

Profili di responsabilità non penale dell'organo di controllo della banca

Diego Manente

Avvocato del foro di Venezia. Professore a contratto di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari Venezia

La mia connotazione di “non penalista” spiega la scelta del tema che intendo proporvi. Ho pensato di portare infatti un contributo che, pur nella sua brevit , potesse offrire qualche spunto di approfondimento tanto al civilista quanto al penalista, parlando del ruolo e delle funzioni dell'organo di controllo (*in primis*, quindi, del collegio sindacale) della banca dal punto di vista del procedimento sanzionatorio amministrativo, sulla base di una ricognizione di alcuni canoni comportamentali fondamentali disegnati dalla giurisprudenza. In particolare, far  riferimento a talune recenti decisioni della nostra Corte d'Appello (ad es. sentenza 29 marzo 2018, n. 33), rese in sede di opposizione a provvedimenti sanzionatori dell'autorit  di vigilanza, nel caso specifico la CONSOB; decisioni che a mio avviso me enucleano in modo molto lucido alcuni principi fondamentali che vi vorrei evidenziare.

Il primo di tali principi, che nasce dalla difesa svolta da alcuni degli incolpati, riguarda i rapporti, nell'ambito della banca, tra le funzioni interne di controllo (soprattutto quella di *compliance* e l'*internal audit*) e il collegio sindacale. Una tesi difensiva che spesso viene proposta in questo tipo di procedimenti   quella infatti per la quale il collegio sindacale lamenta di non essere stato sufficientemente informato dalle funzioni di vigilanza interne. Ora, in campo bancario, nel campo degli intermediari finanziari pi  in generale, accanto agli obblighi a contenuto generico che gravano sul collegio sindacale, quelli



Open access

  2018 |   Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Manente, Diego (2018). “Profili di responsabilit  non penale dell'organo di controllo della banca”. *Ricerche giuridiche*, 7(2), 181-184.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/02/008

ciò stabiliti dall'art. 2403 c.c., ve ne sono anche a contenuto specifico che si correlano a due criteri fondamentali di gestione, tanto della banca quanto degli intermediari finanziari o della banca che esercita anche attività di intermediazione finanziaria: alludo al criterio di «*sana e prudente gestione*», al cui rispetto sovrintendono, come tutti sappiamo, la Banca d'Italia ed ora anche la Banca Centrale Europea, e al criterio della trasparenza e della correttezza dei comportamenti, la cui supervisione è invece condivisa da queste con la CONSOB (artt. 5 e 127 t.u.b.; art. 5 t.u.f.). In funzione di questi due criteri in capo al collegio sindacale della banca è posto un obbligo a contenuto specifico, quello cioè di informativa all'autorità di vigilanza di atti o fatti di cui l'organo sindacale «*venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire o una irregolarità di gestione della prospettiva bancaria o una violazione di norme*» disciplinanti l'attività bancaria o la prestazione dei servizi di investimento (art. 52 t.u.b.; art. 8 t.u.f.). Ed è proprio la previsione di questo obbligo a contenuto specifico – per usare le parole delle *Disposizioni di vigilanza* – che costituisce un raccordo funzionale tra l'autorità pubblica di supervisione e l'organo di controllo interno, così connotando in modo peculiare i doveri comportamentali del collegio sindacale. In questo modo infatti l'attività di controllo diventa un avamposto della funzione di vigilanza preventiva che eserciteranno poi le autorità di settore.

Ciò spiega perché una linea di difesa del tipo di quella che vi ho proposto prima (cioè: «le funzioni di controllo preposte non hanno segnalato ecc.») è evidentemente incompatibile con il ruolo dell'organo di controllo della società bancaria per come configurato dalla normativa speciale. Le ricordate decisioni della Corte d'Appello di Venezia, riprendendo principi elaborati dalla Corte di Cassazione negli ultimi mesi (v. es. Cass. 7 marzo 2018, n. 5357), in sostanza affermano che le funzioni di controllo interno (*internal audit* e *compliance*) sono funzioni di supporto tecnico al collegio sindacale, ma il collegio sindacale è in una posizione sovraordinata rispetto ad esse e deve autonomamente attivarsi, sia per verificare l'attendibilità e la rispondenza dei dati che provengono dai flussi informativi, sia di vagliare la veridicità e la completezza di tali dati. Ecco allora che, in tutta evidenza, i doveri comportamentali del collegio sindacale di una banca assumono una colorazione che in una "normale" società munita di collegio sindacale non è invece richiesta.

Il secondo principio che viene in considerazione è quello che riguarda l'elemento soggettivo, di cui abbiamo sentito parlare prima. Per il tipo di violazioni di cui stiamo parlando, la conclusione a cui arriva la Suprema Corte (v., per tutte, Cass., SS.UU. 30 settembre 2009, n. 20930) è che, in presenza di doveri comportamentali specifici quali sono quelli previsti dal Testo unico bancario e da quello della finanza, pur essendo richiesta la prova dell'elemento soggettivo, una volta dimostrata la sussistenza dell'elemento materiale scatta in

buona sostanza una presunzione di colpa, che inverte l'onere probatorio ponendolo a carico dell'organo di controllo. È un po' lo stesso ragionamento che si faceva prima: è l'organo di controllo che, a quel punto, deve dimostrare di avere bene esercitato le sue funzioni; ma si tratta di una *probatio diabolica*, perché se tutto quello che si è verificato viene dimostrato, alla luce delle prescrizioni di cui parlavamo prima l'ostacolo diventa insuperabile.

