

GRUPPI BANCARI E RESPONSABILITÀ 231

Prima di addentrarsi nel tema specifico della responsabilità dei gruppi bancari conseguente alla commissione di un fatto illecito penalmente rilevante, appare opportuna una breve disamina della disciplina dei gruppi di imprese nell'ambito della sistematica del D.lgs. 231/2001. La rilevanza economica del gruppo è oggi un fenomeno indiscutibile. Infatti, anche per le imprese di medie dimensioni, il gruppo di società rappresenta oggi il format prevalente. Il nostro ordinamento non contiene alcuna definizione di gruppo di imprese, limitandosi ad affrontare solo alcuni profili del fenomeno. Tra essi, il più rilevante è certamente il tema della responsabilità in ipotesi di esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento (v. artt. 2497 e s. c.c.).

Il rispetto dei principi di corretta gestione societaria, per quanto di difficile classificazione data la loro complessità, ricomprende l'ottemperanza, da parte della capogruppo, sia degli obblighi generali di amministrare con diligenza e senza conflitti di interessi, sia delle norme previste dalla natura delle singole società facenti parte del gruppo, piuttosto che dai loro singoli statuti. Non solo, gli input della capogruppo alle società dirette devono essere prima di tutto coerenti e rispettosi degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili di cui agli artt. 2381, commi 3 e 5, 2403, comma 1 e 2086, comma 2 c.c... D'altra parte, il gruppo di imprese ben prima di rappresentare un fenomeno giuridicamente rilevante è un fatto economico. Secondo questa concezione lo stesso si può definire quale aggregazione di più società formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate a una direzione economica unitaria. Le società del gruppo sono cioè soggetti di diritto distinti fra loro, benché coordinati e diretti per il conseguimento di un unico interesse economico e imprenditoriale (c.d. "interesse di gruppo"). Anche se il legislatore non ha elaborato una specifica disciplina per la fattispecie del gruppo di società e ha bypassato la questione della definizione della fattispecie, negli ultimi anni si è indubbiamente passati da un insieme di disposizioni isolate (per lo più collocate nell'ordinamento societario) a un progressivo consolidamento di un insieme coordinato di regole che disciplina la materia, al punto che, a oggi, in campo civilistico si è ormai in presenza di un sistema organico caratterizzante il gruppo di società.

Il fenomeno dei "gruppi di imprese" amplifica le problematiche tipiche del diritto penale dell'economia, allontanando il vertice decisionale dalla operatività di prima linea, rendendo più articolato l'accertamento delle responsabilità e delle posizioni di garanzia. Problematiche che vengono ulteriormente accentuate quando si tratti di realtà multinazionali, operanti in una pluralità di Paesi. In quest'ambito, infatti, risaltano maggiormente alcuni profili specifici di potenziale pericolosità in termini di criminalità economica, quali esemplificativamente: la dispersione geografica delle attività; il decentramento decisionale; il crescente raggio di incidenza, volume e complessità delle operazioni economiche; il possibile impatto degli episodi criminosi; le accentuate difficoltà nel perseguirli. A ciò bisogna aggiungere le difformità normative dei diversi ordinamenti di riferimento.

Dal punto di vista del diritto penale, alcuni reati societari prendono in considerazione il "gruppo" in quanto tale: si tratta delle fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) e dell'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.). Anche in materia penale-fallimentare, parte della giurisprudenza ha dato rilievo ai cosiddetti vantaggi compensativi infragruppo rispetto alla commissione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, escludendo l'esistenza di una distrazione quando la mancanza di corrispettivo sia solo apparente, in considerazione di concreti vantaggi "di gruppo" che giustifichino la diminuzione patrimoniale della singola società (cfr. Cass. Pen., Sez. V, 25 luglio 2016, ud. 19 gennaio 2016, n. 32131 e Cass. Pen., Sez. I, 13 dicembre 2012, ud. 26 ottobre 2012, n. 48327). Per quanto riguarda specificamente la responsabilità delle imprese, non si trova nel D.lgs. 231/2001 alcun riferimento alla tematica dei gruppi di impresa. Per ovviare a tale

lacuna, le soluzioni prospettate 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. Resta il fatto che la responsabilità delle imprese, come oggi delineata dall’ordinamento italiano, si fonda su un soggetto singolarmente considerato. Pertanto, ciascuna società, sebbene appartenente a un gruppo, avrà autonome responsabilità e sarà lasciata all’interprete la valutazione “case by case” di un possibile concorso, ovvero di una eventuale “risalita” della responsabilità attraverso le controllanti fino alla capogruppo, senza un diretto coinvolgimento di quest’ultima nel fatto illecito. Fermo restando che la capogruppo non riveste una posizione di garanzia ex art. 40 c.p. e quindi non ha un obbligo giuridico di impedire la commissione di reati nell’ambito delle sue controllate. Le considerazioni delle precedenti «info», derivano sia una sempre più improcrastinabile necessità di riforma del decreto (de iure condendo), sia alcune specifiche tematiche che si possono affrontare fin d’ora (de iure condito). Elemento centrale è rappresentato dai Modelli di organizzazione e di gestione costituiscono, previsti ai sensi e per gli effetti dell’art. 6 co. 1 lett. a) del D.lgs. 231/2001, quali atti di emanazione dell’organo dirigente dell’ente/società. Tale disposizione normativa implica che l’approvazione del modello è responsabilità esclusiva del Consiglio di amministrazione di ogni singola società del gruppo. Ci si domanda dunque se sia possibile adottare per tutte le società del gruppo il medesimo modello della holding con i dovuti adattamenti, in ossequio a criteri di uniformità di indirizzo e di omogeneità, da cui aspettarsi anche sinergie nel comparto dei controlli; oppure lasciare totalmente liberi gli organi direttivi delle singole società controllate, con una preventivabile disomogeneità nei risultati dei diversi approcci intrapresi che implicherebbe un limite anche per l’efficienza del controllo. La materia si collega del resto, strettamente, alla tematica degli assetti organizzativi. Infatti, in linea di principio, la predisposizione del modello 231 è, tecnicamente, un onere: la sanzione per la mancata adozione, in base alla legge speciale, può essere comminata ex post, come sanzione amministrativa, in caso di perpetrazione del reato nell’interesse dell’impresa. Nel dibattito in tema di responsabilità “231” per i gruppi di imprese, si sono inserite diverse linee guida di associazioni di categoria, nonché di autorevoli enti di studio e ricerca (per le banche si pensi in particolare alle Linee Guida ABI per la predisposizione dei modelli organizzativi). È da considerare rilevante l’aggiornamento del 2014 delle Linee Guida di Confindustria in materia di costruzione dei Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo. Tale documento dedica un intero paragrafo alla responsabilità da reato nei gruppi di imprese. In esso viene definitivamente chiarito 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”. Problema fondamentale resta, comunque, quello di stabilire in presenza di quali condizioni le società del gruppo, e in particolare la capogruppo, possano essere chiamate a rispondere del reato commesso nell’ambito di una delle altre società. Secondo le citate Linee Guida, solo là dove i soggetti apicali della capogruppo si ingerissero in modo sistematico e continuativo nella gestione della controllata, così da rendere apparente l’autonomia giuridica di quest’ultima, i vertici della holding potrebbero qualificarsi come amministratori della stessa. In questo caso, peraltro, si verserebbe nella ipotesi del cd. “gruppo apparente”. Diversamente, il controllo societario o l’attività di direzione e coordinamento non possono fondare, di per sé, la responsabilità in capo ai vertici della controllante dell’omesso impedimento dell’illecito commesso nell’attività della controllata (non potendo applicarsi l’art. 40, comma 2, c.p.). Non c’è infatti, alcuna disposizione che preveda in capo agli apicali della controllante l’obbligo giuridico e i poteri necessari per impedire i reati nella controllata e, in proposito, va ricordato che l’art. 2497 c.c. è volto alla tutela dei soci e dei creditori sociali e non fonda in alcun modo una posizione di garanzia in capo agli amministratori della holding rispetto alle attività delle società controllate.

Di conseguenza, la holding/controlante potrà essere ritenuta responsabile per il reato commesso nell’attività della controllata qualora:

- sia stato commesso un reato presupposto nell'interesse o vantaggio immediato e diretto, oltre che della controllata, anche della controllante;
- le persone fisiche collegate in via funzionale alla controllante abbiano partecipato alla commissione del reato presupposto recando un contributo causalmente rilevante, provato in maniera concreta e specifica.

Per quanto riguarda i Modelli organizzativi, Confindustria precisa che ciascuna società del gruppo, in quanto singolarmente destinataria dei precetti del decreto 231, è chiamata a svolgere autonomamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio Modello. Tale attività potrà essere condotta anche in base a indicazioni e modalità attuative previste da parte della holding in funzione dell'assetto organizzativo e operativo di gruppo, ma ciò non dovrà determinare una limitazione di autonomia da parte delle società controllate nell'adozione del Modello stesso. Nondimeno, è opportuno che ogni società del gruppo nomini un proprio Organismo di Vigilanza (OdV), distinto anche nella scelta dei singoli componenti.

Sul tema anche Assonime è intervenuta in diverse occasioni, per esempio nel Caso 9/2011 e 9/2020 dedicati espressamente alla responsabilità penale nei gruppi d'impresa e nel Caso 2/2018 in cui si affronta la questione della possibile applicazione della responsabilità per gli enti prevista dal D.lgs. 231/2001 alle società straniere che operano in Italia e qui commettono degli illeciti senza avere sul territorio nazionale una sede secondaria o uno stabilimento. Di recente, alcuni spunti sono stati elaborati dal documento realizzato dal CNDCEC con la collaborazione di ABI, Confindustria e Consiglio Forense, sui nuovi "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". Il tema principale affrontato dalla giurisprudenza attiene all'eventuale ascrizione della responsabilità derivante dal D.lgs. 231 alla controllante e/o alle altre (se non addirittura a tutte le) società facenti parte di un gruppo societario, allorché nel contesto operativo di una delle società collegate o controllate sia stato realizzato un reato-presupposto. La questione può porsi sia nell'ambito del gruppo c.d. "verticale", sia (sulla base di una attenta impostazione) nell'ambito del gruppo cosiddetto orizzontale, cui partecipano con ruolo e accordi paritetici più società. Nelle prime pronunce di merito connesse alla responsabilità "231" nei confronti di società appartenenti a un gruppo è inizialmente prevalsa la tesi che individua l'esistenza di un "potere di fatto" della holding sulle controllate e qualifica, così, la capogruppo come "mandante" rispetto agli illeciti commessi dalle o nelle controllate. Comincia a farsi strada il concetto di "interesse di gruppo, seppure questo venga utilizzato in chiave incriminatrice, cioè al fine di espandere il novero di soggetti responsabili. Data l'eterogeneità dei gruppi (nazionali e multinazionali, con holding pure o con holding operative o miste, più o meno integrati dal punto di vista organizzativo e strutturale) la tematica va, invece, affrontata "case by case". La giurisprudenza più recente si è, in effetti, attestata sul principio per cui non può esistere alcun automatismo tra responsabilità "231" e appartenenza a un gruppo. Riguardo alle società controllate ("responsabilità discendente") non è, possibile desumere la responsabilità di queste dalla mera esistenza del rapporto di controllo o di collegamento all'interno di un gruppo di società. Il giudice deve, invece, esplicitamente individuare e motivare la sussistenza dei criteri di imputazione della responsabilità da reato in capo a ogni singolo ente (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2014, ud. 20 dicembre 2013, n. 2658). Non è consentito, cioè, sulla base di una relazione di controllo o di collegamento societario, e fuori da un preciso coinvolgimento delle società partecipate nella consumazione dei reati-presupposti, ricavare l'esistenza di un nesso logico-giuridico tra il profitto della controllante e il conseguimento di eventuali illeciti benefici da parte delle controllate. Va precisato, in proposito, che è necessario distinguere tra il legittimo esercizio della direzione e coordinamento e il travalicamento dello stesso. Pur conducendo a una valutazione unitaria economico-imprenditoriale delle società del gruppo, la disciplina in materia non conduce a un superamento dell'autonomia decisionale delle singole unità giuridiche e dei loro vertici.

Si pensi alla tesoreria centralizzata, alle direttive di gruppo, all'unicità del sistema informatico, all'uniformità nella gestione del personale, alla commistione di ruoli di vertice in diverse società del

gruppo. Con riferimento alla holding (“responsabilità ascendente”), che interessa in particolare in questa sede, sarà necessario accertare che nella consumazione del reato presupposto concorra almeno una persona fisica che agisca per conto della holding stessa perseguendo anche l’interesse di quest’ultima. Non è invece sufficiente l’enucleazione di un generico riferimento al gruppo, ovvero a un generale “interesse di gruppo” (v. Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016, ud. 27 settembre 2016, n. 52316). In sintesi, affinché la responsabilità possa essere “trasferita” da una società all’altra dovranno ricorrere alcuni elementi, e in specie:

- che i presupposti previsti dal D.lgs. 231/2001 sussistano in relazione a tutte le società del gruppo chiamate a rispondere;
- che i criteri di imputazione (“soggettivo”, del rapporto qualificato tra autore del reato ed ente, e “oggettivo”, della condotta nell’interesse o vantaggio dell’ente) siano verificati in concreto, senza astratte generalizzazioni.

Centrale resta il tema della “colpa in organizzazione” anche nell’ambito dei gruppi. Anzi, la complessità della struttura e dei rapporti richiede un’indagine ancor più pregnante dei possibili deficit organizzativi rispetto alla commissione degli illeciti. Particolarmente dirompente è la possibilità di applicare misure cautelari sia interdittive che patrimoniali che incidano sul gruppo, che possano, cioè, interessare anche altre società non direttamente coinvolte nel reato presupposto. Anche in tale ambito, la Cassazione ha precisato che il sequestro (anche per equivalente) del profitto del reato, previsto dagli artt. 19 e 53 del D.lgs. 231/2001, è consentito nei confronti di società appartenenti al medesimo “gruppo” dell’ente indagato solo se è pienamente provato il rapporto di controllo, collegamento o comunque l’influenza dominante da parte della capogruppo (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2014, ud. 20 dicembre 2013, n. 2658). La normativa secondaria riferita ai settori vigilati è da sempre anticipatrice di ulteriori interventi legislativi in materia di governo delle società – quotate e non – con particolare riferimento ai profili attinenti alla gestione e ai controlli. Lo stesso Codice di Corporate Governance di Borsa Italiana, sin dalla versione emendata del 2011 definisce il controllo come elemento co-essenziale della gestione e non come mera verifica *ex post*. Si perviene cioè a una concezione di controllo come opportunità di efficienza e non come “sanzione”. In particolare, il Principio XVIII contenuto nell’art. 6 del Codice, denominato “Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi”, evidenzia che detto sistema «è costituito dall’insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate a una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società».

D’altra parte, si deve osservare come la disciplina bancaria, ha rappresentato un importante driver anticipatore. Sul punto rileva, in particolare, l’art. 52 del Testo Unico Bancario (TUB) che dispone una disciplina rafforzata delle funzioni dell’organo con funzioni di controllo precisando che le medesime dovranno essere definite nello statuto sociale «*indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo*» adottato. L’art. 53 del TUB detta una regola di carattere generale in merito all’assetto organizzativo dell’impresa bancaria demandando alla Banca d’Italia (“Bankit” e/o “il Regolatore”) l’emanazione di “disposizioni” di carattere generale circa:

1. l’adeguatezza patrimoniale
2. la gestione e il contenimento del rischio, nelle sue diverse configurazioni
3. il governo societario
4. l’organizzazione amministrativa e contabile
5. i controlli interni
6. i sistemi di remunerazione e di incentivazione.

A tal fine Banca d’Italia ha emanato la Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (Circolare 285/2013) “Disposizioni di vigilanza per le banche”(Disposizioni), con il chiaro intento di riordinare le disposizioni di vigilanza per le banche anche in funzione di allinearsi agli atti normativi comunitari volti a rafforzare la capacità delle banche di assorbire *shock* derivanti da tensioni finanziarie ed economiche, a migliorare

la gestione del rischio e la *governance*, a rafforzare la trasparenza e l'informativa delle banche, tenendo conto degli insegnamenti della crisi finanziaria. Il quadro normativo e regolamentare, così delineato, individua compiti, ruoli e responsabilità sul governo e sul controllo della banca, con notevoli potenzialità in termini di trasparenza, efficacia e ottimizzazione dei processi e dei servizi, sia di gestione interna che in termini di business verso la clientela. Le norme relative agli organi apicali, infatti, inducono l'alta direzione, il consiglio di amministrazione e gli organi di controllo a prendere in maggior considerazione aspetti come la definizione della propensione aziendale al rischio, l'analisi, il controllo, la gestione e la prevenzione dei rischi e delle non conformità a leggi e regolamentazioni, la rappresentazione della visione direzionale sulla sicurezza sotto forma di *information security policy*. Di particolare interesse per la materia *de qua* sono inoltre le disposizioni in tema di "Vigilanza su base consolidata" di cui al Capo II del Titolo III del TUB (artt. da 59 a 69), dedicate ai gruppi bancari, tema ampiamente ripreso nelle citate Disposizioni di Banca d'Italia. Controllo e gestione del rischio hanno assunto un ruolo centrale nel sistema di corporate governance e del relativo "*lay out*" in termini di assetti organizzativi del nostro ordinamento societario, e delle banche in particolare. In un proficuo incontro fra tecnica e regolazione, il portato delle tecniche aziendalistiche, che da tempo individuano nel *risk management* l'asse portante di un controllo orientato alla correttezza della gestione, è oggi assunto al rango di norme, sia codicistiche che "di secondo livello", e in particolare per quanto qui interessa, dei regolamenti e delle Disposizioni emanate dai Regulator: Bankit, Consob e IVASS. Sul punto la Circolare della Banca d'Italia n. 285/2013 introduce una disciplina organica in tema di corporate governance in cui il controllo è concepito come elemento integrato con il processo di gestione, disciplinando in modo dettagliato la gestione del rischio anche tramite espresse previsioni per il coordinamento delle funzioni di controllo e per la definizione di idonee procedure di *alert*. Il *risk approach* assume quindi un'importanza cruciale nella gestione della banca in stretta connessione con i sistemi di controllo. In quest'ambito va evidenziato in modo particolare il concetto, al tempo innovativo, di *Risk Appetite Framework* ("RAF" o sistema degli obiettivi di rischio). Traendo spunto dalle Disposizioni di Bankit, lo stesso può sinteticamente venire rappresentato quale quadro di riferimento che definisce – in coerenza con il massimo rischio assumibile, il business model e il piano strategico – la propensione al rischio, le soglie di tolleranza, i limiti di rischio, le politiche di governo dei rischi, i processi di riferimento necessari per definirli e attuarli. La declinazione analitica dei rischi viene quindi definita secondo la seguente articolazione:

1. *risk capacity* (massimo rischio assumibile): cioè il livello massimo di rischio che una banca è tecnicamente in grado di assumere senza violare i requisiti regolamentari o gli altri vincoli imposti dagli azionisti o dall'autorità di vigilanza;
2. *risk appetite* (obiettivo di rischio o propensione al rischio): il livello di rischio (complessivo e per tipologia) che la banca intende assumere, nel limite del massimo rischio assumibile, per il perseguimento dei suoi obiettivi strategici;
3. *risk tolerance* (soglia di tolleranza): la devianza massima dal risk appetite consentita; la soglia di tolleranza è fissata in modo da assicurare in ogni caso alla banca margini sufficienti per operare, anche in condizioni di stress, entro il massimo rischio assumibile;
4. *risk profile* (rischio effettivo): il rischio effettivamente assunto, misurato in un determinato istante temporale;
5. *risk limits* (limiti di rischio): l'articolazione degli obiettivi di rischio in limiti operativi, definiti, in linea con il principio di proporzionalità, per tipologie di rischio, unità e/o linee di business, linee di prodotto, tipologie di clienti.
6. Di notevole interesse il focus dedicato dalle Disposizioni di Bankit circa l'approccio al rischio nei gruppi bancari. In particolare, si denota che il RAF di gruppo tiene conto delle specifiche operatività e dei connessi profili di rischio di ciascuna delle società componenti il gruppo in modo da risultare integrato e coerente. Per il conseguimento di tale obiettivo è necessario «che gli organi aziendali della capogruppo svolgano i compiti loro affidati con riferimento non soltanto alla propria realtà aziendale ma anche valutando l'operatività complessiva del gruppo e i rischi cui esso è esposto». D'altra parte, gli organi aziendali delle singole legal

entity componenti il gruppo «agiscono in coerenza con il RAF di gruppo e sono responsabili della sua attuazione per quanto concerne gli aspetti relativi alla propria realtà aziendale», ne discende che la capogruppo avrà quindi l'onere di rendere partecipi gli organi aziendali delle controllate delle scelte effettuate in materia di RAF (cfr. Banca d'Italia Circolare 285/2013, Sez. V, Titolo IV, Parte I). All'Organo con funzione di supervisione strategica (i.e. nel modello di governo tradizionale trattasi del CdA, anche *board*) spetta la responsabilità nella strutturazione di assetti organizzativi adeguati, idonei in particolare a consentire il corretto espletamento dell'attività di *risk appetite* e (soprattutto) di *risk accountability*. In merito alla definizione, monitoraggio e gestione del *risk appetite* è attribuita al *board* la determinazione degli obiettivi di rischio dell'ente e/o del gruppo e la loro traduzione in limiti all'operatività delle strutture di business tramite il *Risk Appetite Statement*, nonché il compito di assicurare coerenza tra gli obiettivi di rischio determinati ex ante, le linee strategiche, le politiche in materia di capitale e liquidità e le politiche di remunerazione.

Il *board* è chiamato, sul versante della *risk accountability*, a esercitare una stretta funzione di monitoraggio nei confronti del management, con particolare attenzione alla verifica nel continuo della concreta esposizione al rischio della banca e del gruppo bancario. Di notevole rilievo l'effort posto dal Regolatore sul sistema dei controlli: esso rappresenta un elemento fondamentale di conoscenza e consapevolezza per gli organi aziendali in modo da garantire piena consapevolezza della situazione ed efficace presidio dei rischi aziendali e delle loro interrelazioni. Tale sistema orienta i mutamenti delle linee strategiche e delle politiche aziendali e consente di adattare in modo coerente il contesto organizzativo e presidia la funzionalità dei sistemi gestionali e il rispetto degli istituti di vigilanza prudenziale; favorisce la diffusione di una corretta cultura dei rischi, della legalità e dei valori aziendali. Per queste caratteristiche, il sistema dei controlli interni alla banca ha un rilievo strategico. Nelle intenzioni di Banca d'Italia, la cultura del controllo deve infatti avere una posizione preminente nella scala dei valori aziendali: essa non riguarda solo le funzioni aziendali di controllo, ma coinvolge tutta l'organizzazione aziendale (organi aziendali, strutture, livelli gerarchici, personale), nello sviluppo e nell'applicazione di metodi, logici e sistematici, per identificare, misurare, comunicare, gestire i rischi. Nel merito, si segnala che: il sistema dei controlli interni è costituito dall'insieme delle regole, delle funzioni, delle strutture, delle risorse, dei processi e delle procedure che mirano ad assicurare, nel rispetto della sana e prudente gestione, il conseguimento delle seguenti finalità:

- verifica dell'attuazione delle strategie e delle politiche aziendali;
- contenimento del rischio entro i limiti indicati nel quadro di riferimento;
- per la determinazione del RAF della banca e/o del gruppo bancario;
- salvaguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite;
- efficacia ed efficienza dei processi aziendali;
- affidabilità e sicurezza delle informazioni aziendali e delle procedure informatiche;
- prevenzione del rischio che la banca sia coinvolta, anche involontariamente, in attività illecite (con particolare riferimento a quelle connesse con il riciclaggio, l'usura e il finanziamento al terrorismo);
- conformità delle operazioni con la legge e la normativa di vigilanza, nonché con le politiche, i regolamenti e le procedure interne» (così, Parte I, Titolo IV, Cap. 3, Sez. I, Punto 6, Disposizioni preliminari e principi generali, Circolare 285/2013, 34° aggiornamento).

In tal senso, la "normativizzazione" delle best practice in materia di principi di corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi, vede il D.lgs 231/2001 quale precursore di un assetto fondato sul principio dell'*organizzazione funzionale alla prevenzione*, che è progressivamente diventato il fondamento di molte normative di primo e secondo livello che interessano particolarmente il settore bancario (si pensi tra tutte alla normativa antiriciclaggio di cui al D.lgs.231/2007 e smi).

In questo contesto riveste un ruolo centrale la gestione del rischio e la individuazione di procedure idonee a gestirlo e controllarlo:

1. nel pieno rispetto della conformità alle norme di legge e regolamenti
2. in funzione di una condizione preventivamente valutata e ritenuta accettabile, tenuto conto della dimensione e della natura dell'impresa bancaria.

In diretta connessione a questa impostazione impressa dal Regolatore va posta l'adozione e l'efficace attuazione del Modello 231 (e dell'attività dell'OdV che ne rappresenta parte integrante), che dottrina e best practice ascrivono ormai sistematicamente fra quelle norme del diritto societario e bancario che sanciscono il principio di adeguatezza organizzativa e di corretta amministrazione. La disciplina dei controlli interni nell'ambito del gruppo bancario – la cui fonte legislativa risiede nell'art. 67, comma 1, lett. d), del TUB – delinea un quadro normativo organico e coerente con le migliori prassi internazionali e con le raccomandazioni dei principali organismi internazionali, introducendo alcuni punti chiave: il coinvolgimento dei vertici aziendali nella predisposizione e monitoraggio del sistema dei controlli; la visione integrata dei rischi; l'efficienza e l'efficacia dei controlli; l'applicazione delle norme in funzione della dimensione e della complessità operativa delle banche (c.d. principio di proporzionalità). In particolare, le Disposizioni prevedono che la holding bancaria doti il gruppo di un sistema unitario di controlli interni che consenta l'effettivo controllo, sia sulle scelte strategiche del gruppo nel suo complesso, sia sull'equilibrio gestionale delle singole componenti.

Nel quadro delineato la holding, in funzione dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo, esercita:

1. un controllo strategico sull'evoluzione delle diverse aree di attività in cui il gruppo opera e dei rischi incombenti sulle attività esercitate. Si tratta di un controllo sia sull'andamento delle attività svolte dalle società appartenenti al gruppo (crescita o riduzione per via endogena), sia sulle politiche di acquisizione e dismissione da parte delle società del gruppo (crescita o riduzione per via esogena);
2. un controllo gestionale volto ad assicurare il mantenimento delle condizioni di equilibrio economico, finanziario e patrimoniale sia delle singole società, sia del gruppo nel suo insieme (per esempio attraverso la predisposizione di piani, programmi e budget sia aziendali che di gruppo, l'analisi delle situazioni periodiche, dei conti infra-annuali, dei bilanci di esercizio delle singole società e di quelli consolidati);
3. un controllo tecnico-operativo finalizzato alla valutazione dei vari profili di rischio apportati al gruppo dalle singole controllate e dei rischi complessivi del gruppo.

Da rilevare che, nel caso di controllate estere, sarà necessario che la capogruppo, nel rispetto dei vincoli locali, adotti tutte le iniziative atte a garantire standard di controllo e presidi comparabili a quelli previsti dalle disposizioni di vigilanza italiane, anche nei casi in cui la normativa dei paesi in cui sono insediate le filiazioni non preveda analoghi livelli di attenzione. Circa la verifica della rispondenza dei comportamenti delle società appartenenti al gruppo agli indirizzi della *holding* nonché l'efficacia del sistema dei controlli interni e il funzionamento dei flussi informativi, lo snodo cruciale è rappresentato dalla funzione di revisione interna che effettuerà a livello consolidato periodiche verifiche sulle componenti del gruppo, tenuto conto della rilevanza delle diverse tipologie di rischio assunte dalle diverse *legal entity*.

L'art. 1 del D.lgs. 231/2001 prevede un regime derogatorio per gli enti creditizi e assicurativi finalizzato proprio a tenere conto delle esigenze di coordinamento con la disciplina specifica: disposizioni peculiari sono state così inserite direttamente nel testo unico bancario (art. 97-bis TUB), nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (art. 60-bis TUF.), e nel codice delle assicurazioni private (art. 266 D.lgs. 209/2005). Tra le eccezioni più rilevanti alle regole in materia di responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato si segnala, in primo luogo, quella che vieta l'applicazione, anche se solo in funzione cautelare, delle sanzioni interdittive più gravi, cioè a dire quelle previste dall'art. 9 comma 2 lett. a e b D.lgs. 231/2001: l'interdizione dall'esercizio dell'attività e la sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito. Oltre a ciò, è fatto divieto di ricorrere all'istituto del commissario giudiziale

dall'art. 23 del D.lgs. 231/2001. Dal punto di vista procedimentale, è stato, invece, previsto un canale di comunicazione diretta tra il pubblico ministero e le autorità di vigilanza dei settori creditizio, finanziario e assicurativo (Banca d'Italia, Consob e IVASS), volto a favorire l'ingresso nella fase di indagini delle informazioni tecniche in possesso di queste ultime. Tali autorità presenziano anche in fase di giudizio, nonché in fase esecutiva, in quanto, là dove, la sentenza di condanna dell'ente prevedesse le due sanzioni interdittive sopra richiamate, la competenza non solo a eseguire ma, altresì, a determinare, in concreto, la misura da applicare, spetta all'autorità amministrativa e non al giudice. L'art. 84 del D.lgs. 231/2001 stabilisce che il provvedimento che applica misure cautelari interdittive e la sentenza irrevocabile di condanna siano comunicati, a cura della cancelleria del giudice che li ha emessi, alle autorità che esercitano il controllo o la vigilanza sull'ente. In relazione alla mappatura dei rischi di reato nelle banche, si distingue tra reati "generalisti" e reati "peculiaristi".

I primi sono connessi solo occasionalmente allo svolgimento dell'impresa bancaria e sono i reati presupposto tipici delle società. I secondi sono quelli che possono presentare rischi di verifica in ragione di specifiche attività della banca. In relazione a questi, si rende necessaria la verifica dei sistemi di controllo relativi alle singole aree di rischio al fine del loro adeguamento alle prescrizioni del D.lgs. 231/2001. I reati peculiaristi riguardano prevalentemente settori quali: la gestione di fondi pubblici (captazione/erogazione di contributi, in qualsiasi modo denominati, destinati a pubbliche finalità); lo svolgimento di attività in regime di concessione (per esempio, riscossione tributi); l'attività c.d. "di sportello", connessa alla messa in circolazione di valori; attività di finanziamento, intesa in senso ampio quale messa a disposizione di clienti di disponibilità finanziarie. Nella prassi si sono verificate contestazioni con particolare riguardo ai delitti di riciclaggio, false comunicazioni sociali e abusi di mercato (artt. 25-octies, 25-ter e 25-sexies del D.lgs. 231/2001).

Si deve considerare che il sistema bancario si struttura spesso sotto forma di "gruppo", composto alternativamente:

- a) dalla banca capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate;
- b) dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate (purché nell'insieme delle società partecipate vi sia almeno una banca italiana controllata).

In tale contesto «assume il ruolo di capogruppo la banca italiana (o la società finanziaria o la società di partecipazione finanziaria mista con sede legale in Italia), cui fa capo il controllo delle società componenti il gruppo bancario». La stessa, provvede a comunicare alla Banca d'Italia «l'esistenza del gruppo bancario e nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle controllate anche al fine della corretta esecuzione delle disposizioni impartite dal Regolatore nell'interesse della stabilità del gruppo» (Testo Unico Bancario, Artt. 60 e seguenti). Diviene, perciò, importante meglio comprendere come i rischi "penali" si possano riverberare all'interno di tali gruppi. Come si è già detto, a oggi, nell'ordinamento italiano non può assumere rilievo un "modello di gruppo" e, dunque, ciascuna società adotterà in autonomia, con delibera dei propri Consigli di Amministrazione e sotto la propria responsabilità, un proprio "Modello di organizzazione, gestione e controllo" ai sensi del D.lgs. 231/01, individuando le proprie attività a rischio di reato e le misure idonee a prevenirne il compimento, in considerazione della natura e del tipo di attività svolta, nonché delle dimensioni e della struttura della propria organizzazione. Nella predisposizione del proprio Modello le società appartenenti a un gruppo si ispireranno ai principi su cui si basa il Modello della holding, recependone i contenuti, salvo che l'analisi delle proprie attività a rischio evidenzia la necessità o l'opportunità di adottare diverse o ulteriori specifiche misure di prevenzione. Nel predisporre tale articolato sistema di Modelli, autonomi ma correlati, la preoccupazione principale è proprio quella di evitare i rischi di "allargamento" della responsabilità da reato da una società all'altra.

Per società appartenenti al gruppo si intendono, generalmente, tutte le società italiane e straniere controllate direttamente o indirettamente da una medesima holding italiana, nonché le stabili organizzazioni operanti in Italia di società estere, controllate direttamente o indirettamente dalla

stessa holding. La società capogruppo dovrà, dunque, essere consapevole della rilevanza di una corretta applicazione dei principi previsti dal D.lgs. 231/2001 all'interno dell'intero gruppo, come sopra definite e comunicare alle società italiane direttamente controllate, con le modalità ritenute più opportune, i principi e le linee guida da seguire per l'adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. 231/2001. Sarà, poi, responsabilità di tali società trasmettere, a loro volta, alle proprie controllate le informazioni in oggetto. Nell'ambito di alcuni dei grandi gruppi bancari italiani vengono formalizzate del "global rules" o delle linee guida dedicate alla "compliance 231", finalizzate alla diffusione di *best practices*, metodologie, procedure e lo sviluppo di sistemi IT al fine di uniformare le modalità operative nel gruppo per il migliore presidio dei rischi e per una maggiore efficienza operativa. Tra i presidi ivi indicati si trova la possibilità di indicare dei "fiduciari" negli organi sociali e nelle posizioni manageriali chiave delle società del gruppo, nonché la strutturazione di un sistema manageriale/funzionale che definisce i meccanismi di coordinamento manageriale di gruppo (soggetti dotati di specifici poteri in merito ai temi di budget, definizione di policy nonché linee guida/modelli di competenza).

A ciò si affianca la predisposizione di Codici di condotta e di Codici Etici applicabili a tutto il gruppo e contenenti un insieme di norme di comportamento su aspetti chiave dell'integrità morale vuole promuovere la cultura della compliance e guidare le azioni tese a promuovere l'impegno etico del sistema bancario. Per le medesime finalità vengono previsti appositi contratti di prestazione di servizi volti a disciplinare i rapporti tra la holding e le controllate, con particolare riguardo alle attività che possono presentare rischi di commissione di reati rilevanti per la responsabilità amministrativa ex D.lgs. 231/2001. In coerenza con il contesto delineato, è quindi prassi che le holding bancarie prevedano nei propri Modelli la possibilità di impartire criteri e direttive di carattere generale verso le controllate, nonché di verificare la rispondenza dei Modelli delle società appartenenti al gruppo alle policy, regolamenti e procedure definite dalla holding. D'altra parte, in termini di flussi informativi, frequentemente i Modelli 231 dei gruppi bancari prevedono la trasmissione alla capogruppo di report periodici, in relazione ad argomenti connessi al D.lgs. 231/2001.

Sono sicuramente utili e consigliabili interventi di sensibilizzazione e formazione degli esponenti della capogruppo, al fine di stimolare una particolare attenzione ai processi nei quali sono chiamati a intervenire congiuntamente a esponenti di società controllate, rendendo consapevoli i primi della delicatezza di quanto è a loro richiesto quando si trovino ad agire in un ambito procedimentale condiviso con soggetti di società controllate. Centrale appare in quest'ottica la previsione di un presidio rafforzato dei flussi informativi infragruppo e delle attività di *monitoring* e *warning*, volte a coordinare le attività e la prevenzione dei rischi. Ciò varrà a maggior ragione con riferimento ai presidi sui, già richiamati, fattori chiave del "rischio di risalita", in particolare: soggetti-processi-clienti condivisi. Altrettanto centrale ai fini della prevenzione degli illeciti "231" è l'attività dell'Organismo di Vigilanza che, nei gruppi bancari, sarà chiamato a verificare le attività peculiari della realtà creditizia. Come avviene per il Modello organizzativo, non è ipotizzabile, allo stato della normativa, la previsione di un unico OdV di gruppo poiché le funzioni e i poteri dell'organismo non possono esplicarsi su società diverse da quella che lo ha nominato. Per tale ragione anche le Linee Guida di Confindustria suggeriscono la nomina di OdV distinti per ciascuna società, sebbene non si escluda che tutti gli OdV delle controllate possano beneficiare delle indicazioni provenienti da strutture comuni (es. *Internal auditing*, *Compliance*, ecc.).

È tuttavia evidente la difficoltà di coordinamento e il maggiore aggravio economico che comporta tale soluzione conforme alla *littera legis*. Allo stesso tempo, l'appartenenza a un gruppo non potrà non influire sulla sua composizione. L'individuazione della struttura andrà studiata in una "prospettiva di gruppo", con l'accortezza di evitare la scelta di componenti che, per il ruolo rivestito e/o l'attività svolta all'interno della holding o del gruppo, portino con sé il rischio di una inammissibile intrusione nella operatività delle controllate, ma tenendo al contempo in considerazione il fatto che l'autonomia dell'OdV va valutata nel suo complesso e non in relazione a ogni singolo membro. Rispetto all'attività concreta dell'OdV, due sono i temi cruciali: uno attiene al coordinamento tra i vari OdV e, in particolare, tra quello delle controllate e quello della capogruppo; il secondo riguarda gli strumenti di effettiva vigilanza là dove alcune funzioni siano incardinate (talvolta anche fisicamente) in altre entità del

gruppo, ovvero vi siano vere e proprie funzioni “di gruppo” o “corporate”. In merito è da segnalare che attraverso lo strumento del cosiddetto regolamento di gruppo⁶⁸ si possono opportunamente disciplinare oltre che i rapporti organizzativo-funzionali tra le diverse società del gruppo, anche compiti e funzioni dell’OdV della *holding*, in particolare riguardo al coordinamento degli Organismi di Vigilanza delle società controllate. Si può per esempio prevedere che l’OdV della società posta al vertice del gruppo svolga un’attività diretta alla maggiore efficienza e funzionalità degli OdV delle società figlie, quale concreta esplicitazione della direzione unitaria. Possono essere contemplati, per effetto di normative interne condivise con le società controllate, eventuali strutture organizzative, flussi informativi e applicazioni di regole unitariamente volte a perseguire, con l’intervento dell’Organismo della capogruppo, una migliore e più efficace vigilanza sulle misure prevenzionistiche anche all’interno delle singole *legal entities*. Altro terreno comune su cui può esplicitarsi il coordinamento fra OdV della capogruppo e quello delle controllate è rappresentato dall’informazione in ambito nuovi reati presupposto che di volta in volta vengono inseriti nel “Catalogo reati 231” nonché attraverso incontri formativi su temi di comune interesse e su processi condivisi che fanno parte dell’assetto organizzativo del gruppo. A tal proposito val la pena di sottolineare che nell’evenienza in cui venga affidata all’Organismo di Vigilanza della capogruppo un’attività di coordinamento degli OdV delle controllate, non seguirebbe alcuna conseguenza riguardo alla responsabilità da reato della capogruppo. Va, infatti, tenuto in considerazione che lo spettro di attività dell’Organismo di Vigilanza si muove sempre su un diverso livello rispetto alle attività di natura operativa e gestionale all’interno delle quali può essere realizzato un reato rilevante ai sensi del D.lgs. 231/2001. Proprio tale diversità di piani permette di escludere una forma di ingerenza nel caso di coordinamento tra gli OdV.

Qualora si dovesse ritenere opportuno un rafforzamento del coordinamento della vigilanza nelle società, nei sensi di cui al decreto 231, a opera dell’Organismo di Vigilanza della capogruppo, sarebbe consigliabile prevedere che le interlocuzioni previste dal modello con le diverse funzioni dell’*holding* (si veda le precedenti info pubblicate) siano oggetto di informazione anche all’Organismo di Vigilanza della società di vertice, curando però di non appesantire la funzionalità di quest’ultimo e lasciando quindi gli interventi alle funzioni menzionate, con la trasmissione all’OdV del contenuto delle interlocuzione medesime, in modo che contribuisca al patrimonio conoscitivo dell’organismo, tale da agevolare eventuali successive attività di coordinamento. È, inoltre, opportuno un aggiornamento tempestivo dell’elenco delle persone che svolgono ruoli sia nella Capogruppo sia in una controllata in modo da valutare adeguatamente i rischi – per la responsabilità della banca – che la duplice posizione comporta. Nei Modelli viene, infatti, talvolta previsto che le società appartenenti al gruppo sottopongano all’Organismo di Vigilanza della *holding* gli eventuali aspetti problematici riscontrati nel conformare il proprio Modello a quanto predisposto dalla capogruppo, chiedendo allo stesso una “*Non Binding Opinion*”. Tale *opinion* dell’Organismo di Vigilanza della Capogruppo non limita in alcun modo l’autonomia, tanto degli Organismi di Vigilanza quanto dei Consigli di Amministrazione delle singole società, di assumere le decisioni ritenute più adeguate in relazione alla concreta realtà delle proprie società.

18 marzo 2021

A cura di Avv. Bruna Capparelli