

L'ART. 52 d.lgs. 231/2007 : L'EQUIVOCO DEGLI ORGANI "INCARICATI" DEL CONTROLLO DI GESTIONE

Prof. Ranieri Razzante, Docente di Legislazione Antiriciclaggio nell'Università di Reggio Calabria

1. Premessa

La disposizione introdotta dall'art. 52 del d.lgs. n. 231 del 2007 in materia di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo pone più di qualche dubbio interpretativo, già sollevato in dottrina¹.

Sin qui ci si è concentrati, però, anche se assai opportunamente, solo sul coinvolgimento, tra gli organi destinatari degli obblighi ivi menzionati (di comunicazione, cioè, alle Autorità settoriali delle violazioni compiute dall'intermediario finanziario nel disbrigo delle pratiche antiriciclaggio), dell'Organismo di Vigilanza che la "omofona" legge 231/2001 ha istituito quale "garante" della idoneità dei presidi allocati dalle imprese a difesa della loro responsabilità amministrativa per fatti di reato².

Il collegio sindacale era destinatario "naturale" (sia per logica, che per legge, v. *infra*) di obblighi analoghi sin dal 1991³, quando l'art. 10 della legge 197 gli conferì questo ruolo di "garanzia"⁴, stabilendo che "Ferme le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali, i sindaci degli intermediari (di cui all'art. 4) vigilano sull'osservanza delle norme contenute nel presente decreto. Gli accertamenti e le contestazioni del collegio sindacale concernenti violazioni delle norme di cui al capo I del presente decreto sono trasmessi in copia entro dieci giorni al Ministro del tesoro. L'omessa trasmissione è punita con la reclusione fino ad un anno e con la multa da lire duecentomila a lire due milioni".

Nessuna questione si sarebbe perciò creata quando l'art. 52, nel solco di questa tendenza, ha attribuito il ruolo *de quo* agli omologhi organi di controllo del sistema societario dualistico (consiglio di sorveglianza) e monistico (comitato di controllo di

¹ Tra questi, GALANTI, *Riciclaggio e responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Le Società*, n. 11/2008, pp. 1340 ss.; D'ARCANGELO, *Il ruolo e la responsabilità dell'OdV nella disciplina dell'antiriciclaggio*, in questa *Rivista*, n. 1-2009, pp. 65 ss.; dello stesso A., *Il ruolo della responsabilità da reato degli enti nel contrasto al riciclaggio*, in questa *Rivista*, n. 4-2008, pp. 41 ss.; ARENA - CONCIATORE, *L'art. 52 della Legge antiriciclaggio: compiti e responsabilità degli organi di controllo*, in www.filodiritto.com, 20 gennaio 2009; CARDIA, *Manuale della responsabilità amministrativa degli enti*, *Collana 231*, Plenum editrice, 2009.

² Sulla quale sarebbe un vero e proprio "abuso", da parte del sottoscritto, intervenire in questa sede, dati i corposi ed esaustivi contributi forniti tempo per tempo in questa stessa *Rivista*.

³ Sul tema si veda il nostro *La normativa antiriciclaggio in Italia*, Giappichelli, Torino 1999, p. 52.

⁴ Tranquillizziamo che non è sinonimo di "posizione" di garanzia, accedendo anche noi alla tesi della non configurabilità della stessa per i soggetti di cui si tratterà, a diversi fini, nel presente scritto.

gestione), un mero “maquillage” normativo, senza però dimenticare che la disposizione già dal 1991 aveva fatto discutere circa la invasività dell’obbligo assegnato ai sindaci in *subiecta materia*.

L’obiezione, anche di chi scrive, non valse però a fugare i dubbi, quando poi il Testo unico bancario del 1993, e via via gli altri provvedimenti per gli intermediari finanziari, hanno da sempre attribuito ai sindaci questo ruolo di “garanti” del rispetto delle disposizioni “sezionali”⁵, oltre che civilistiche.

La norma in commento introduce però, al comma 1, una locuzione “pericolosa”, come rischiano di diventare tutte quelle generiche ed indeterminate; il novero dei soggetti onerati dagli obblighi in essa contenuti si arricchisce della figura di quelli menzionati come “tutti (i soggetti) incaricati del controllo di gestione comunque denominati”.

Qui si impone, in chiave epistemologica, e funzionale all’applicazione “serena” del precetto di cui al comma 2 dell’art. 52 (assistito, in caso di inottemperanza, da sanzione penale), la (o il tentativo di) ricostruzione della figura dell’incaricato di quel “controllo di gestione” che è termine il quale, ad avviso di chi scrive, può prestarsi ad interpretazioni che rischiano di essere estensive e di violare, pare ovvio, il principio della “tassatività” della fattispecie penale⁶.

Ciò recherebbe un *vulnus* indicibile alla *ratio* della norma (e di tutto l’impianto antiriciclaggio che da essa promana, *in specie* per l’effettività dei controlli), che è in sé pregra di contenuti sia giuridici che aziendalistici, ma che sembra mirare a privilegiare i secondi sui primi.

Non ci si stancherà mai, infatti, di affermare che la normativa antiriciclaggio, soprattutto dopo le innovazioni della Terza direttiva UE, si veste “ufficialmente” di tecnica finanziaria; la “procedimentalizzazione”, come altrove l’abbiamo chiamata⁷, dell’approccio basato sul rischio, non è altro che la fornitura di strumenti propri dell’economia del rischio⁸ alla sistematica su questo tema.

Vi è ora da capire, quindi, se le “soglie di punibilità soggettiva”, ci si passi il penale maccheronico, si allargano a soggetti che, di fatto, ma non (sempre) di diritto, svolgono funzioni (mansioni?) di controllo di gestione e, in caso affermativo, come e dove queste siano enucleabili.

2. “Controllo di gestione” e “poteri di gestione”

Se si deve inquadrare la responsabilità di un soggetto, bisogna che questo si individui sulla base della sua attitudine a compiere atti in qualche modo attribuibili come parti delle sue incombenze contrattualmente o organicamente rilevanti.

⁵ Per la particolarità dell’ordinamento “sezionale” antiriciclaggio ci permettiamo ancora di rinviare al nostro *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Giappichelli, Torino 2006. Si vedano altresì i commenti all’art. 52 del TUB (stranamente numerato allo stesso modo), di cui ai Commentari allo stesso, scritti da autorevole e nota dottrina.

⁶ Così anche GALANTI, *op. cit.*, p. 1345; CAPUTI, *Lotta al denaro sporco: troppi compiti confusi*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 dicembre 2007; LUNGHINI, *Antiriciclaggio, vigilanza critica*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 aprile 2008.

⁷ RAZZANTE, *Commentario alle nuove norme contro il riciclaggio*, Cedam, Padova 2008, commenti agli artt. dal 15 al 20. Ancora, *Il grande business del denaro sporco*, in *Gnosis, Rivista italiana di intelligence*, n. 2-2008, p. 163.

⁸ Anche in questo caso le citazioni di dottrina sarebbero per forza di cose non esaustive. Ci si limita in questa sede a PACE (a cura di), *Economia del rischio*, Giuffrè, 2004; particolarmente illuminante la descrizione dei rischi finanziari di ONADO, *Economia e regolamentazione del sistema finanziario*, Il Mulino, 2008, pp. 65 ss. Ancora, più propriamente riferibili all’attività delle banche, MASERA, *Il rischio e le banche*, Il Sole 24 Ore editrice, 2001; CONDEMI, *Controllo dei rischi bancari e supervisione creditizia*, Cacucci, Bari 2005; MAZZOCCO, *Rischi e controlli nelle banche e nelle assicurazioni*, Giappichelli, Torino 2003.

E' d'obbligo quindi comprendere in via preliminare quale sia il contenuto della prestazione "controllo di gestione"; indi, se a questa sia applicabile la teoria del *nomen iuris* ovvero, come in questo contesto normativo pare evidente, ci si debba rifare allo svolgimento "di fatto" delle funzioni/mansioni che ne costituiscono l'essenza⁹.

Un primo tentativo, senza andare molto lontano, è percorribile lungo la strada tracciata dai provvedimenti che hanno condotto all'emanazione del d.lgs. 231/2007.

Nella Direttiva 2005/60/CE, l'art. 39, al comma 3, prevede l'introduzione del reato di riciclaggio tra quelli della legislazione in materia di responsabilità delle persone giuridiche. Quando parla dei soggetti che possono rendersi responsabili delle violazioni, l'articolo citato usa una definizione che possiamo paragonare a quella contenuta nel nostro decreto 231/2001, relativamente ai "soggetti apicali", poi declinata in "persona che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organo della persona giuridica e che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica".

Questa posizione "preminente" (anche qui la terminologia è generica, con l'attenuante però che siamo in presenza di normativa comunitaria da sottoporre a traduzione) deve essere basata sul potere di rappresentanza, su quello di prendere decisioni, di esercitare controlli all'interno della persona giuridica *de qua*.

Le definizioni in questione non sono d'aiuto ai nostri fini, poiché sembrano richiamare esclusivamente le figure tradizionali del nostro ordinamento giuridico in materia societaria: amministratori e sindaci.

Potrebbe però prestarsi ad interpretazione estensiva (un po' come quella che si rischia di attribuire al dettato dell'art. 52, comma 1) quando si parla di soggetti che "esercitano controlli" all'interno della persona giuridica.

Ma "all'interno", anche questo è fuori di dubbio, richiama funzioni di controllo ascrivibili non tanto a "organi"¹⁰, quanto a "uffici"¹¹, che negli intermediari sono quelli in cui risiedono l'*internal audit*, la *compliance*, l'ispettorato, il controllo di gestione¹².

Nella legge 231/2001, all'art. 5, troveremmo un utile pendant a suffragio di questa (eventuale, se la concluderemo!) impostazione. Nel descrivere infatti i soggetti attivi dei reati la cui commissione porta "automaticamente"¹³ alla responsabilità dell'ente, in caso di suo vantaggio o interesse, la lettera a) contempla testualmente le persone che "rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso" (i cd. "soggetti apicali").

⁹ Non pare lasciar adito a dubbi la precisazione (?) del "comunque denominati" contenuta nella frase dell'art. 52 che è oggetto del nostro esame.

¹⁰ Il collegio sindacale, come noto, ha rilevanza "esterna". Citare bibliografia su tale tema è complicato per la sua ponderosa e articolata vastità, per cui richiamiamo quella contenuta nel nostro *Ruolo del collegio sindacale e funzione di controllo contabile nell'ottica della riforma del diritto societario*, in *Archivio Civile*, 2004, p. 1129.

¹¹ Per semplificare, immaginiamoli così, astraendoci per un attimo da significati "amministrativi" dei termini.

¹² I controlli interni, per dottrina ma anche per previsione di regolamenti in materia (vedi *infra*), sono articolati su tre livelli, sempre ricoperti da personale interno alla struttura dell'azienda, tranne il conferimento degli stessi in *outsourcing*, ma conservando la responsabilità in capo all'azienda ed al referente interno per tale funzione.

¹³ Volutamente provocatorio questo avverbio, che vuole dare conto - ancorché semplicisticamente - del conflitto ancora presente tra dottrina e giurisprudenza circa la idoneità a prestarsi, detta responsabilità, ad "estensioni oggettive" (il termine è di chi scrive), e per un resoconto del quale si deve d'obbligo rinviare a quanto pubblicato sul tema in questa *Rivista* e sul sito www.reatisocietari.it.

Il riferimento all'esercizio, "anche di fatto", della gestione e il controllo dell'ente, deve impregnarci nell'esegesi di questo termine che diventa "strategico", in questo caso sfruttando qualche riflessione già maturata in dottrina.

3. Segue: la "gestione nel d.lgs. 231/2001"

Nell'ambito di tale provvedimento legislativo non pare, ad oggi, di poter rinvenire qualche riferimento "aziendalistico" da utilizzare in questa sede.

Il concetto di "gestione" viene solo utilizzato nel combinato disporsi con quello di "controllo", nel tentativo (peraltro, a nostro avviso, ben riuscito) di includere o escludere taluni organi aziendali, segnatamente il collegio sindacale, dalla qualificabilità come soggetti apicali.

Infatti, l'analisi giuridica sin qui condotta dalla dottrina sembrerebbe aver eliminato in radice la proponibilità del quesito che ci siamo invece posti in questo nostro scritto, poiché la problematica viene sussunta nello svolgimento effettivo o di fatto delle funzioni *de quibus* da parte di organi piuttosto che di singoli soggetti.

Su tutti pare opportuno e conferente citare una dottrina¹⁴ che ha individuato come certa la riconducibilità tra i soggetti apicali degli amministratori, sia delegati che non delegati; dei membri del consiglio di sorveglianza, se però negli statuti viene loro conferito un qualche potere di compiere atti di gestione attiva; degli amministratori dipendenti; dei direttori generali; di coloro che sono stati "delegati" a talune funzioni, in questo caso indagando di volta in volta la tipologia di potere trasferito, il tasso di autonomia del delegato e dei suoi poteri decisionali¹⁵; dei soggetti che dirigono unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale; degli amministratori di fatto¹⁶.

Si diceva dei sindaci, concordando sull'esclusione poiché aventi solo poteri di controllo, e su questo necessariamente rinviando agli scritti sul tema¹⁷.

La definizione sulla quale soffermarsi è quella dei "soggetti che dirigono unità organizzative", poiché questa definizione potrebbe in qualche modo aprire il varco all'ingresso nella categoria degli apicali di "dipendenti" che svolgano una di quelle funzioni che abbiamo sopra citato (come la *compliance* e il controllo interno), dirigendo una unità che svolga di fatto (ma qui si deve parlare di attribuzioni "di diritto", come vedremo) compiti di controllo *lato sensu* intesi.

Anche qui sembra condivisibile la tesi maggioritaria della dottrina, che riviene dalla peculiarità dell'espressione "controllo" che il legislatore pare abbia voluto adoperare, la quale dà per scontato il riferimento a soggetti "preposti a sedi secondarie, filiali, stabili organizzazioni territoriali di società estere, direttori di stabilimento, responsabili della sicurezza"¹⁸.

¹⁴ PRESUTTI - BERNASCONI - FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Cedam, Padova 2008, pp. 97-109.

¹⁵ Su questo aspetto, in particolare, BRICHETTI-PISTORELLI, in *Guida al diritto*, 2007, fascicolo 35, pp. 40 ss.

¹⁶ Qui non può che rinviarsi alla dottrina giuscommercialistica, con particolare riferimento ai commenti all'art. 2639 c.c.

¹⁷ L'ultimo, con al dottrina ivi richiamata, di SCAFIDI - ANNOVAZZI, in questa *Rivista*, n. 1-2009, non dimenticando che la relazione illustrativa al decreto 231 ha chiaramente escluso il ripetuto organo dall'elenco in questione.

¹⁸ Arg. PRESUTTI - BERNASCONI - FIORIO, *op. cit.*, p. 103; DE SIMONE, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova 2002, p. 102. Tra l'altro il tutto riprende fedelmente quanto, in interpretazione autentica, il legislatore ha espresso nella pag. 17 della Relazione illustrativa citata.

Ci pare conclusivamente di poter quindi affermare che il concetto di “gestione” che possiamo utilizzare ai fini ricostruttivi che questo scritto si propone non possa essere mutuato dalle indicazioni della Legge sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

4. Segue: la “gestione” nel d.lgs. 231/2007

Esaurite le speranze di trovare nella normativa più “vicina” a quella antiriciclaggio un conforto alla tesi che, più avanti, proporremo, dobbiamo vedere se, per caso, è là da dove siamo partiti che possiamo maggiormente indugiare.

Il profilo comunitario, come detto, nulla aggiunge o toglie al quadro, mentre ci restano la legge delega e la normativa di secondo livello, in materia finanziaria¹⁹, onde verificare la proponibilità de iure condendo, di qualche concetto ivi presente.

L'art. 22, comma 1, lett. *q*) della legge 25 gennaio 2006, n. 29 (cd. legge comunitaria per il 2005), prevede, tra i principi di delega, quello di “estendere i doveri del collegio sindacale, previsti dalla normativa vigente in materia, alle figure dei revisori contabili, delle società di revisione, del consiglio di sorveglianza, del comitato di controllo di gestione ed a tutti i soggetti incaricati del controllo contabile o di gestione, comunque denominati”. La successiva lett. *r*) chiede, invece, una riformulazione dell'art. 10 della legge 197/1991 in modo da modificare i doveri del collegio sindacale e degli altri soggetti indicati alla lett. *q*), “rendendoli più coerenti con il sistema di prevenzione”.

Quest'ultimo contenuto delegante contiene qualche spunto in più rispetto al primo, laddove la lett. *q*) non ci pare fornisca, al contrario, nessun aiuto.

E' il verbo “modificare”, unito alla “coerenza con il sistema di prevenzione”, a far pensare²⁰ che il legislatore abbia indicato la via (*rectius*: l'intenzione) per un ripensamento, sia soggettivo che contenutistico, dei doveri e delle funzioni *de quibus*. Tutto ciò non è utile però se non supportato da quella elencazione tassativa delle funzioni interessate al riordino, che ci pare essenziale in una fattispecie che più che mai necessita della chiara individuazione di responsabilità che sono penalmente rilevanti²¹.

Tra gli atti parlamentari nulla dice il Quaderno n. 22²² dell'Ufficio studi della Camera dei deputati, dedicato all'esame del sopraccitato art. 22 della Legge 29/2006. Niente nemmeno negli altri *dossier* pubblicati dai competenti uffici del nostro Parlamento.

Ancora, nessuna indicazione proviene dalla Relazione tecnica allo schema di decreto 231/2007 prodotta dal MEF.

Tutti documenti che si limitano a certificare la modifica in questione, senza ulteriormente indugiare sui motivi della stessa.

¹⁹ Si intende qui fare riferimento a quella riguardante gli intermediari finanziari che sono i principali attori delle disposizioni antiriciclaggio, anche se, stante la formale e sostanziale equivalenza delle formule adottate dai due “legislatori 231”, lo scetticismo è d'obbligo.

²⁰ Riconosciamo, però la necessità di un non facile “volo pindarico”!

²¹ Su tale punto è discorda la voce del legislatore del 231/2001, quando afferma, a proposito dell'elenco dei soggetti apicali, che “l'utilizzazione di una formula elastica è stata preferita ad un'elencazione tassativa di soggetti, difficilmente praticabile, vista l'eterogeneità degli enti e quindi delle situazioni di riferimento”. E' evidente come, nella logica della nostra tesi, tale indicazione non sia in alcun modo condivisibile.

²² Datato 18 ottobre 2006.

5. Segue: le funzioni di (controllo di) gestione

Non sembra, a chi scrive, che resti molto ancora da indagare nella congerie di atti normativi che in genere accompagnano ogni nuova forma di legislazione.

L'attenzione deve necessariamente spostarsi altrove, dai precetti ai principi, utilizzando i canoni ermeneutici usuali del nostro diritto positivo e della nostra tradizione giuridica. Qui essi dovranno necessariamente integrarsi con le definizioni dei concetti dell'economia aziendale; e ciò per una semplice ragione.

Essendo la semantica del legislatore dell'art. 52 ferma sul concetto di "controllo di gestione", bisognerà capire cosa - dato per acclarato che lo stesso legislatore *minus dixit quam voluit* - se ne può ricavare, avventurandosi in una interpretazione che, in realtà, dovrebbe (e potrebbe) in questo caso provenire solo da chi ha sostenuto l'opera creativa del precetto.

Ovviamente, in questa sede, non potremo che fermarci a livello di pura dottrina, auspicando prima o poi pronunciamenti ufficiali sulla materia²³.

Deve allora stabilirsi, in prima battuta, cosa sia il "controllo di gestione", per poi ovviamente ricostruire²⁴ chi potrebbero essere quei soggetti "incaricati" dello stesso, che la norma in esame assoggetta agli obblighi di "vigilanza informativa" in materia antiriciclaggio.

Senza indulgere alla tentazione di una dissertazione sul concetto di "gestione", che troppo spazio in più richiederebbe, e limitandoci alla definizione "scolastica" dello stesso (anzi, del "controllo" sulla stessa), quando si evocano questi concetti si fa in genere riferimento a figure che non sono (solo) "organi" delle imprese.

Il Codice Civile, come noto, riserva il più pregnante potere dell'indirizzo sulla gestione agli organi di amministrazione, mentre il controllo sulla stessa va agli organi sindacali.

Se si guarda alle nozioni l'art. 2403 c.c., nell'enucleare doveri e funzioni di tale organismo all'interno delle società, statuisce che esso "vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento".

Fiumi di inchiostro sono disponibili, nella manualistica societaria, a proposito delle tipologie di controlli appena enunciate; sarebbe impossibile richiamarli in questa sede senza far torto a qualcuno.

E' però chiaro che trattasi di controlli "sulla" gestione, altra cosa rispetto a quelli "di" gestione. I primi hanno un'accezione terminologica, ma anche con riferimento ai limiti, più ampia e "frastagliata" rispetto ai secondi.

Questi ultimi si concretizzano in processi mediante i quali "i dirigenti si assicurano che le risorse siano ottenute ed usate efficacemente ed efficientemente per il

²³ Chi scrive ha fatto parte della Commissione Ministeriale per la redazione del Testo Unico Antiriciclaggio. In realtà, nella versione di quest'ultimo consegnata ai competenti Organi legislativi, e poi (come noto) non promulgata, all'art. 52 era stata apportata una modifica di non poco momento, eliminando l'intero contenuto della lett. d) del comma 2 dell'articolo in questione. Si era cioè fatto luogo alla cancellazione del dovere di comunicazione delle infrazioni in materia di obblighi di registrazione di all'art. 36 d.lgs. 231/2007. Tali circostanze non possono ovviamente esimere il sottoscritto dalla (auto) critica circa una incompleta formulazione della norma che si sta esaminando.

²⁴ Ovviamente tale ricostruzione risentirà dell'approccio e delle conclusioni cui chi scrive è giunto nel paragrafo dedicato alle funzioni di controllo contemplate nella legge 231/2001.

raggiungimento degli obiettivi dell'organizzazione"²⁵. Detta funzione è preferibilmente collocata in *staff* alla direzione generale, affidata a chi abbia competenze non solo contabili, ma amministrative e strategiche²⁶.

Trattasi quindi di "funzione" e non di "organo"; ai nostri fini, ciò esclude in radice che possa trattarsi di compito affidato al collegio sindacale (peraltro già nominato dall'art. 52) o ad organi similari, ma solo a risorse endogene al sistema aziendale.

Ciò posto, si va affermando nella tradizione di vigilanza regolamentare delle *Authorities* sul nostro sistema finanziario la tendenza a dilatare il più possibile il concetto di controllo, spostandone il baricentro dall'aspetto più propriamente contabile e consuntivo a quello organizzativo e preventivo.

Questo tipo di compito, che riguarda la gestione nella sua accezione più lata²⁷, viene oggi ripartito tra più funzioni, stante proprio la complessità dell'oggetto del controllo.

Sintetizzando, ci sono controlli *ex ante* ed *ex post*, che mirano, rispettivamente, a prevenire e contenere il verificarsi dei rischi derivanti dalla gestione.

Ci sono sistemi, procedure e processi di controllo, che debbono presidiare un incessante divenire dell'attività imprenditoriale e dei rischi cui essa è sottoposta, oltre che l'adeguamento a prescrizioni normative²⁸.

Tutto ciò per dire che il controllo *de quo* è frammentato, ancorché in sinergia, tra funzioni di conformità (*compliance*), di controllo interno, di *risk management*; funzioni che nelle imprese finanziarie (destinatrici, al contrario di quelle commerciali, della normativa antiriciclaggio) sono oggi l'architettura della sistematica delle verifiche sulla "sana e prudente gestione"²⁹ delle stesse imprese.

Se ciò è vero, come è vero, è dalle definizioni che la normativa di vigilanza citata che dobbiamo trarre gli spunti utili ad un chiarimento circa il significato che, con tutta probabilità, il legislatore dell'art. 52 d.lgs. 231/2007 ha voluto (ancorché malamente!) fornire a quell'incarico che è fonte, per il tramite dei soggetti preposti, di precisi obblighi giuridici.

Anche perché il "comunque denominati" della ripetuta definizione fa pensare ad un'idea (in verità piuttosto machiavellica!) di estensione delle qualifiche di controllo, avendone una concezione "pluralistica" che sembra essere proprio ritagliata dalle regole che ora andiamo a citare.

²⁵ La definizione è tratta da Enciclopedia libera, su www.wikipedia.it. Vi si aggiunge che esso è il sistema operativo "volto a guidare la gestione verso il conseguimento degli obiettivi stabiliti in sede di pianificazione operativa, rilevando attraverso la misurazione di appositi indicatori, lo scostamento tra obiettivi pianificati e risultati conseguiti".

²⁶ In tal senso, *Funzione amministrativa e controllo di gestione*, Associazione Italiana Controller, www.controllogestione.it. Sul tema *ex multis*, LO MARTIRE, *Il controllo di gestione*, Franco Angeli, Milano 1999; ANTONELLI - D'ALESSIO, *Casi di controllo di gestione*, Wolters Kluwer Italia, 2007; MUSSARI (a cura di), *Manuale operativo per il controllo di gestione*, Rubbettino Editore, 2001.

²⁷ Cioè, esemplificando, di insieme di operazioni che costituiscono la quotidianità dell'attività di impresa nel suo processo dinamico.

²⁸ Nel senso che qui giova, si veda la Circolare ABI, Serie Legale, n. OF6035 del 9 gennaio 2009, p. 3.

²⁹ La locuzione è utilizzata dal Testo Unico Bancario, quello della Finanza e tutti i provvedimenti amministrativi delle Autorità di settore, ad indicare il bene primario oggetto di tutela da parte di tutto il sistema delle regole e della vigilanza. Su questo concetto, si rinvia tra gli altri, a PONTOLILLO, *Commento sub art. 5*, in *Commentario al TUB*, a cura di CAPRIGLIONE, Cedam, 2001; GRECO, *La sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*, in *Commento al D.Lgs. 1 settembre 1993*, n. 385, a cura di Belli-Contento-Patroni Griffi-Porzio-Santoro, Zanichelli, 2003, p. 46. CALANDRA BUONAURA, *Le finalità della vigilanza*, in *La banca: l'impresa e i contratti, Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. VI, Cedam, 2001, p. 7.

6. *Compliance* e controlli interni sono controlli “di gestione”?

Le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, al Titolo I, Cap. I, della parte IV, affrontano il tema della “gestione e controllo dei rischi”. Al paragrafo 2.2, dedicato all'organo “con funzioni di gestione”, si enumerano una serie di doveri ed incombenze che sono chiaramente ascrivibili all'organo amministrativo. Ciò è desumibile, al paragrafo 1, dalla definizione di tale organo come di quello al quale spettano o sono delegati “compiti di gestione corrente, intesa come attuazione degli indirizzi deliberati nell'esercizio delle funzioni di supervisione strategica”.

Quindi, questo documento e i suoi contenuti sembrano militare non certo a favore di un'estensione soggettiva del controllo e degli oneri *ex art.* 52, comma 2, a funzioni di controllo³⁰ variamente denominate, quali le suddette *compliance* e *internal audit*.

Nel cd. “Regolamento Congiunto” della Banca d'Italia e della Consob emanato il 29 ottobre 2007 in materia di MiFID, l'art. 9 del Capo II, del Titolo I, della parte II (Sistema Organizzativo), nel definire l'organo “con funzione di gestione”, gli assegna, in estrema sintesi, l'attuazione delle politiche aziendali e del sistema di gestione del rischio dell'impresa; la verifica nel continuo dell'adeguatezza del sistema di gestione dei rischi; la definizione dei compiti e responsabilità delle strutture e funzioni aziendali. L'articolato e il contesto in cui è inserito (il Capo II è intitolato al “Governio societario e responsabilità degli organi aziendali”) non può legittimarci a pensare all'affidamento di siffatte incombenze a soggetti che svolgano funzioni “non organiche” (la definizione è di chi scrive), anche perché quando la stessa fonte *subprimaria* vuole disciplinare gli adempimenti di *compliance* lo fa in specifici disposti normativi.

Tra l'altro, e su tutte³¹, la definizione della funzione di *compliance* contenuta nelle Disposizioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia il 10 luglio 2007 non fa propendere per l'inquadramento della stessa tra quei “soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati” di cui al comma 1 dell'art. 52 in esame. Essa è definita (paragrafo 4) come avente il compito specifico di “verificare che le procedure interne siano coerenti con l'obiettivo di prevenire la violazione di norme di eteroregolamentazione e autoregolamentazione applicabili alla banca”, specificando poi che “detta funzione è parte integrante del sistema dei controlli interni delle banche”.

A pagina 5 dello stesso documento l'Autorità di vigilanza indica altresì la collocazione ottimale di tale funzione, quando afferma che le sue attività possono essere affidate “a strutture organizzative diverse già presenti nella banca (ad esempio, legale, organizzazione, gestione del rischio operativo), purché il processo di gestione del rischio e l'operatività della funzione siano ricondotti ad unità mediante la nomina di un responsabile che coordini e sovrintenda alle diverse attività”.

³⁰ Si desidera ricordare che sin dall'inizio abbiamo conferito, speriamo non arbitrariamente, alle “funzioni” significati e compiti da distinguersi rispetto a quelli degli “organi”. Che lo svolgimento di fatto di mansioni aventi caratteristiche di verifica possa abilitare taluno a ritenere che si verifichi un'assimilazione di responsabilità tra questi soggetti e gli organi aziendali ci pare francamente inverosimile!

³¹ Si tenga presente infatti, anche per l'economia di questo scritto, che tale definizione è stata mutuata per intero sia dal citato Regolamento congiunto sui servizi di investimento (cfr. art. 12), sia dal Regolamento Isvap n. 20 del 26 marzo 2008 in materia di controlli interni, all'art. 23.

Nelle Istruzioni di vigilanza che disciplinano il sistema dei controlli interni non è dato rinvenire riferimenti che possano consentire l'accostamento di cui ci stiamo occupando.

E ancora, altre e più recenti Istruzioni della Banca d'Italia in materia di "Organizzazione e governo societario delle banche", emanate il 4 marzo 2008³², quando fanno menzione degli organi "di gestione", si riferiscono sempre a quelli propriamente societari (cfr. par. 2, p. 5).

7. Conclusioni

La rassegna, sin qui utilizzata (e anche se, con tutta probabilità, incompleta), di provvedimenti normativi di varia natura, non può consentire conclusioni, che risulterebbero alquanto affrettate, circa la riconducibilità di funzioni di controllo proprie di taluni uffici degli intermediari finanziari a quelle "sociali" per le quali è prevista la responsabilità legata agli adempimenti dell'art. 52 della legge antiriciclaggio.

In questa prima analisi del problema non sono citabili indicazioni univoche, sia normative che dottrinali, che abilitino all'ingresso dalla "finestra" di un'interpretazione estensiva di ciò che non potrebbe entrare dalla "porta" della previsione contenuta al comma 1 dell'art. 52.

Le funzioni di internal audit e di compliance, laddove considerate parti affidatarie di poteri di "controllo di gestione", esonderebbero dalle mansioni loro proprie, cioè quelle di "gestione" sì, ma dei "rischi aziendali"³³.

Hanno affrontato, ancorché sommariamente, questa tematica le linee guida sia dell'ABI³⁴ che di Confindustria³⁵ in tema di aggiornamento dei modelli *ex d.lgs* 231/2001 ai reati di riciclaggio.

In verità, detti documenti si soffermano sulla inclusione - che abbiamo già visto³⁶ essere di per sé problematica³⁷ - dell'OdV nel ripetuto disposto normativo, nulla dicendo a proposito degli altri organi.

L'ABI, a pag. 8 della Circolare, precisa che "il dovere di vigilanza sulle norme contenute nel decreto 231/2007 deve essere inteso come vigilanza che ognuno degli organi richiamati dalla norma deve espletare nel proprio ambito di attività senza necessità di produrre inutili duplicazioni di compiti ed attività".

Da Confindustria traiamo (*pro domo nostra*) unicamente la frase, di cui alla pagina 146, che recita: "una corretta e coerente interpretazione dovrebbe tenere in debito conto i differenti poteri/doveri assegnati ai diversi organi di controllo, sia dalla

³² Per un commento delle quali si rinvia a COSTI-VELLA, *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 62, settembre 2008.

³³ Tra la vasta letteratura in materia ci limitiamo a citare il *Paper* di AIIA e AICOM dell'aprile 2008, intitolato *Le funzioni di internal audit e di compliance: ruoli, responsabilità e ambiti di rispettiva competenza*. In esso si parla tra l'altro di attività "consultiva" delle funzioni in esame alla *governance* aziendale, a conferma, per noi, che trattasi di ruoli ne' gestori ne' di controllo di gestione.

³⁴ Contenute nella già citata Circolare del 9 gennaio 2009.

³⁵ Pubblicate nel marzo 2008.

³⁶ Nell'introduzione a questo scritto, rinviamo ad altre sedi l'approvvigionamento di materiale sul tema.

³⁷ Per una disamina compiuta di questa e altre istanze emerse all'indomani dell'emanazione dei due decreti 231 ci si consenta di rinviare, tra i vari, a RAZZANTE-ARENA, *La normativa antiriciclaggio e la responsabilità da reato delle imprese*, Esselibri, Napoli 2009 (in corso di stampa mentre scriviamo).

normativa in questione che dalle disposizioni generali dell'ordinamento (*in primis*, il Codice civile)".

Il combinato disposto di queste frasi ci serve a riaffermare che il ruolo dei soggetti - variamente denominati - svolgenti funzioni di controllo (non di gestione!) non può che essere, ad oggi, quello di "informare" gli organi previsti dal comma 1 dell'art. 52 circa eventuali disfunzioni che questi ultimi, e solo loro, potranno (e dovranno) comunicare alle Autorità di vigilanza.

Potremmo anche dire che le funzioni *de quibus* solgerebbero svolgere un'utilissima attività, peraltro già ontologicamente legata alle loro attribuzioni, di prevenzione di quelle situazioni di rischio che, laddove verificatesi, darebbero luogo alle comunicazioni doverose degli organi in rassegna.