

## **Gruppi bancari e responsabilità 231. L'insidia della risalita del reato da controllata a controllante.**

di **Paolo Venero, Maria Francesca Artusi e Luca Venero**

**Sommario:** 1. Cenni ai più recenti sviluppi in materia di responsabilità "231" nei Gruppi di imprese. - **1.1** Le linee guida. - **1.2** Il rischio di "risalita" della responsabilità. - **2.** Le peculiarità del sistema bancario e i conseguenti rischi "231". - **2.1.** Corporate governance, risk approach e sistemi di controllo nelle banche. - **2.1.1.** Il risk approach e gli assetti organizzativi. - **2.1.2.** Il sistema dei controlli. - **2.1.3.** Procedure e Funzioni aziendali di controllo di I, II e III livello. - **2.1.4.** Controlli interni nell'ambito del gruppo bancario. - **2.2.** Norme specifiche del D.lgs. 231/2001 per il sistema bancario. - **2.3.** I fattori di rischio "231" in un gruppo bancario. - **2.3.1.** Il rischio di risalita della responsabilità. - **2.3.2.** Gruppi multinazionali. - **2.3.3.** Modelli di organizzazione e misure di prevenzione nei gruppi bancari. - **2.3.4.** Organismi di Vigilanza in un gruppo bancario.

### **1. Cenni ai più recenti sviluppi in materia di responsabilità "231" nei Gruppi di imprese**

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: anche per le imprese di medie dimensioni, il gruppo di società rappresenta infatti 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 (vedasi artt. 2497 e ss. 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.<sup>1</sup>

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 ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate ad 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 ed imprenditoriale (c.d. "interesse di gruppo")...*"<sup>2</sup>.

Anche se il legislatore non ha elaborato una specifica disciplina per la fattispecie del gruppo di società e ha by-passato 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) ad un progressivo consolidamento di un insieme coordinato di regole che disciplina la materia<sup>3</sup>, al punto che, ad oggi, in campo civilistico

---

<sup>1</sup> Si veda, al riguardo, M. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in Riv. dir. soc., 2011, 2, p. 363.

<sup>2</sup> G. POLICARO, *Il fenomeno di gruppo: profili e criticità*, in M. IRRERA (a cura di) *Diritto del governo delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata*, Giappichelli, 2020, p. 711.

<sup>3</sup> Si richiamano, fra le altre, le seguenti disposizioni:

- attività di direzione e coordinamento e suoi limiti fisiologici (art. 2497 e ss. c.c.);
- responsabilità per abuso, cioè per violazione del criterio di corretta gestione non soltanto societaria ma anche imprenditoriale;
- assetti organizzativi (in forza del combinato disposto dagli artt. 2381co. 3 e 2497 co. 1 ultima parte c.c.);
- rapporti interorganici ai fini del controllo (nel senso di verifica del rispetto delle regole legali, contabili, statutarie, di correttezza gestionale) (cfr. artt. 2403-bis co. 2 c.c, 151 co. 1 e 2, 151-bis co. 1, 151-ter, 154-bis co. 3 e 165 del TUF);
- la rappresentazione contabile [artt. 2424, B, III, 1); C, II, 2), 3), 4); III, 1), 2), 3); D, 9), 10), 11); 2425, C), 15), 16); D), 18), a); 19, a); 2426 co. 1 n. 4; 2427 co. 1, 5), 9), 22-6-bis, 2427-bis co. 1, 2); 2428 co. 3, 3); 2429, co. 3 e 4; 114, co. 2; 114-bis; 123-bis co. 1, c), h), co. 2, b); 154 co. 4 co. 6 c) e 165 ss. del TUF].

Solo di recente con l'adozione del D.lgs. 14/2019, nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCI), viene fornita una definizione compiuta del gruppo societario. L'art. 2, lett. h), del CCI definisce infatti il gruppo di imprese come: "*l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che:*

- 1) *l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci;*

si è ormai in presenza di un sistema organico caratterizzante il gruppo di società.<sup>4</sup>

Il fenomeno dei "gruppi di imprese" amplifica le problematiche tipiche del diritto penale dell'economia, allontanando il vertice decisionale dalla operatività "di prima linea"<sup>5</sup>, 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 - più vasto - impatto degli episodi criminosi; le accentuate difficoltà nel perseguirli. A ciò bisogna aggiungere le difformità normative dei diversi ordinamenti di riferimento<sup>6</sup>.

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"<sup>7</sup> infragruppo rispetto alla commissione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, escludendo l'esistenza di una distrazione quando la mancanza di corrispettivo sia solo

---

2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento".

<sup>4</sup> Così M. BOIDI – A. ROSSI – P. VERNERO, *L'applicazione del DLgs. 231/2001 nei gruppi di imprese*, in P. VERNERO - R. FRASCINELLI - M. BOIDI (a cura di), *Modello organizzativo D.lgs. 231 e Organismo di Vigilanza*, Eutekne, 2019, p. 343 ss..

<sup>5</sup> A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, *Diritto Penale dell'Economia*, Tomo secondo, Milano, 2017, p. 2522 s.

<sup>6</sup> Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231*, aggiornate al marzo 2014, 78.

<sup>7</sup> Trattasi dell'applicazione delle c.d. "teoria dei vantaggi compensativi", che trae spunto dal disposto dell'art. 2497, primo comma, c.c., secondo cui vi è esclusione della responsabilità della holding nel caso in cui il pregiudizio economico subito dalla società etero-diretta per effetto di una singola operazione sia "compensato" da altri vantaggi legati all'appartenenza al gruppo.

apparente, in considerazione di concreti vantaggi “di gruppo” che giustifichino la diminuzione patrimoniale della singola società<sup>8</sup>.

Per quanto riguarda specificamente la responsabilità degli enti, non si trova nel D.lgs. 231/2001 alcun riferimento alla tematica dei gruppi di impresa. Per ovviare a tale lacuna, 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<sup>9</sup>.

Resta il fatto che la responsabilità degli enti, come oggi delineata dall’ordinamento italiano, si fonda su un soggetto singolarmente considerato<sup>10</sup>. Pertanto, ciascuna società, sebbene appartenente ad 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.

Da tali considerazioni derivano sia una sempre più improcrastinabile necessità di riforma del decreto (*de jure condendo*), sia alcune specifiche tematiche che si possono affrontare fin d’ora (*de jure 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

---

<sup>8</sup> Sul punto AAVV, *Diritto penale dell’impresa*, Vol. 2, Milano, 2017, 17 e ss. Cfr. anche 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.

Va precisato, tuttavia, che l’effettività della distrazione non può essere esclusa dal mero fatto della partecipazione al gruppo perché il collegamento tra le società e l’appartenenza a un gruppo unitario è solo la premessa dalla quale muovere per individuare uno specifico e concreto vantaggio per la società che compie l’atto di disposizione del proprio patrimonio, perdurando l’autonomia soggettiva delle singole società del gruppo. Sul punto cfr: Cass. pen., sez. V, n. 49787/2013 e Cass. pen., sez. V, n. 29036/2012.

<sup>9</sup> A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Diritto Penale dell’Economia*, cit., p. 2534 s. Alcuni tentativi specifici di individuare il gruppo come soggetto diretto di responsabilità sono stati compiuti dai progetti di riforma del codice penale, con particolare riguardo al Progetto Grosso e al Progetto Nordio.

<sup>10</sup> M. BOIDI - P. VERNERO - A. ROSSI, *La disciplina dei gruppi d’impresa e il rapporto con il d.lgs. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2012, 2, p. 189.

dell'ente/società<sup>11</sup>. 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.<sup>12</sup>

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 perpetrato del reato nell'interesse dell'ente.<sup>13</sup> Simili questioni si pongono anche per la nomina e l'attività degli Organismi di Vigilanza, di cui si dirà meglio *infra*.

### 1.1. Le linee guida.

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).

In questa prospettiva è stato rilevante l'aggiornamento del 2014 delle Linee Guida di Confindustria in materia di costruzione dei Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo<sup>14</sup>. 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

<sup>11</sup> Cfr. il paragrafo 2.3.3 del presente contributo.

<sup>12</sup> M. BOIDI – A. ROSSI – P. VERNERO, *L'applicazione del DLgs. 231/2001 nei gruppi di imprese*, cit. p. 343 ss.

<sup>13</sup> P. MONTALENTI, *La corporate governance bancaria oggi: profili generali*, intervento al Convegno CNPDS-Fondazione Courmayeur, *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, Courmayeur, 22-23 settembre 2017.

<sup>14</sup> Confindustria, *Linee Guida*, cit.

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 (la vera e propria “risalita” della responsabilità).

Secondo le citate Linee Guida, solo laddove 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<sup>15</sup>.

Per 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<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> F. D’ARCANGELO, *La responsabilità da reato nei gruppi di società e l’abuso di direzione unitaria della holding*, in *Le Società*, 2017, 3, p. 358.

<sup>16</sup> Cass. Pen., Sez. V, 17 novembre 2011 (ud. 20 giugno 2011) n. 24583.

<sup>17</sup> Si veda paragrafo 3 del presente articolo.

Inoltre, 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, ad 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".<sup>18</sup>

### **1.2. Il rischio di "risalita" della responsabilità.**

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, allorquando 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 ed accordi paritetici più società"<sup>19</sup>. E del pari risulta porsi, "ai fini che interessano della responsabilità ex D.lgs. 231/2001, anche per fenomeni contingenti ed estemporanei, quali le associazioni temporanee di imprese e le joint ventures, rispetto ai quali pure il

---

<sup>18</sup> Documento disponibile sul sito [www.cndcec.it](http://www.cndcec.it)

<sup>19</sup> Nei gruppi verticali, la strategia economica unitaria è assicurata dal legame finanziario che lega la società capogruppo alle altre aziende attraverso la partecipazione della prima al capitale delle altre imprese del gruppo. Nei gruppi orizzontali, invece, le varie società del gruppo si trovano in una situazione di sostanziale eguaglianza. Quindi essi sono caratterizzati da un minor grado di integrazione tra le varie aziende rispetto ai gruppi verticali e la strategia economica unitaria viene realizzata grazie ad accordi contrattuali. Ovviamente è possibile avere anche gruppi con strutture intermedie nelle quali si possono trovare sia le caratteristiche proprie dei gruppi verticali che di quelli orizzontali. In questa ipotesi ci troviamo di fronte a dei gruppi misti.

collegamento sostanziale, di natura economica, [potrebbe] far nascere una problematica di responsabilità infragruppo”.<sup>20</sup>

Nelle prime pronunce di merito connesse alla responsabilità “231” nei confronti di società appartenenti ad 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<sup>21</sup>.

Comincia, qui, a farsi strada il concetto di “interesse di gruppo”; ma questo viene utilizzato in chiave incriminatrice, cioè volta ad espandere il novero di soggetti responsabili. Per tale ragione, questa impostazione è stata oggetto di molte critiche<sup>22</sup>.

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 ad un gruppo.

Riguardo alle società controllate (“responsabilità discendente”) non è, altresì, 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 ad ogni singolo ente<sup>23</sup>. 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-presupposto, 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 ad una valutazione unitaria economico-imprenditoriale delle

---

<sup>20</sup> Cfr. testualmente G. AMATO *L’attribuzione della responsabilità amministrativa ex DLgs. 231/2001 all’interno dei gruppi di imprese*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2015, 3, p. 163 ss. e specificamente nota 1.

<sup>21</sup> Trib. Milano, sezione competente in materia di impugnazione di provvedimenti cautelari, 20 settembre 2004; Trib. Milano, sez. XI riesame, 20 dicembre 2004; Trib. Milano, sez. X penale, 26 febbraio 2007.

<sup>22</sup> M. BOIDI – P. VERNERO – A. ROSSI, *La disciplina dei gruppi d’impresa e il rapporto con il d.lgs. 231/2001, anche alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *La Responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2012, 2, p. 192. Viene qui evidenziato come “non sia possibile l’utilizzo della (favorevole) teoria dei vantaggi compensativi infragruppo per dimostrare la (sfavorevole) punibilità ai sensi del d.lg. n. 231 della società controllante e della società controllata”.

<sup>23</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2014 (ud. 20 dicembre 2013) n. 2658.

società del gruppo, la disciplina in materia non conduce a un superamento dell'autonomia decisionale delle singole unità giuridiche e dei loro vertici.<sup>24</sup> 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 – anche qui – 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 ad un generale "interesse di gruppo"<sup>25</sup>.

In sintesi, affinché la responsabilità possa essere "trasferita" da una società all'altra dovranno ricorrere alcuni elementi, ed in specie:

- i. che i presupposti previsti dal D.lgs. 231/2001 sussistano in relazione a tutte le società del gruppo chiamate a rispondere;
- ii. 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<sup>26 27</sup>.

Centrale resta il tema della "colpa in organizzazione"<sup>28</sup> 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.

---

<sup>24</sup> Assonime, Caso 9/2020.

<sup>25</sup> Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016) n. 52316.

<sup>26</sup> Cass. Pen., Sez. V, 17 novembre 2011 (ud. 20 giugno 2011) n. 24583; Cass. Pen., Sez. V, 29 gennaio 2013 (ud. 29 dicembre 2012) n. 4324.

<sup>27</sup> Si noti che un tema di "risalita vera e propria" non si pone laddove il fatto illecito sia posto in essere in accordo tra più soggetti appartenenti sia alla holding che alla controllata, nell'interesse e vantaggio di entrambe; in tal caso, infatti, la responsabilità potrebbe essere valutata alla luce della disciplina del concorso di persone nel reato così come prevista dall'art. 110 c.p. (anche se la tematica è tutt'altro che pacifica). Certamente dovranno sussistere gli elementi propri della causalità e del dolo del concorso, cioè: la realizzazione di una condotta, anche *atipica*, che arrechi un contributo causale alla commissione del fatto di reato e la consapevolezza e volontà di agire cooperando con altri alla realizzazione del fatto medesimo. Tuttavia l'applicabilità agli enti della normativa penale sul concorso di persone solleva tutt'ora numerose criticità: cfr. D. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Archivio Penale*, 2020, 1, p. 131 ss.

<sup>28</sup> Sul punto, tra le altre, Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016) n. 52316.

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.<sup>29</sup>

## **2. Le peculiarità del sistema bancario e i conseguenti rischi “231” .**

### **2.1 Corporate governance, risk approach e sistemi di controllo nelle banche.**

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 ed ai controlli<sup>30</sup>. Lo stesso Codice di Corporate Governance di Borsa Italiana (già Codice di Autodisciplina<sup>31</sup>), 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 ad una concezione di controllo come opportunità di efficienza e non come “sanzione”<sup>32</sup>. 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 ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società”. D’altra parte non possiamo non osservare che la disciplina bancaria, in questo campo, a sua volta, ha rappresentato un importante driver

<sup>29</sup> Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2014 (ud. 20 dicembre 2013) n. 2658.

<sup>30</sup> Cfr. P. VERNERO - M.F. ARTUSI - B. PARENA, *L’Organismo di Vigilanza nelle banche*, in La responsabilità delle società e degli enti, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2021, 1, in corso di pubblicazione.

<sup>31</sup> Si noti che a gennaio 2020, circa due anni dopo l’ultima revisione, il Comitato per la Corporate Governance, istituito nel 2011, ha approvato e pubblicato il 31 gennaio del 2020 la nuova edizione del Codice di Corporate Governance, precedentemente denominato Codice di Autodisciplina. Il nuovo Codice è rivolto a tutte le società con azioni quotate sul Mercato Telematico Azionario gestito da Borsa Italiana S.p.a. La nuova edizione prevede un totale di 6 articoli suddivisi in *principi*, che definiscono gli obiettivi di una buona *governance*, e in *raccomandazioni*, che indicano i comportamenti che il Codice reputa adeguati a realizzare gli obiettivi indicati nei *principi* (c.d. *best practice*).

<sup>32</sup> P. MONTALENTI, *Impresa Società di Capitali. Mercati Finanziari*, Giappichelli, 2017, Cap. X §14.

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 (i) l'adeguatezza patrimoniale, (ii) la –fondamentale – gestione e il contenimento del rischio, nelle sue diverse configurazioni, (iii) il governo societario, (iv) l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché (v) i controlli interni e (vi) 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.<sup>33</sup>

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.

---

<sup>33</sup> Con l'emanazione e il costante aggiornamento della Circolare l'Autorità di Vigilanza adempie sistematicamente all'obbligo di rivedere periodicamente le proprie regolamentazioni alla luce dell'evoluzione del contesto regolamentare e di mercato. Attualmente la Circolare 285/213 è al 34° aggiornamento, del 22 settembre 2020.

### 2.1.1. Il risk approach e gli assetti organizzativi.

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<sup>34</sup>. 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, sono oggi assurte al rango di norme, sia codicistiche che “di secondo livello”, ed 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.<sup>35</sup>

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)<sup>36</sup>. 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:

- 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;

---

<sup>34</sup> In ambito Intermediari Finanziari vedasi invece la Circolare Banca d’Italia n. 288 del 3 aprile 2015 , “Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari” (che ripropone, nella sostanza le “Disposizioni di vigilanza per le banche”), mentre per il comparto assicurativo vedasi il Regolamento IVASS n. 38, del 3 luglio 2018.

<sup>35</sup> P. MONTALENTI, *Impresa Società di Capitali. Mercati Finanziari*, cit.

<sup>36</sup> Il RAF rappresenta la visione “top-down” del vertice aziendale, coerente con la strategia di lungo periodo, del rischio (natura e quantum) che si intende assumere e di quello che si intende evitare ([www.protiviti.com/IT-it/risk-compliance/risk-management/risk-appetite](http://www.protiviti.com/IT-it/risk-compliance/risk-management/risk-appetite)).

- 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;
- 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;
- risk profile (rischio effettivo): il rischio effettivamente assunto, misurato in un determinato istante temporale;
- 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.

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<sup>37</sup>.

All'Organo con funzione di supervisione strategica (i.e. nel modello di governo tradizionale trattasi del il CdA, anche board)<sup>38</sup> spetta la

---

<sup>37</sup> Banca d'Italia Circolare 285/2013, Sezione V (Il RAF, il sistema dei controlli interni e l'esternalizzazione nei gruppi bancari) del Capitolo 3 (Il sistema dei controlli interni) del Titolo IV (Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi) della Parte I (Recepimento in Italia della CRD IV, Direttiva 2013/36/UE).

<sup>38</sup> Secondo la Circolare 285/2013, l'organo con funzione di supervisione strategica coincide con l'organo nel quale si concentrano le funzioni di indirizzo e/o supervisione della gestione della banca; ad esempio, mediante esame e delibera in ordine ai piani industriali o finanziari ovvero alle operazioni strategiche della banca. Nell'ambito del sistema tradizionale e del sistema monistico è indubbio che le relative disposizioni abbiano quale referente il consiglio di amministrazione e vadano, quindi, a innestarsi sulla relativa disciplina. Nel sistema duale, invece, l'individuazione dell'organo sul quale si appuntano è meno scontata: occorre preliminarmente verificare, infatti, se in sede statutaria sia stato fatto ricorso alla

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<sup>39</sup>, 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 altresì chiamato, sul versante della risk accountability, ad 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.

### **2.1.2. Il sistema dei controlli.**

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*

---

facoltà prevista dalla lett. f-bis) dell'art. 2409-terdecies, comma 1°, c.c. ; in tal caso sarà il consiglio di sorveglianza ad assumere la qualifica di organo con funzione di supervisione strategica (Circ. 285/2013, Parte Prima.IV.1.2).

<sup>39</sup> Il Risk Appetite Statement indica il livello e il tipo di rischio che una società/gruppo è in grado di assumere coerentemente con gli obiettivi strategici perseguiti, ovvero rappresenta l'area di rischio entro cui la banca intende muoversi.

*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 ed 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...." <sup>40</sup>*

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"<sup>41</sup>, che è via via 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 – come si è detto – riveste un ruolo centrale la gestione del rischio e la individuazione di procedure idonee a gestirlo e controllarlo, (i) nel pieno rispetto della conformità alle norme di legge e regolamenti, nonché (ii) in funzione di una condizione preventivamente valutata e ritenuta accettabile, tenuto conto della dimensione e della natura dell'impresa bancaria.

In merito pare utile riprendere la funzione della Circolare 285/2013 di Banca Italia, quale strumento chiave per "mettere a sistema" i controlli nelle banche tracciandone precise linee guida, attestando come "gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale (i) della regolamentazione e (ii) dei controlli di

---

<sup>40</sup> Vedasi sul punto la Parte I - Titolo IV - Capitolo 3 - Sezione I - Punto 6 delle Disposizioni preliminari e principi generali, della Circolare 285/2013, 34° aggiornamento.

<sup>41</sup> Vedasi sul punto: Assonime, Note e Studi n. 5/2019, *Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa*; P. VERNERO – M.F. ARTUSI – B. PARENA, *Risk management e Modelli Organizzativi*, in AAVV, *Impresa e rischio – Profili giuridici del risk management*, Giappichelli, 2019.

*vigilanza*". 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.<sup>42</sup>

### **2.1.3. Procedure e Funzioni aziendali di controllo di I, II e III livello.**

Banca d'Italia individua le procedure nelle Disposizioni di esecuzione dei controlli in assonanza con la definizione del rischio intrinseco, la sua mitigazione e, quindi, la gestione del rischio residuo.

Vengono così individuate le seguenti tipologie di controllo:

- controlli di linea (c.d. "controlli di primo livello"), diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni. Essi sono effettuati dalle stesse strutture operative (ad es., controlli di tipo gerarchico, sistematici e a campione), anche attraverso unità dedicate esclusivamente a compiti di controllo che riportano ai responsabili delle strutture operative, ovvero eseguiti nell'ambito del *back office*; per quanto possibile, essi sono incorporati nelle procedure informatiche.
- controlli sui rischi e sulla conformità (c.d. "controlli di secondo livello", ad esempio il risk management, la compliance, ecc.), che hanno l'obiettivo di assicurare, tra l'altro:
  1. la corretta attuazione del processo di gestione dei rischi;
  2. il rispetto dei limiti operativi assegnati alle varie funzioni;
  3. la conformità dell'operatività aziendale alle norme, incluse quelle di autoregolamentazione.
- revisione interna (c.d. "controlli di terzo livello"), volta a individuare violazioni delle procedure e della regolamentazione nonché a valutare periodicamente la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità (in termini di efficienza ed efficacia) e l'affidabilità del sistema dei controlli interni e del sistema informativo (ICT audit), con cadenza prefissata in relazione alla natura e all'intensità dei rischi.

A fronte di quanto sopra le banche istituiscono quindi specifiche funzioni aziendali di controllo (FAC) permanenti e indipendenti, ed in particolare:

- i) di conformità alle norme (compliance);
- ii) di controllo dei rischi (risk management);
- iii) di revisione interna (internal audit).

Il Regolatore dispone inoltre che le funzioni preposte ai controlli endo-aziendali siano distinte da quelle produttive; esse concorrono alla

---

<sup>42</sup> Così P. MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Giappichelli, 2017.

definizione delle politiche di governo dei rischi e del relativo processo di gestione.

Il corretto funzionamento del sistema dei controlli interni si basa sulla proficua interazione nell'esercizio dei compiti (d'indirizzo, di attuazione, di verifica, di valutazione) fra gli organi aziendali, gli eventuali comitati costituiti all'interno di questi ultimi, i soggetti incaricati della revisione legale dei conti, le funzioni di controllo.

L'ordinamento e le fonti di autoregolamentazione attribuiscono poi compiti di controllo a specifici organismi e/o funzioni - diverse sia dalle funzioni aziendali di controllo - che dai comitati interni all'organo amministrativo, la cui attività va inquadrata in modo coerente nel sistema dei controlli interni.

In particolare, rilevano:

- l'Organismo di Vigilanza eventualmente istituito ai sensi del D.lgs. n. 231/2001;
- per le banche con azioni quotate, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (art. 154-*bis* del TUF), su cui si tornerà nel prosieguo;

Inoltre il Codice di autodisciplina della Borsa Italiana, a cui le banche quotate possono aderire su base volontaria, introduce principi e criteri applicativi riguardo al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, che prevedono, tra l'altro, la designazione di uno o più amministratori incaricati del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e l'istituzione, in seno all'organo amministrativo, di un comitato controllo e rischi.

Per assicurare una corretta interazione tra tutte le funzioni e organi con compiti di controllo, evitando sovrapposizioni o lacune, le citate Disposizioni prevedono che l'organo con funzione di supervisione strategica approvi un documento, diffuso a tutte le strutture interessate, nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni di controllo, il sistema dei flussi informativi (vero fulcro dei sistemi di controllo) tra le diverse funzioni 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 di collaborazione.<sup>43</sup>

La stessa normativa regolamentare invita poi le banche a istituire canali informativi idonei a creare uno stretto raccordo, in termini sia di

---

<sup>43</sup> Vedasi su questi argomenti la Parte Prima, Titolo IV, Cap.3, Sez. II, Punto n. 5 "*Il coordinamento delle funzioni di controllo*", della Circolare 285/2013, 34° aggiornamento.

suddivisione di attività che di condivisione di informazioni, con le funzioni di conformità alle norme e di revisione interna<sup>44</sup>.

#### **2.1.4. Controlli interni nell'ambito del gruppo bancario.**

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 (*cd* 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<sup>45</sup>, esercita:

- i. 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);
- ii. 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 (ad 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).

---

<sup>44</sup> A completamento della sintetica illustrazione sul sistema di controllo, si segnala che nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica (i.e. il Consiglio di Amministrazione) vengono costituiti 3 comitati specializzati: in tema di "nomine", "rischi" e "remunerazioni".

<sup>45</sup> Le citate Disposizioni di Banca d'Italia precisano che "...la capogruppo che esercita l'attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale è responsabile ai sensi degli artt. 2497 e ss. del codice civile..."



- iii. 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 ed 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.

## **2.2. Norme specifiche del D.lgs. 231/2001 per il sistema bancario.**

L'art. 1 del D.lgs. 231/2001 prevede un regime derogatorio per gli enti creditizi ed 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).<sup>46</sup>

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 - sia in sede sanzionatoria che cautelare - all'istituto del commissario giudiziale previsto 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

---

<sup>46</sup> Per una disamina della normativa "231" per banche, intermediari finanziari e assicurazioni si veda AAVV, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluers, 2019, p.1515 e ss.

giudizio, nonché in fase esecutiva, in quanto, laddove, la sentenza di condanna dell'ente prevedesse le due sanzioni interdittive sopra richiamate, la competenza non solo ad eseguire ma, altresì, a determinare, in concreto, la misura da applicare, spetta all'autorità amministrativa e non al giudice.<sup>47</sup> Infine, 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.

### **2.3. I fattori di rischio "231" in un gruppo bancario.**

In relazione alla mappatura dei rischi di reato nelle banche, si distingue tra reati "generalisti" e reati "peculiaristi".<sup>48</sup>

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 ad essi 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 (ad 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)<sup>49</sup>.

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

- dalla banca capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate;
- dalla società finanziaria o dalla società di partecipazione finanziaria mista capogruppo italiana e dalle società bancarie, finanziarie e

---

<sup>47</sup> A. BERNASCONI, *Processo agli enti e regole speciali per banche, intermediari finanziari ed imprese di assicurazione*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2009, 1, pp. 33 ss.

<sup>48</sup> Linee Guida ABI per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche, 19 marzo 2004 e s.m.i, [www.abi.it](http://www.abi.it).

<sup>49</sup> Si pensi ai procedimenti nei confronti di gruppi bancari, in Italia e all'estero, che hanno avuto grande rilevanza anche mediatica: Monte dei Paschi di Siena, Banca Popolare Italiana, UBS.

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..."*<sup>50</sup>.

Diviene, perciò, importante meglio comprendere come i rischi "penali" si possano riverberare all'interno di tali gruppi.

### **2.3.1. Il rischio di risalita della responsabilità.**

Come si è già ampiamente enunciato, sebbene la disciplina del D.lgs. 231/2001 sia essenzialmente "atomistica", non può escludersi che condotte illecite, realizzate nelle controllate - a determinate condizioni - si possano riverberare in responsabilità della controllante, configurandosi così il cosiddetto "rischio di risalita".

I principali fattori suscettibili di comportare una responsabilità, in conseguenza della commissione di un reato-presupposto in una delle società controllate, possono essere individuati in elementi di "condivisione" tra le varie legal entities: principalmente componenti degli organi sociali, processi decisionali e clientela.

In proposito, il primo aspetto di attenzione riguarda la presenza negli organi sociali o deliberativi delle società controllate di soggetti che, nello stesso tempo, fanno parte dell'organizzazione della holding (i.e. consiglieri, dirigenti, dipendenti "apicali"). Ulteriore verifica attiene alla partecipazione attiva di comitati/organi/strutture della holding in taluni processi che iniziano e terminano nelle società controllate. Infine, è frequente la condivisione della clientela tra la controllata e la capogruppo, con la conseguente gestione congiunta del cliente o comunque l'intervento nei suoi confronti di strutture tanto della controllata che della capogruppo.

Tali fattori, in sintesi, pongono l'attenzione sulla circostanza per cui vi sono numerosi casi nei quali almeno un soggetto facente parte della capogruppo interviene o s'ingerisce nell'attività della controllata, pur gestita in autonomia.

Particolarmente delicate sono le ipotesi in cui sia lo stesso soggetto presente nella struttura e nell'organizzazione della capogruppo a far parte anche della struttura deliberativa della controllata; dal momento che in questi casi si tratterà – non tanto di un problema di "risalita" della

---

<sup>50</sup> Testo Unico Bancario, Artt. 60 e seguenti.

responsabilità – quanto del riconoscimento di un rapporto organico o di subordinazione secondo i criteri d'imputazione stabiliti dagli articoli 6 e 7 del D.lgs. 231/2001.<sup>51</sup>

Sul punto viene in evidenza lo spunto offerto dalle citate linee guida di Confindustria<sup>52</sup> che indicano in proposito l'opportunità di evitare che i medesimi soggetti rivestano ruoli apicali presso più società del gruppo («interlocking directorates»). Infatti, il cumulo di cariche sociali potrebbe avvalorare la tesi del concorso dei vertici di più società del gruppo nella commissione del reato presupposto.

Si è già accennato che, ai sensi del Testo Unico Bancario e delle Disposizioni di Banca d'Italia, la 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.

In una prospettiva "231" sarà a maggior ragione opportuna una chiara individuazione del perimetro di applicabilità della normativa interna emanata dalla Capogruppo, nonché dei processi sensibili nei quali è previsto il coinvolgimento della Capogruppo.

Un caso particolare si verifica nell'ipotesi – frequente nei grandi gruppi bancari – in cui la controllata si trovi interamente all'estero, poiché in questo caso la responsabilità da reato dell'ente controllato dipenderà dal singolo ordinamento ospitante, e ciò a prescindere dalla già richiamata raccomandazione del Regolatore circa l'adozione da parte delle controllate estere di *"...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..."*<sup>53</sup>

### 2.3.2. Gruppi multinazionali.

Nel caso di gruppi multinazionali, l'ambito applicativo "231" può essere affrontato sotto tre punti di vista:

- (i) quello della responsabilità delle società aventi sede in Italia ed appartenenti ad un gruppo straniero;
- (ii) quello della responsabilità di gruppi o società straniere che operano in Italia e qui commettono degli illeciti senza avere sedi legali sul territorio;

---

<sup>51</sup> Resta inteso che, per la fondatezza di tale responsabilità andrà verificata la sussistenza anche degli ulteriori presupposti con particolare riguardo all'interesse e vantaggio della controllata, della controllante o di entrambe. Cfr. tra le altre Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016) n. 52316.

<sup>52</sup> Confindustria, *Linee Guida*, cit.

<sup>53</sup> Circolare 285/2013, Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione V, § 2.

(iii) quello della responsabilità della holding italiana per reati commessi all'estero dalle sue subsidiary.<sup>54</sup>

Per quanto riguarda le prime due ipotesi si è sviluppato il dibattito in questi ultimi anni e diversa giurisprudenza<sup>55</sup> si è pronunciata in favore dell'applicabilità in situazioni analoghe della normativa italiana (si pensi al "caso Siemens" o alla più recente contestazione per riciclaggio e frodi finanziarie a Crédit Suisse AG).<sup>56</sup>

In questa sede, tuttavia, ci si soffermerà unicamente sul terzo caso in quanto è quello che prevalentemente può riguardare i gruppi bancari del nostro Paese, rispetto alla possibile responsabilità della holding italiana per gli illeciti "231" commessi (direttamente o indirettamente) all'estero. La tendenza delle legislazioni di vari Paesi, tra cui l'Italia stessa, a prevedere l'applicabilità del diritto penale dell'impresa anche oltre i propri confini territoriali, fa sorgere delicate questioni di giurisdizione e di eventuale sovrapposizione di più azioni punitive esercitate da diversi Stati<sup>57</sup>.

Del resto, la dimensione internazionale dell'attività di impresa impone una particolare attenzione alla possibilità di commissione all'estero del reato presupposto da parte di un soggetto apicale o sottoposto all'altrui direzione, nell'interesse o a vantaggio di un ente avente sede in Italia.

L'art. 4 del D.lgs. 231/2001 – mutuando la disciplina prevista dal codice penale per le persone fisiche – stabilisce che: "Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministero della Giustizia, si procede

---

<sup>54</sup> Sul tema cfr. M.F. ARTUSI *Prospettive 231 nei gruppi di imprese: accentramento delle funzioni e sedi estere*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2017, 3 e A. DE SANCTIS - N. GIANARIA, *I reati commessi all'estero*, in P. VERNERO - M. BOIDI - R. FRASCINELLI, *Modello organizzativo D.lgs. 231 e Organismo di Vigilanza*, cit., p. 669 e ss.

<sup>55</sup> Si veda ad esempio Trib. Lucca 31 luglio 2017 n. 222, che ha affermato che le società estere operanti sul territorio italiano hanno l'obbligo di rispettare le norme vigenti in Italia, con la conseguenza che il D.lgs. 231/2001 si applica anche agli enti stranieri, a prescindere dalla presenza sul territorio nazionale di una sede secondaria o di uno stabilimento

<sup>56</sup> Ragionando diversamente si attribuirebbe all'ente "una sorta di autoesenzione della normativa italiana in contrasto con il principio di territorialità della legge, in particolare con l'art. 3 c.p." (Trib. Milano 28 ottobre 2004). Cfr. Assonime, Caso 2/2018.

<sup>57</sup> A. SCARCELLA, *La internazionalizzazione della responsabilità da reato degli enti*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2014, 1, p. 35.

contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo".

Un esempio rilevante è quello delle "anticorruption policies", che evidenziano la necessità di dotare le imprese che operano fuori dal territorio nazionale di sistemi interni adeguati anche in contesti in cui fenomeni corruttivi non sono efficacemente disincentivati o monitorati dalla legislazione locale.<sup>58</sup> Si tratta, in particolare, delle ipotesi in cui un reato è stato commesso principalmente all'estero, ma al quale un esponente della società italiana "interessata o avvantaggiata" ha dato il suo contributo (morale o materiale) all'interno del territorio nazionale. Un reato di corruzione può, ad esempio, considerarsi commesso in parte in Italia quando l'accordo sia stato stipulato dai dirigenti di una società italiana nel nostro territorio per l'ottenimento di un appalto all'estero, oppure il pagamento illecito sia avvenuto con fondi tratti dai conti italiani, o ancora quando sia provato che il "mandato" a corrompere derivi dalle indicazioni impartite da un soggetto apicale di una società italiana ai responsabili di una filiale estera<sup>59</sup>.

Altra recente casistica riguarda una truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p. come richiamato dall'art. 24, D.lgs. 231/2001), attuata attraverso la costituzione di una società di diritto svizzero, gestita e controllata da personale facente capo alla holding italiana. Attraverso un complesso sistema di abbattimento degli interessi passivi indicati nel bilancio veniva, in tal caso, indotto in errore lo Stato italiano (l'ente ministeriale erogatore) con un immediato vantaggio economico per tutto il gruppo.<sup>60</sup>

Perché, quindi, una holding bancaria italiana possa essere ritenuta responsabile dell'illecito amministrativo dipendente da un reato commesso all'estero tramite filiali o società controllate sarà necessario che si

---

<sup>58</sup> T.E. EPIDENDIO, *Corruzione internazionale e responsabilità degli enti*, in La responsabilità delle società e degli enti, [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it), 2007, 2, p. 69.

<sup>59</sup> Grande eco hanno avuto dei casi di corruzione internazionale che hanno interessato delle note società italiane nel settore dell'energia e del gas. In entrambe le ipotesi si trattava di una potenziale corruzione internazionale – ai sensi dell'art. 322 bis c.p., come richiamato dall'art. 25, comma 3, D.lgs. 231/2001 – commessa nell'interesse e a vantaggio dell'ente, attraverso la corresponsione di compensi illeciti al fine di ottenere dei contratti o delle autorizzazioni in Paesi esteri (un contratto di engineering in Nigeria e degli appalti e delle autorizzazioni in Algeria). La giurisdizione italiana è derivata, qui, dal fatto che parte della condotta si considera svolta sul territorio nazionale (App. Milano 19.2.2015, Cass. Pen., Sez. VI, 17 marzo 2016 (ud. 22 febbraio 2016) n. 11442, Trib. Milano 2.10.2015 e Cass. Pen., Sez. VI, 27 aprile 2016 (ud. 24 febbraio 2016) n. 17385).

<sup>60</sup> Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016) n. 52316.

verifichino congiuntamente le condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9, 10 c.p.<sup>61</sup>, ed in specie:

- che l'ente abbia in Italia la propria sede principale;
- che per lo stesso fatto non proceda lo Stato del luogo in cui esso è stato commesso;
- che sussista, ove preveduta dalla legge, la condizione di procedibilità costituita dalla richiesta di procedere contro l'ente da parte del Ministro della Giustizia o della querela.

Anche nel caso di rapporti transnazionali, il rischio di estensione della responsabilità alla società controllante è aumentato nel caso in cui i rapporti societari di gruppo siano strutturati in modo tale che gli interessi, le attività e la gestione della controllante e della controllata siano così interconnessi, interdipendenti e condivisi, che la controllata, di fatto, non possa essere considerata quale soggetto giuridico autonomo, dotato di autonomia decisionale, gestionale, economica e finanziaria.

In particolare, con riguardo ad un gruppo italiano con significativa presenza all'estero, in via esemplificativa e non esaustiva, potrà essere utile mitigare il rischio in argomento attraverso la predisposizione di:

- un codice etico per il gruppo che tenga conto della dimensione transnazionale del gruppo;
- un risk assessment che identifichi i rischi connessi ai diversi paesi in cui operano le società del gruppo;
- specifici programmi di compliance e delle policy internazionali richiesti sia dalla normativa italiana che dalle normative dei vari Paesi

---

<sup>61</sup> Ai sensi dell'art 7 c.p. è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che in territorio estero commette i seguenti delitti: delitti contro la personalità dello Stato; delitti di contraffazione del sigillo dello Stato ed uso del sigillo contraffatto; delitti di falsità in monete, in valori di bollo o in carte di pubblico credito; delitti commessi da pubblici ufficiali con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alle loro funzioni.

Ebbene tra tutti questi delitti, soltanto alcuni possono venire in rilievo ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente.

L'art 8 c.p. sancisce invece la punibilità del soggetto - cittadino o straniero - che commette un delitto politico all'estero; mentre l'art. 9 disciplina la punibilità del cittadino che commette, in territorio estero, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Il cittadino, in questo caso, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato.

L'art 10 c.p. concerne il delitto comune dello straniero all'estero: se costui commette un reato a danno dello Stato o del cittadino, punito con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo ad un anno, è punito secondo la legge italiana su richiesta del Ministro della Giustizia o su querela della persona offesa.

in cui opera la banca (es. anticorruzione, antiriciclaggio, antitrust, data protection, export compliance);

- sistema di "whistleblowing" conforme sia alla normativa domestica che alle eventuali implementazioni che si rendessero necessarie per renderla conforme alle normative dei diversi Paesi in cui opera la banca;
- protocolli e delle procedure aventi ad oggetto le attività transnazionali e i rapporti con le controllate estere;
- una specifica attività di formazione verso tutti coloro che operano, direttamente o indirettamente con l'estero in relazione alla normativa internazionale di interesse.

### **2.3.3. Modelli di organizzazione e misure di prevenzione nei gruppi bancari.**

Come si è già detto, ad 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 ad 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.<sup>62</sup> 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

---

<sup>62</sup> Discorso a parte vale per le filiali estere delle banche che, laddove non abbiano un'autonomia giuridica, fanno parte a tutti gli effetti della società italiana e dunque ne condividono il 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).<sup>63</sup>

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 - normalmente tramite le funzioni di controllo e/o di governo accentrato - 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

---

<sup>63</sup> Si veda, ad esempio, il Modello organizzativo di Unicredit Group.

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.

#### **2.3.4. Organismi di Vigilanza in un gruppo bancario.**

Altrettanto centrale ai fini della prevenzione degli illeciti “231” è l’attività dell’Organismo di Vigilanza che, nei gruppi bancari, sarà chiamato a verificare – oltre ai rischi più generali propri dell’attività di impresa – le attività peculiari della realtà creditizia.<sup>64</sup>

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.*). E’ tuttavia evidente la difficoltà di coordinamento e il maggiore aggravio economico che comporta tale soluzione conforme alla *littera legis*.<sup>65</sup>

Allo stesso tempo, l’appartenenza ad 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 ad ogni singolo membro<sup>66</sup>.

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 laddove alcune funzioni siano incardinate (talvolta anche

---

<sup>64</sup> Per un approfondimento sull’attività dell’Organismo di Vigilanza nelle banche si veda P. VERNERO - M.F. ARTUSI – B. PARENA, *L’Organismo di Vigilanza nelle banche*, cit.

<sup>65</sup> M. BOIDI - A. ROSSI A. - P. VERNERO, *L’applicazione del D.lgs. 231/2001 nei gruppi di imprese* cit.

<sup>66</sup> P. MONTALENTI, *Organismo di Vigilanza 231 e ordinamento societario: un rapporto complesso*, relazione tenuta al convegno Assonime “Molte regole, nessun sistema: proposte per una razionalizzazione del sistema dei controlli societari”, Milano, 31 marzo 2009.

fisicamente) in altra entità del gruppo, ovvero vi siano vere e proprie funzioni “di gruppo” o “corporate”<sup>67</sup>.

In merito è da segnalare che attraverso lo strumento del cosiddetto regolamento di gruppo<sup>68</sup> 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 ad 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 di conseguenza 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 – quello della vigilanza sull’adeguatezza e sull’efficace attuazione dei modelli – 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, ad opera dell’Organismo di Vigilanza della capogruppo, sarebbe consigliabile prevedere che le interlocuzioni previste dal modello con le

---

<sup>67</sup> Si vedano M.F. ARTUSI, op. cit. e A. SCAFIDI, *La prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti nell’ambito dei gruppi societari italiani e internazionali (seconda parte)*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, [www.rivista.231.it](http://www.rivista.231.it), 2013, 1, p. 172.

<sup>68</sup> Cfr. in particolare l’art. 2497-sexies u.c. c.p.



diverse funzioni dell'holding (di cui sopra) 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 interlocuzioni 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.