministrativa, l'attivazione della quale postula il coordinamento di diverse Autorità. La liquidazione coatta amministrativa viene infatti disposta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze su proposta della (sola) Banca d'Italia. Tuttavia, la contestuale revoca dell'autorizzazione viene effettuata sempre dalla BCE, per tutte le

⁴⁵ In particolare, l'art. 9 del Regolamento SSM concentra nella BCE la veste di Autorità nazionale competente o di Autorità designata dagli Stati membri dell'Unione partecipanti al *Single Supervisory Mechanism*, facendole assumere tutti i poteri e tutti gli obblighi a queste ultime attribuiti dalla legislazione europea e dalla legislazione nazionale attuativa della stessa (par. 1); in proposito, si veda anche il considerando 45 del Regolamento SSM.

⁴⁶ Tale valutazione si basa sia su indici quantitativi concernenti, in particolare, la situazione patrimoniale o di liquidità dell'intermediario sia su parametri qualitativi, legati a irregolarità nell'amministrazione o violazioni della normativa di riferimento di gravità tale da giustificare la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria (art. 32, par. 6, Direttiva BRRD e art. 17, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 180/2015). Per quanto più interessa in questa sede, l'Autorità Bancaria Europea (EBA) ha chiarito che, nell'ambito dei parametri qualitativi, possono venire in rilievo anche eventuali carenze negli assetti di *governance* relative, tra l'altro, al sistema dei controlli interni (*Guidelines on the interpretation of the different circumstances where an institution shall be considered failing or likely to fail under Art. 32 (6) of Directive 2014/59/EU*, EBA/GL/2015/07, Titolo II, par. 4, nelle quali si evidenzia come “[c]ertain objective elements should indicate that an institution has serious weaknesses in its governance arrangements which may, in most cases in conjunction with other objective elements related to capital and liquidity, justify withdrawal of the authorization [...] These elements include among other things: [...] an accumulation of material deficiencies in key areas of the governance arrangements, which together have material negative prudential impact on the institution [...] examples of such material deficiencies, which in combination can have a material negative prudential impact on the institution, can include: [...] inadequate internal control mechanisms [...]”).

⁴⁷ Si veda in particolare, la disciplina sulla ripartizione dei compiti all'interno del SRM dettata dall'art. 7 del regolamento SRM.

banche, a prescindere dalla loro significatività: opera infatti il principio del *contrarius actus* rispetto al rilascio dell'autorizzazione, pure di competenza esclusiva della BCE⁴⁸.

Infine, per quanto riguarda l'art. 97-*bis*, ultimo comma, TUB, la nuova architettura europea del sistema di vigilanza ha una immediata ricaduta sulla previsione relativa alle succursali di banche comunitarie. Come già rilevato, nei confronti di queste ultime i poteri di vigilanza della Banca d'Italia incontrano il limite dei poteri di vigilanza dell'Autorità competente dello Stato d'origine (Autorità *home*); Autorità che oggi, laddove si tratti di succursale di banca *significant* (avente sede in uno Stato dell'euro-zona), sarà da individuare nella BCE.

⁴⁸ Cfr. art. 4, par. 1, lett. *a*) e art. 14 del regolamento SSM, già menzionati.

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 – FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 – PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 – GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 – GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 – LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 – GIORGIO SANGIORGIO – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 – VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 – FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 – *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 – CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 – GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 – GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 – CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 – PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 – VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 – FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 – MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 – MARCO MANCINI – MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.

- n. 24 – ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.
- n. 26 – AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.
- n. 27 – GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 – *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 – OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 – P. FERRO-LUZZI – P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993 (esaurito).
- n. 32 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 – GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 – LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 – GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 – VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 – O. CAPOLINO – G. CARRIERO – P. DE VECCHIS – M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995 (esaurito).
- n. 40 – MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti-derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 – ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 – M. PERASSI – R. D'AMBROSIO – G. CARRIERO – O. CAPOLINO – M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 – *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 – *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 – DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.
- n. 46 – PAOLO CIOCCA – ANTONELLA MAGLIOCCO – MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.

- n. 47 – P. DE VECCHIS – G.L. CARRIERO – O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria* 1996, settembre 1997.
- n. 48 – GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998 (esaurito).
- n. 49 – *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, marzo 1999.
- n. 50 – A. MAGLIOCCO – D. PITARO – G. RICOTTI – A. SANELLI, *Tassazione del risparmio gestito e integrazione finanziaria europea*, settembre 1999.
- n. 51 – ENRICO GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, gennaio 2000.
- n. 52 – *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands* (Brussels, 7 July 2000), giugno 2001.
- n. 53 – VINCENZO TROIANO, *Gli Istituti di moneta elettronica*, luglio 2001.
- n. 54 – STEFANO CAPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, luglio 2001.
- n. 55 – BRUNA SZEGO, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, giugno 2002.
- n. 56 – AA.VV., *Diritto Societario e Competitività in Italia e in Germania*, luglio 2003.
- n. 57 – GIANMARIA MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, giugno 2004.
- n. 58 – ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, *La disciplina italiana dei Covered Bond*, giugno 2007.
- n. 59 – MARCO MANCINI, VINCENZA PROFETA E NICOLA DE GIORGI, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, settembre 2007 (esaurito).
- n. 60 – MARCELLO CONDEMI E FRANCESCO DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, febbraio 2008.
- n. 61 – BRUNA SZEGO, *Le impugnazioni in Italia: perché le riforme non hanno funzionato?*, luglio 2008.
- n. 62 – RENZO COSTI E FRANCESCO VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, settembre 2008.
- n. 63 – MARCO MANCINI E MARINO PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, dicembre 2008.
- n. 64 – ENRICO GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, giugno 2009.
- n. 65 – DAVID PITARO, *Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*, luglio 2009.
- n. 66 – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, settembre 2009.
- n.66en – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Civil procedure reforms in Italy: concentration principle, adversarial system or case management?*, September 2009.

- n. 67 – OLINA CAPOLINO E RAFFAELE D'AMBROSIO, *La tutela penale dell'attività di Vigilanza*, ottobre 2009.
- n. 68 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, settembre 2010.
- n. 69 – AA.VV., *Insolvency and Cross-border Groups. UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, febbraio 2011.
- n. 70 – BRUNO DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, giugno 2011.
- n. 71 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*, ottobre 2011 (esaurito).
- n. 72 – *Legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa: la storia, il presente, il futuro*. Atti della conferenza tenutasi a Roma il 14 ottobre 2011, ottobre 2012.
- n.72app – ENRICO GALANTI, *Cronologia della crisi 2007-2012*, maggio 2013.
- n. 73 – MARCO MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, settembre 2013.
- n. 74 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, dicembre 2013.
- n. 75 – *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, marzo 2014.
- n. 76 – GIUSEPPE NAPOLETANO, *Legal aspects of macroprudential policy in the United States and in the European Union*, giugno 2014.
- n. 77 – NICOLA DE GIORGI E MARIA IRIDE VANGELISTI, *La funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti in Italia – Il provvedimento della Banca d'Italia del 18.9.2012 sui sistemi di pagamento al dettaglio*, settembre 2014.
- n. 78 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, gennaio 2015.
- n. 79 – MARCO LAMANDINI – DAVID RAMOS MUÑOZ – JAVIER SOLANA ÁLVAREZ, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, novembre 2015.
- n. 80 – LUIGI DONATO, *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, febbraio 2016.
- n. 81 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Scritti sull'Unione Bancaria*, luglio 2016.
- n. 82 – Gustavo Bonelli, *Un giurista in Banca d'Italia*, dicembre 2017.
- n. 83 – *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, aprile 2018.
- n. 84 – *Judicial review in the Banking Union and in the EU financial architecture. Conference jointly organized by Banca d'Italia and the European Banking Institute*, giugno 2018.
- n. 85 – *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, maggio 2019.
- n. 86 – *A 20 anni dal TUF (1998-2018): verso la disciplina della Capital Market Union?*, agosto 2019.

- n. 87 – FABRIZIO MAIMERI E MARCO MANCINI, *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale*, settembre 2019.
- n. 88 – RAFFAELE D’AMBROSIO, *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, aprile 2020.
- n. 89 – LUIGI DONATO, *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, giugno 2020.
- n. 90 – RAFFAELE D’AMBROSIO E STEFANO MONTEMAGGI, *Private and public enforcement of EU investor protection regulation*, ottobre 2020.
- n. 91 – RAFFAELE D’AMBROSIO E DONATO MESSINEO, *The German Federal Constitutional Court and the Banking Union*, marzo 2021.
- n. 92 – RAFFAELE D’AMBROSIO, FRANCESCO PAOLO CHIRICO, LEONARDO DROGHINI E GIUSEPPE PALA, *Pandectae. Digest of the case-law on the Banking Union – Jan-Jun 2022*, dicembre 2022.
- n. 93 – VINCENZA PROFETA, *Competition and Payment Services. Conference Papers*, dicembre 2022.
- n. 94 – GIUSEPPE NAPOLETANO, *An EU Legal Framework for Macroprudential Supervision through Borrower-Based Measures. Conference Papers*, febbraio 2023.
- n. 95 – OLINA CAPOLINO, *Le crisi bancarie: risoluzione, liquidazione e prospettive di riforma alla luce dell’esperienza spagnola e italiana – Crisis bancarias: resolución, liquidación y perspectivas de reforma a la luz de la experiencia española e italiana*, aprile 2023.
- n. 96 – RAFFAELE D’AMBROSIO, FRANCESCO PAOLO CHIRICO, LEONARDO DROGHINI E GIUSEPPE PALA, *Pandectae. Digest of the case-law on the Banking Union – Jul-Dec 2022*, maggio 2023.