

ALESSANDRO BERNASCONI*

BANCHE, INTERMEDIARI FINANZIARI ED ASSICURAZIONI
NEL PROCESSO PENALE *DE SOCIETATE*

SOMMARIO: 1. Un processo “speciale” per imputati “speciali”, tra giurisdizione e amministrazione. – 2. I rapporti tra pubblico ministero e autorità di vigilanza nella fase delle indagini preliminari. – 3. Misure cautelari e discrezionalità giudiziaria. – 4. L’acquisizione di «aggiornate informazioni» sulla situazione organizzativa dell’ente. – 5. La fase esecutiva delle sanzioni e i poteri dell’autorità amministrativa: un procedimento di natura bifasica?

1. *Un processo “speciale” per imputati “speciali”, tra giurisdizione e amministrazione*

Alquanto lontana dal trovare un compiuto assestamento, la disciplina della responsabilità degli enti (d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231)¹ ha assistito alla germinazione di taluni sottosistemi normativi, per lo più ritagliati su figure di reato e di imputati “tipici” dei settori creditizio e finanziario. Le ricadute di questo fenomeno di frammentazione sono percepibili, in ambito processuale, su più livelli: dai problemi di coordinamento tra diversi «microsistemi»², alle

* Professore straordinario di Diritto processuale penale nell’Università degli Studi di Brescia.

¹ Il riferimento, nel testo del presente lavoro, al numero di un articolo non seguito da altra indicazione va inteso come rinvio ad una disposizione del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

² Come evidenziato da PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Torino, 2006, p. 297 ss. e p. 309 ss.

difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra le garanzie del giusto processo penale e la flessibilità che connota talune disposizioni - di matrice amministrativa - dei testi unici sulle banche e sugli intermediari finanziari³, fino al dosaggio dei poteri del giudice, talvolta eccessivamente discrezionali, talaltra vistosamente azzerati.

Se tra i destinatari della normativa sulla responsabilità amministrativa da reato sono certamente da annoverare sia gli istituti di credito e taluni intermediari finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale - tra i quali le società di intermediazione mobiliare (SIM), le società di gestione del risparmio (SGR) e le società d'investimento a capitale variabile (SICAV)⁴ -, sia le imprese di assicurazione e di riassicurazione, altrettanto indubitabile è l'esistenza di uno speciale regime processuale penale ritagliato, per i primi, dal d. lgs. 9 luglio 2004, n. 197 - il quale prevede una regolamentazione *ad hoc* in attuazione della direttiva 2001/24/CE in tema di risanamento e liquidazione degli enti creditizi⁵ - e, per le seconde, dal d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (così detto "codice delle assicurazioni private"). Il regime derogatorio ivi contemplato muove dalla constatata appartenenza dei suddetti soggetti alla categoria delle persone giuridiche, di cui all'art. 1 d. lgs. n. 231/2001, ed è inteso a sottrarre tali enti, «per esigenze di coordinamento con la disciplina dettata nella sede propria»⁶, a talune disposizioni del decreto del 2001, sostituite da quelle inserite, allo scopo, direttamente nel testo unico bancario (art. 97-bis t.u.b.), nel testo unico

³ PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in AA.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, p. 213.

⁴ Ad essi vanno aggiunti gli intermediari finanziari iscritti nell'albo speciale di cui all'art. 107 t.u.b. (v., in particolare, il sesto comma) che, essendo autorizzati all'esercizio dei servizi di investimento o avendo acquisito fondi con obbligo di rimborso per un ammontare superiore al patrimonio, erano già soggetti alla disciplina delle crisi bancarie (v. CAPOLINO - COSCIA - GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da Picozza - Gabrielli, vol. V, Padova, 2008, p. 1004); per gli iscritti a tale albo speciale la Banca d'Italia detta disposizioni aventi ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale e il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni, nonché l'informativa da rendere al pubblico sulle predette materie.

⁵ Trattasi, in particolare, degli artt. 8 e 10 che hanno introdotto, rispettivamente, l'art. 97-bis t.u.b. e l'art. 60-bis t.u.f.

⁶ PRESUTTI, sub art. 45, in PRESUTTI - BERNASCONI - FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 400.

delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (art. 60-*bis* t.u.f.), e nel codice delle assicurazioni private (art. 266 d. lgs. n. 209/ 2005) ⁷.

Tra le eccezioni più rilevanti alle regole in materia di responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato è da segnalare, 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*): l'interdizione dall'esercizio dell'attività e la sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; viene in rilievo, in seconda battuta, il divieto di ricorrere – in sede sia sanzionatoria che cautelare – all'istituto del commissario giudiziale; inoltre, dal punto di vista procedimentale, è approntato un canale di comunicazione, tra pubblico ministero e autorità di vigilanza dei settori creditizio, finanziario e assicurativo (Banca d'Italia, Consob e Isvap), inteso a favorire l'ingresso nell'indagine penale delle informazioni tecniche in possesso di queste ultime: un'acquisizione che, in sede di giudizio di merito, diviene obbligatoria; laddove, infine, la sentenza di condanna dell'ente concerna le due sanzioni interdittive poco sopra richiamate, si appalesa l'ultima – e, certamente, più significativa – deviazione dalle regole ordinarie, in quanto la competenza non solo ad eseguire ma, altresì, a determinare, in concreto, la misura da applicare, spetta all'autorità amministrativa e non al giudice.

Occorre dunque interrogarsi tanto sui profili di ragionevolezza della scelta di introdurre regole speciali, nel processo penale *de societate*, a favore di taluni attori economici, quanto sulla congruità degli strumenti che, sul piano procedimentale, hanno concretizzato tali opzioni.

Conflitto d'interessi endemico e generale arretratezza dei sistemi creditizio-finanziario e assicurativo costituiscono fattori che, in sé stessi, sarebbero ben lungi dal legittimare un trattamento di favore – sul piano della responsabilità amministrativa degli enti di tali settori economici e del relativo meccanismo di accertamento – rispetto alla disciplina prevista dal d. lgs. n. 231/2001 per la generalità delle imprese. Il segmento di terziario di cui si sta trattando è infatti contrassegnato da assetti e dinamiche tutt'altro che virtuose: la conservazione del capitale delle famiglie italiane è minacciata «dalla volatilità di molti strumenti, dalle truffe e dall'inadeguatezza dell'industria del risparmio gestito» ⁸; inoltre,

⁷ Circa l'opportunità politico-criminale di tali scelte va segnalato, sin da ora, che la dottrina penalistica è schierata su posizioni critiche: v. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 212 ss.; per ulteriori osservazioni sotto l'aspetto processuale, PAOLOZZI, *op. cit.*, p. 297 ss.; con specifico riferimento alla fase esecutiva, GALLUCCI, *L'esecuzione*, in AA.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 638 ss.

⁸ CARABINI, *Il risparmio italiano tradito due volte*, in *Il Sole 24Ore*, 19 dicembre 2008, p. 2.

come di recente rilevato da un'indagine conoscitiva della Autorità garante della concorrenza e del mercato, la *governance* delle banche, delle società di gestione del risparmio e delle assicurazioni è caratterizzata da «un indice di concentrazione dell'azionariato piuttosto elevato che porta a constatare un assetto del settore in esame scarsamente aperto in termini di contendibilità»; ciò – prosegue l'*Anti-trust* – «se da un lato può garantire una maggiore continuità negli assetti delle società, dall'altro riduce la possibilità che vi siano cambiamenti negli assetti di *governance* in grado di raggiungere una maggiore efficienza. Da qui la necessità che gli assetti di *governance* assicurino, al tempo stesso autonomia alle scelte del *management* e corretti incentivi alla trasparenza nel processo decisionale rispetto agli azionisti»⁹. Occorre dunque spingersi oltre le (negative) caratteristiche intrinseche del «capitalismo relazionale»¹⁰ per rinvenire la *ratio* ispiratrice delle garanzie che, nel processo penale *de societate*, sono state apprestate con riguardo ai settori imprenditoriali creditizio, finanziario e assicurativo.

E sono proprio, come risulta dalle nuove norme introdotte dal d. lgs. n. 197/2004 e dal d. lgs. n. 209/2005, le «preminenti finalità di salvaguardia della stabilità e di tutela» vuoi dei diritti dei depositanti e della clientela (art. 97-*bis*, comma 3 t.u.b.), vuoi dei diritti degli investitori (art. 60-*bis*, comma 3 t.u.f.), vuoi, infine, degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative (art. 266, comma 3 codice delle assicurazioni), a giustificare il benigno trattamento processuale (divieto di applicazione delle misure interdittive più gravi, divieto di commissariamento giudiziale) riservato alle imprese citate. La protezione accordata al «risparmio in tutte le sue forme» (art. 47, primo comma Cost.) si estrinseca, nella materia *de qua*, nell'impossibilità di paralizzare, con provvedimenti cautelari o sanzionatori, l'attività di aziende – o di settori di esse – la cui (quotidiana) funzionalità contribuisce a garantire i diritti economico-patrimoniali *di tutti i cittadini*. In altri termini, colui che deposita denaro, lo investe, o si assicura contro taluni rischi, non può patire, direttamente o indirettamente, sospensioni o interruzioni dei servizi di erogazione del credito, dell'attività di intermediazione finanziaria o del ristoro assicurativo, connesse all'*iter* processuale di accertamento di determinati reati (quelli di cui agli artt. 24-25-*novies* d. lgs. n. 231/2001). La diffusione quantitativa e la distribuzione

⁹ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva. La corporate governance di banche e compagnie di assicurazioni* - IC36, Roma, 2009, p. 84.

¹⁰ Con tale espressione si identifica, in buona sostanza, un fenomeno contrassegnato, per un verso, da «troppi intrecci azionari che portano le banche e le assicurazioni ad essere socie dei loro concorrenti» e, per l'altro, da (eccessivamente) numerosi «incarichi multipli conferiti alle stesse persone da imprese che dovrebbero confrontarsi solo sul mercato» (così, CARABINI, *Il capitalismo relazionale si salva con la grande crisi*, in *Il Sole 24Ore*, 11 gennaio 2009, p. 5).

sul territorio, la trasversalità nelle classi sociali o, più banalmente, l'importanza *tout court* del bene risparmio – nonché delle coperture assicurative per varie tipologie di rischio – costituiscono le ragioni della centralità economica delle realtà imprenditoriali in oggetto che, a ben vedere, ne legittima la particolare tutela nel corso dell'accertamento penale. Tale posizione privilegiata risulta altresì apprezzabile dal confronto con il trattamento processuale riservato a differenti entità produttive e, in ultima analisi, ad un bene, pure costituzionalmente protetto, qual è il lavoro (art. 35 Cost.): all'impresa che impiega un numero – anche rilevante – di dipendenti, può infatti essere applicata l'interdizione dall'esercizio dell'attività o la sospensione (o revoca) delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito (rispettivamente, lett. a) e b) del comma 2 dell'art. 9 d. lgs. n. 231/2001) con gli intuibili riflessi sulla occupazione; a differenza di quanto accade per i servizi creditizi, finanziari e assicurativi, l'impresa industriale “classica” non è al riparo da misure, cautelari o sanzionatorie, in grado di provocarne la dissoluzione o la chiusura temporanea; da un'altra angolatura, si può affermare che – di fronte ad un procedimento penale contro una società – il rischio di subire effetti pregiudizievoli è maggiore per il cittadino-lavoratore rispetto al cittadino-risparmiatore.

Certo, la nomina di un commissario giudiziale (*ex art. 15 d. lgs. n. 231/2001*) può attutire l'impatto della misura interdittiva laddove questa provochi rilevanti ripercussioni negative «su terzi innocenti, quali gli stessi lavoratori dell'impresa o l'intera collettività»¹¹. È tuttavia opportuno tenere presente, da un lato, che, alla funzione preventiva del commissariamento – intesa come salvaguardia dell'occupazione perseguita attraverso la continuità della gestione aziendale –, si affiancano quella “risanatoria” (il commissario deve curare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e controllo idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi) e quella propriamente affittiva (il profitto ricavato dall'ente nel corso della gestione commissariale deve essere confiscato al fine di evitare che il primo possa lucrare quei ricavi altrimenti andati perduti nel caso la sanzione interdittiva fosse stata regolarmente applicata a suo carico); e non può essere sottaciuto, dall'altro lato, che la misura del commissariamento può in concreto «rivelarsi più gravosa per l'ente rispetto alla stessa sanzione interdittiva»; non a caso, «a parità di conseguenze economiche pregiudizievoli (i profitti derivanti dalla prosecuzione dell'attività saranno comunque confiscati ...), l'ente sarà infatti costretto a subire una temporanea ma pesante ingerenza nella propria organizzazione e gestione interna da parte di un soggetto estraneo, portatore di interessi affatto eterogenei ri-

¹¹ Testualmente, VIGANÒ, sub *art. 15*, in PRESUTTI – BERNASCONI – FIORIO, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 207.

spetto a quelli del *management* aziendale e tuttavia dotato di poteri assai invasivi»¹². Ed il fatto che tale ingerenza esterna sia risparmiata, come anticipato, agli istituti di credito, agli intermediari finanziari e alle assicurazioni – in virtù del divieto di commissariamento giudiziale contemplato, rispettivamente, dagli artt. 97-*bis*, comma 4 t.u.b., 60-*bis*, comma 4 t.u.f. e 266, comma 4 codice delle assicurazioni – è un ulteriore indice del *favor* esplicitato dall'ordinamento nei riguardi di queste categorie di soggetti economici.

Il declamato intento di salvaguardare i diritti dei depositanti, degli investitori e degli assicurati, ritenuti «preminenti» rispetto alle esigenze connesse all'accertamento penale, si concretizza, peraltro, in termini e con modalità contraddittorie. Se, per un verso, la normativa derogatoria di favore preclude l'applicazione, in sede cautelare, delle misure interdittive più gravose e, in ogni caso, del commissariamento giudiziale, per altro verso, la completa devoluzione della fase esecutiva delle (medesime) sanzioni alle *authorities* – ed il conseguente affievolirsi del controllo giurisdizionale – introduce, di fatto, un regime di flessibilità della pena suscettibile di risolversi, in particolare, in inasprimenti dell'afflittività sanzionatoria, con l'effetto finale di compromettere gli obiettivi di garanzia e di tutela perseguiti dai provvedimenti in commento.

2. I rapporti tra pubblico ministero e autorità di vigilanza nella fase delle indagini preliminari

Quando l'annotazione dell'illecito amministrativo (art. 55 d.lgs. n. 231/2001) riguarda una banca, una SIM, una SGR o una SICAV, oppure una società di assicurazione o di riassicurazione, il pubblico ministero è tenuto a darne comunicazione alla competente autorità di vigilanza di settore (rispettivamente la Banca d'Italia, la Consob, e l'Isvap), la quale può essere sentita dal titolare delle investigazioni e ha facoltà di presentare relazioni scritte. Queste regole – introdotte, come si è anticipato, dagli artt. 8 e 10 del d. lgs. n. 197/2004, nonché dall'art. 266 del codice delle assicurazioni – configurano una normativa speciale per le indagini nei confronti delle suddette realtà economico-finanziarie, che esalta ruolo e funzione degli organismi di controllo pubblici. Essi possono essere sentiti – su richiesta del pubblico ministero – vuoi come soggetti informati sui fatti, nel corso delle indagini, vuoi come testimoni, in fase dibattimentale: all'audizione dell'autorità di vigilanza non deve necessariamente provvedere il pubblico ministero, essendo attività delegabile alla polizia giudiziaria, secondo le regole generali del codice di rito; spetta al pubblico ministero la presentazione della richiesta di deporre, da indirizzare al governatore della Banca d'Italia

¹² *Ibidem*, p. 207-208.

o al presidente della Consob o dell'Isvap, i quali provvederanno ad indicare il funzionario deputato a rilasciare le informazioni ritenute utili; questa scelta risulterà vincolante per l'accusa in ordine al nominativo della persona designata dall'autorità di controllo, anche se il pubblico ministero e la polizia giudiziaria restano naturalmente liberi di sentire altri e diversi soggetti di tali istituzioni, in qualità di persone informate sui fatti¹³.

Alle predette *authorities* fa altresì capo un potere di intervento che, nel corso del procedimento penale, si estrinseca nella «facoltà di presentare relazioni scritte» le quali, sia in virtù del prestigio dell'organo pubblico che le elabora, sia in ragione dell'elevato tecnicismo delle medesime, appaiono vicine – secondo taluno – a «consulenze tecniche di fatto»¹⁴, di non indifferente peso probatorio, nei confronti dei cui esiti l'ente incolpato dovrebbe potere esercitare il diritto al contraddittorio, nominando un consulente di parte. Duplice pare peraltro essere la funzione della già accennata comunicazione della pubblica accusa. Per un verso, quella di spronare Banca d'Italia, Consob e Isvap ad esercitare, sin dai primi passi dell'indagine penale, i rispettivi poteri di vigilanza. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alla vigilanza, di tipo informativo, della Banca d'Italia sugli istituti di credito (art. 51 t.u.b.)¹⁵, a quella regolamentare *ex art.* 53 t.u.b.¹⁶, a quella ispettiva presso le banche italiane e le loro sedi in uno Stato

¹³ DI BITONTO, *Le indagini e l'udienza preliminare*, in AA.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 547.

¹⁴ PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 304

¹⁵ Le banche devono inviare alla Banca d'Italia segnalazioni periodiche, secondo le modalità e nei termini stabiliti dall'istituto centrale, nonché ogni dato e documento richiesto; identica regola vale per i bilanci degli istituti di credito medesimi.

¹⁶ Secondo il primo comma di tale disposizione la Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, le partecipazioni detenibili, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni. Inoltre, la Banca d'Italia può convocare gli amministratori, i sindaci e i dirigenti delle banche per esaminare la situazione delle stesse, ordinare la convocazione degli organi collegiali delle banche, fissandone l'ordine del giorno, e proporre l'assunzione di determinate decisioni, procedere direttamente alla convocazione degli organi collegiali delle banche in caso di inerzia degli organi competenti, adottare – in materia di adeguatezza patrimoniale, di contenimento del rischio, di partecipazioni detenibili, di organizzazione amministrativa e contabile e di controlli interni – provvedimenti specifici nei confronti di singole banche, riguardanti anche la restrizione delle attività o della struttura territoriale, nonché il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio (comma 3); da rilevare, infine, il potere dell'istituto centrale di regolare le condizioni e i limiti per l'assunzione, da parte delle banche, di attività di rischio nei confronti di coloro che possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza sulla gestione della banca

membro dell'Unione Europea¹⁷, alla vigilanza su base consolidata di cui agli artt. 59 e ss. t.u.b.¹⁸; ancora, si ponga mente alla vigilanza della Consob sulla trasparenza e sulla correttezza degli intermediari finanziari (abilitati) ai sensi degli artt. 6 (vigilanza regolamentare), 8 (vigilanza informativa), 10 (vigilanza ispettiva) e 12 (vigilanza sul gruppo) t.u.f.¹⁹; infine, alla vigilanza sull'attività assicurativa e riassicurativa che l'Isvap svolge mediante l'esercizio dei poteri di natura autorizzativa, prescrittiva, accertativa, cautelare e repressiva previsti dal codice delle assicurazioni (art. 5)²⁰. Per altro verso, con specifico ed esclusivo riguardo alla categoria dei promotori finanziari, l'informativa che promana dalla pubblica accusa sembra altresì intesa a favorire l'adozione dei provvedimenti cautelari contemplati dalla normativa di settore (art. 55 t.u.f.)²¹; trattasi di cautele particolarmente incisive – cioè la sospensione del promotore finanziario dall'esercizio dell'attività²² – che la Consob può adottare, per un periodo massimo di sessanta giorni, ed in caso di necessità ed urgenza, qualora «sussistano elementi che facciano presumere l'esistenza di gravi violazioni di legge ovvero di disposizioni generali o particolari impartite dalla Consob [medesima]» (art. 55, comma 1 t.u.f.) o, per un periodo massimo di un anno,

o del gruppo bancario nonché dei soggetti ad essa collegati; laddove verifichi in concreto l'esistenza di situazioni di conflitto di interessi la Banca centrale medesima può stabilire condizioni e limiti specifici per l'assunzione delle attività di rischio (comma 4).

¹⁷ Secondo l'art. 54 t.u.b. tale potere ispettivo può estendersi, a condizione di reciprocità con le autorità competenti, a succursali di banche insediate in Stati extracomunitari.

¹⁸ Che concerne il fenomeno dei gruppi bancari (v., in particolare, artt. 65-69 t.u.b.).

¹⁹ Potere di vigilanza distribuito, secondo le materie di rispettiva competenza, tra la Consob medesima e la Banca d'Italia (art. 5, comma 4 t.u.f.).

²⁰ L'art. 3 codice delle assicurazioni contempla le finalità della vigilanza: essa ha per scopo «la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione e la trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese, degli intermediari e degli altri operatori del settore assicurativo, avendo riguardo alla stabilità, all'efficienza, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema assicurativo, alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all'informazione ed alla protezione dei consumatori»; per i provvedimenti di vigilanza sulle imprese e sugli intermediari e per quelli di vigilanza supplementare sulle imprese di assicurazione v., rispettivamente, il titolo XIV e il titolo XV del codice delle assicurazioni.

²¹ PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 299 e nota n. 7.

²² Non sono invece rinvenibili analoghi strumenti cautelari per quanto riguarda il ramo bancario (v. PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., pp. 299-300) e per quello delle imprese di assicurazione e riassicurazione (ove, per citare un singolo esempio, la sospensione delle funzioni degli organi di amministrazione e di controllo aziendali è una pura conseguenza del provvedimento di nomina, da parte dell'Isvap, del commissario per la gestione provvisoria ex artt. 230, comma 1 e 231 codice delle assicurazioni).

qualora il promotore finanziario sia stato sottoposto ad una misura cautelare coercitiva o abbia assunto la qualità di imputato in relazione a determinati reati (comma 2 della cit. disposizione)²³.

3. Misure cautelari e discrezionalità giudiziaria

Tra le disposizioni non applicabili a banche, intermediari finanziari e assicurazioni vi è l'art. 45 del d. lgs. n. 231/2001, nella parte in cui richiama le plurime sanzioni interdittive annoverate dall'art. 9, comma 2, ammettendone l'impiego quali misure cautelari: «pur confermandone l'applicabilità in *toto* a seguito di sentenza di condanna»²⁴, si inibisce l'utilizzo in chiave cautelare di quelle previste dall'art. 9, comma 2, lett. *a*) e *b*) (trattasi, rispettivamente, dell'interdizione dall'esercizio dell'attività e della sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito)²⁵. Ci si è in precedenza soffermati ad analizzare le ragioni giustificative di tale regime derogatorio, motivato dall'esigenza vuoi di salvaguardare la stabilità creditizia, finanziaria e assicurativa – in altre parole, di consentire la prosecuzione dei relativi servizi e di evitare ripercussioni negative sulla collettività connesse all'applicazione cautelare di gravi misure interdittive – vuoi di tutelare i diritti dei depositanti, della clientela, degli investitori, degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative.

Come si ricorderà, ad ispirare la scelta di escludere l'operatività dell'istituto del commissario giudiziale, sia sotto il profilo sanzionatorio (art. 15) che cautelare (art. 45, comma 3), è stata la «preoccupazione, ritenuta prevalente rispetto alle segnalate istanze di coordinamento»²⁶, di scongiurare «ingerenze»

²³ Trattasi, nel caso specifico, di provvedimento volto «a fronteggiare il pericolo di lesione o turbativa dell'interesse degli investitori e/o della integrità del mercato derivante dallo svolgimento della attività di promotore finanziario ... ad opera di chi sia sospettato di aver commesso reati giudicati *a priori* con preoccupazione dal legislatore» (così, POSSENTI, sub art. 55 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, a cura di Rabitti Bedogni, Milano, 1998, p. 412).

²⁴ PRESUTTI, sub art. 45, cit., p. 400.

²⁵ Come si può osservare, «queste innovazioni normative non incidono propriamente sulla correlazione tra categorie soggettive indicate dall'art. 1 [d. lgs. n. 231/2001] e area dei destinatari delle misure cautelari, ma piuttosto si riflettono sull'ambito di applicabilità dei mezzi interdittivi recidendo il nesso di loro necessaria corrispondenza con quello delle sanzioni: ne deriva, in sostanza, una sovrapposizione solo parziale per il venir meno della coincidenza, tra sanzioni e cautele interdittive, stabilita in generale in relazione alle altre persone giuridiche» (*ibidem*, p. 400).

²⁶ Così, ancora, PRESUTTI, sub art. 45, cit., p. 400.

dell'autorità giudiziaria, ritenute «foriere di effetti collaterali di spiccata gravità in settori strategici per l'economia nazionale»²⁷. La discrezionalità dell'organo giurisdizionale viene così azzerata e, in questo specifico contesto, le perplessità sulla eccessiva latitudine dei poteri del medesimo – sollevate dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 231/2001 – appaiono superate. Ci si era infatti interrogati su come potesse un giudice penale valutare l'opportunità di sostituire l'applicazione di una sanzione interdittiva – che determina l'interruzione dell'attività dell'ente – con la nomina di un commissario giudiziale, laddove i criteri dettati dalla legge al proposito sono di matrice socio-economica: da un lato, il grave pregiudizio alla collettività per l'eventuale interruzione di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica utilità svolto dalla persona giuridica (art. 15, comma 1, lett. a)²⁸; dall'altro, le rilevanti ripercussioni sull'occupazione provocate dall'eventuale interruzione dell'attività dell'ente, tenuto altresì conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato (art. 15, comma 1, lett. b). La preoccupazione era quella, *in primis*, di trovarsi al cospetto di un giudice che operasse, di volta in volta, con il metro del sindacalista, del politico, del sociologo, dell'economista esperto di organizzazione aziendale; in secondo luogo, – anche nel caso prevalesse un costume di *self-restraint* giudiziario in tale materia – il rischio paventato era quello di una marcata dipendenza della decisione giurisdizionale dalle conclusioni svolte in sede peritale²⁹.

Nel sistema della responsabilità degli enti per fatti di reato la discrezionalità giudiziaria funziona, dunque, a corrente alternata; in particolare, nel campo delle cautele endoprocessuali, si registra una sensibile differenza tra l'ampia facoltà di attingere al paniere delle misure (interdittive e sostitutive), qualora nelle vesti di imputato figuri un'impresa “classica”, e le ridotte opzioni, a disposizione del giudice, ove si tratti di un ente di natura creditizia o assicurativa.

²⁷ VARANELLI, *Le misure cautelari nel procedimento per la responsabilità amministrativa degli enti (prima parte)*, in *Resp. amm. soc.*, 2008, n. 4, p. 175; analogamente, FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 469; la scelta legislativa è stigmatizzata da v. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 214, il quale rileva che la «protezione, ad ogni costo e a tutto campo, di simili attività ha fatto perdere di vista che la soluzione di un commissariamento ‘cogestito’ dall'autorità giudiziaria e da quella di vigilanza si sarebbe rivelata la misura più idonea a garantire un ragionevole ed equilibrato contemperamento degli interessi in gioco. Non resta, in definitiva, che rassegnarsi a prevedibili ‘conflitti’: la disciplina apprestata si attegga come un innesco pronto a deflagrare».

²⁸ Per una applicazione giurisprudenziale, v. G.i.p. Trib. Milano, ord. 20 settembre 2004, in *Guida dir.*, 2004, n. 47, p. 83.

²⁹ BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in *Il processo penale de societate*, a cura di Bernasconi, Milano, 2006, p. 95.

Non si può peraltro sottacere che, all'esigenza, di natura politico-economica, di allestire un riparo – per queste ultime categorie – contro gli effetti destabilizzanti dei provvedimenti interinali del processo penale, se ne aggiunge una di carattere sistemico: essa è intesa a valorizzare le potenzialità dell'istituto commissariale, da tempo contemplato nelle legislazioni bancaria, finanziaria e assicurativa nonché rodato nelle prassi dei rispettivi settori³⁰.

La disciplina delle crisi prevede, in ambito bancario, il potere della Banca d'Italia di nominare uno o più commissari straordinari ai quali devolvere – in luogo degli organi ordinari³¹ – la gestione della *societas*: queste figure operano sotto il diretto controllo dell'istituto centrale, che può revocarle o sostituirle (art. 71, commi 1, lett. *a*) e 3 t.u.b.). Nel segmento dei mercati finanziari si registra un analogo potere del presidente della Consob che, in via d'urgenza, «ove ricorrano situazioni di pericolo per i clienti o per i mercati», può disporre «la sospensione degli organi di amministrazione delle SIM e la nomina di un commissario che ne assume la gestione quando risultino gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie»; e, a rimarcare la subordinazione della figura gestoria nei riguardi dell'*authority*, è previsto che il presidente della Consob possa stabilire «speciali cautele e limitazioni» da osservare nella amministrazione della società d'investimento mobiliare colpita dal provvedimento (art. 53, commi 1 e 2 t.u.f.)³². Procedure non dissimili sono contemplate, infine, nel campo delle misure di salvaguardia, risanamento e liquidazione delle imprese assicurative; l'Isvap può nominare un commissario – laddove si sia registrata una grave inosservanza delle disposizioni di legge – per

³⁰ Critico, al riguardo, FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., pp. 469-470 secondo il quale «i provvedimenti interdittivi riferiti alla fase cautelare (così come il provvedimento di commissariamento dell'ente), non risultano essere stati sostituiti da misure interinali applicabili dall'autorità di controllo, ma semplicemente cancellati»; peraltro, l'A. riconosce che, in base alla disciplina contenuta nel testo unico bancario e in quello sulla intermediazione finanziaria, «potranno essere assunti provvedimenti anche di natura interinale» ma – aggiunge – «ciò avverrà al di fuori del procedimento per l'accertamento della responsabilità da reato dell'ente e, soprattutto, senza che siano previste forme di collaborazione e di informazione tra autorità giudiziaria e autorità di vigilanza, dal momento che l'art. 84 prevede solo che l'autorità giudiziaria comunichi il provvedimento cautelare adottato all'organo di vigilanza, ma non il contrario».

³¹ Secondo quanto previsto dall'art. 72, comma 1 t.u.b. i commissari esercitano le funzioni ed i poteri di amministrazione della banca, provvedendo ad accertare la situazione aziendale, a rimuovere le irregolarità ed a promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti.

³² Tali disposizioni sono applicabili anche alle SGR e alle SICAV: in tale caso il presidente della Consob adotta i provvedimenti in parola dopo aver sentito il governatore della Banca d'Italia (art. 53, comma 6 t.u.f.).

il compimento di singoli atti necessari per ricondurre la gestione dell'impresa nell'alveo della legalità (art. 229 codice delle assicurazioni); l'istituto di vigilanza può inoltre disporre, «quando ricorrono i presupposti per l'amministrazione straordinaria di cui all'art. 231 e concorrano ragioni di assoluta urgenza», che uno o più commissari assumano i poteri di amministrazione dell'impresa e, nel contempo, stabilire «speciali cautele e limitazioni» nella gestione dell'impresa (art. 230, commi 1 e 2 codice delle assicurazioni); i commissari straordinari operano comunque sotto la vigilanza, in taluni casi regolamentare, in altri autorizzativa, dell'Isvap (art. 234 codice delle assicurazioni) che può revocarli o sostituirli (art. 233, comma 2 codice delle assicurazioni)³³. Comune denominatore delle citate disposizioni settoriali è la discrezionalità dell'intervento dell'*authority* di vigilanza che, esplicandosi con la nomina e la delimitazione dei poteri gestori del commissario *ad acta*, garantisce quell'immediatezza e quella cogenza – tipiche dei provvedimenti amministrativi³⁴ – spesso difficilmente realizzabili nell'*iter* giurisdizionale per la nomina del commissario giudiziale di cui all'art. 15 d. lgs. n. 231/2001. Ne risulta salvaguardato, al tempo stesso, l'obiettivo di fondo che caratterizza la normativa speciale processuale relativa alla tipologia di imprese in oggetto: le controindicazioni connesse alla «ingerenza» dell'autorità giurisdizionale – specie in una fase, qual è quella delle indagini preliminari, che potrebbe concludersi con un provvedimento di archiviazione – risultano superate dalla riaffermata prerogativa dell'intervento, della gestione e della supervisione delle competenti autorità di vigilanza e dei commissari da queste nominati.

4. *L'acquisizione di «aggiornate informazioni» sulla situazione organizzativa dell'ente*

A rimarcare l'importanza, per la decisione finale, del parere tecnico delle *authorities*, la normativa ne prevede l'obbligatoria acquisizione³⁵ – in «ogni grado del processo di merito, prima della sentenza» – su iniziativa, anche ufficiosa, del giudice (artt. 97-*bis*, comma 2 t.u.b., 60-*bis*, comma 2 t.u.f. e 266, comma 2 codice delle assicurazioni): gli elementi conoscitivi in questione consistono in

³³ Analoghe disposizioni vigono in materia di liquidazione coatta amministrativa: per presupposti, nomina e poteri dei commissari liquidatori v., rispettivamente, le disposizioni di cui agli artt. 245, 246 e 250 codice delle assicurazioni.

³⁴ Come si ricava, seppure nell'ambito di considerazioni su altri argomenti, da CAPOLINO – COSCIA – GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, cit., p. 1007, nota n. 336.

³⁵ La dottrina è concorde sul carattere di obbligatorietà del provvedimento: v. MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 605; PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 302; in ambito bancario, altresì, CAPOLINO – COSCIA – GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, cit., p. 1006.

«aggiornate informazioni» sulla situazione organizzativa dell'impresa incolpata. Ampia ricettività processuale del “sapere” degli organismi pubblici di vigilanza e costante monitoraggio della struttura dell'azienda paiono costituire gli obiettivi perseguiti da queste disposizioni. Con riferimento al primo aspetto, il prescritto obbligo dell'organo giurisdizionale di acquisire, prima della sentenza di merito, i summenzionati pareri, si atteggia a disposizione di chiusura del sistema: anche qualora il pubblico ministero non avesse proceduto ad assumerli in fase preliminare, né le *authorities* si fossero spontaneamente attivate – in tale sede – a «presentare relazioni scritte» (ex artt. 97-bis, comma 1 t.u.b., 60-bis, comma 1 t.u.f. e 266, comma 1 codice delle assicurazioni), è nel dibattimento di primo grado o in quello di appello che, a prescindere dalla richiesta delle parti, sarà dato il dovuto spazio ai contributi informativi della Banca d'Italia, della Consob o dell'Isvap. E la portata conoscitiva di questi ultimi non pare circoscrivibile ai soli fini dell'imputazione se si riflette sul fatto che, nel caso sia stata disposta la sospensione del processo per consentire l'adempimento delle attività riparatorie di cui all'art. 17 d. lgs. n. 231/2001, il giudice può trovare ausilio nei pareri delle autorità di vigilanza, in ordine alla struttura organizzativa e di controllo dell'ente sottoposto a procedimento, per decidere sull'applicazione delle sanzioni interdittive (cfr. artt. 65 e 17 d. lgs. n. 231/2001).

Quanto all'esigenza di disporre di un quadro aggiornato sulla *compliance* aziendale, è stata correttamente richiamata «la circostanza che l'azione di vigilanza ed il processo penale possano svolgersi con tempi differenti (la prima più veloce del secondo) e che, quindi, il giudice debba essere informato dei provvedimenti presi dalle autorità di controllo e della situazione organizzativa ‘attuale’» della società; in altre parole, il legislatore ha voluto «che non fosse possibile emanare la sentenza sulla responsabilità amministrativa ... senza che fossero acquisite dalle autorità di controllo le informazioni sulla situazione [dell'ente]»³⁶.

Benché (correttamente) inquadrati nella categoria della prova documentale (art. 234 e seg. c.p.p.), i dati offerti dai citati organi pubblici sono stati avvicinati – altresì – ad una «perizia di fatto»³⁷; il carattere ibrido attribuito a tale materiale conoscitivo parrebbe spiegabile alla luce del palesato rischio per cui, lungi dal riscontrare la realtà *intramoenia* dell'ente incolpato, le informazioni fornite da

³⁶ CAPOLINO – COSCIA – GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, cit., p. 1006, nota n. 332.

³⁷ In questa direzione, PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 303, nota n. 15; anche MANZIONE, *I procedimenti speciali e il giudizio*, cit., p. 605, adombra la figura di «una sorta di ‘teste esperto’»; la dottrina bancaria, dal canto suo (CAPOLINO – COSCIA – GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, cit., p. 1006), rimarca le forti affinità tra le informazioni in oggetto e la prova peritale.

Banca d'Italia, Consob o Isvap possano tradursi in pareri sull'idoneità del modello organizzativo adottato, i quali verrebbero a confluire nella piattaforma decisoria del giudice eludendo le garanzie previste, ai sensi degli artt. 220-233 c.p.p., per la formazione del mezzo di prova – appunto – della perizia. Non appaiono critiche fondate quelle intese a sottolineare la natura ambigua e ad evidenziare l'eterogeneità dei fini che contraddistinguerebbero i pareri, acquisiti nel processo penale *de societate*, dalle *authorities*; la peculiare caratura probatoria delle «aggiornate informazioni» in parola deriva semplicemente dal ruolo di vigilanza pubblica – in quanto tale, *super partes* – ricoperto dalla Banca d'Italia, dalla Consob e dall'Isvap; e tale dato non pregiudica il diritto di difesa ed al contraddittorio poiché l'ente – qualora intenda approfondire, contestare o, comunque, interloquire sul contenuto delle suddette relazioni – può senza dubbio chiedere l'esame del funzionario che ha redatto il documento acquisito nel processo, oppure che venga disposta una perizia, affidata ad esperti estranei all'organigramma delle predette autorità pubbliche, per una (ulteriore) verifica della struttura organizzativa e di controllo adottata.

5. *La fase esecutiva delle sanzioni e i poteri dell'autorità amministrativa: un procedimento di natura bifasica?*

Rilevanti le perplessità che emergono nell'analisi della attuale disciplina dell'esecuzione: a fronte dell'adozione del rito processuale penale per l'accertamento della responsabilità dell'ente si profilano, in fase esecutiva, competenze e poteri dell'autorità amministrativa la pregnanza dei quali è tale da prefigurare un sistema connotato in termini bifasici; in altre parole, se le garanzie per l'ente-imputato riposano sulla scelta del rito giurisdizionale, davanti ad un giudice terzo ed imparziale, e sull'ossequio alle regole del contraddittorio, la più volte invocata preminenza delle finalità di salvaguardia dei settori creditizio, finanziario e assicurativo, si esplicita nell'attribuire a Banca d'Italia, Consob e Isvap non solo la concreta modulazione del trattamento sanzionatorio quanto – e soprattutto – la *scelta* della misura da applicare.

Come si è accennato, nella fase esecutiva delle sanzioni si registrano vistose anomalie e deviazioni dall'apparato di garanzie tipiche del procedimento penale. A sgombrare il terreno da possibili equivoci, va chiarito – in prima battuta – che non è il ruolo propulsivo del pubblico ministero ad essere in discussione; esso è infatti calibrato sul modello contemplato dal codice di rito per l'esecuzione delle pene detentive, il quale assegna al titolare dell'azione esecutiva il compito di notificare l'estratto della sentenza all'ente. Dunque, anche per quanto concerne l'esecuzione delle sanzioni interdittive più gravi (*ex art. 9, comma 2, lett. a) e b)*, disposte nei confronti delle banche, degli intermediari finanziari o delle imprese di assicurazione o di riassicurazione, restano impregiudicate le prerogative del pubblico ministero

nel promuovere l'azione esecutiva per mezzo della notificazione in parola (art. 77), dalla quale decorrono i termini per la conversione delle prime in sanzioni pecuniarie (art. 78); scaduto tale termine, la sentenza che irroga la sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività o della sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito va trasmessa, «per l'esecuzione», alla Banca d'Italia, alla Consob o all'Isvap (ai sensi, rispettivamente, degli artt. 97-*bis*, comma 3 t.u.b., 60-*bis*, comma 3 t.u.f. – in questo caso, sia alla Banca d'Italia che alla Consob, «ciascuna nell'ambito delle rispettive competenze» - e 266, comma 3 codice delle assicurazioni).

La latitudine operativa di tali disposizioni non si esaurisce nell'ambito del semplice “coordinamento informativo” contemplato dall'art. 84 d. lgs. n. 231/2001 – secondo il quale la sentenza irrevocabile di condanna è comunicata dalla cancelleria del giudice alle autorità che esercitano il controllo o la vigilanza sull'ente – e tantomeno in un conferimento, all'*authority* di settore, del mero potere di porre in esecuzione il contenuto precettivo della decisione giurisdizionale. Infatti, lo si è evidenziato, Banca d'Italia, Consob o Isvap possono «proporre o adottare» gli atti previsti dalla disciplina delle crisi del testo unico bancario, i provvedimenti ingiuntivi e di crisi contemplati dal testo unico degli intermediari finanziari, le misure di risanamento e liquidazione del codice delle assicurazioni; la proposta³⁸, o la scelta delle singole misure, avverrà contemperando «le caratteristiche della sanzione irrogata» con le «preminenti finalità di salvaguardia della stabilità e di tutela» - rispettivamente – dei diritti dei depositanti e della clientela (art. 97-*bis*, comma 3 t.u.b.), dei diritti degli investitori (art. 60-*bis*, comma 3 t.u.f.) e degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative (art. 266, comma 3 codice delle assicurazioni). Tuttavia, tale bilanciamento si compie sulla base «di un empirico calcolo di equipollenza», operato dall'autorità amministrativa, «tanto più improbabile ove si consideri che le sanzioni da sostituire ed i congegni che le sostituiscono

³⁸ Per esempio, la Banca d'Italia *propone* al Ministro dell'economia di adottare i provvedimenti di amministrazione straordinaria che comportano lo scioglimento degli organi di gestione e controllo della banca (art. 70 t.u.b.) nonché quelli di revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e la liquidazione coatta amministrativa (art. 80 t.u.b.); sempre la Banca d'Italia o la Consob – ciascuna per le materie di propria competenza – possono *proporre* al Ministro dell'economia di disporre con decreto lo scioglimento degli organi con funzione di amministrazione e di controllo delle SIM, SGR e SICAV (art. 56 t.u.f.) e, altresì, la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività e la liquidazione coatta amministrativa di tali intermediari finanziari (art. 57 t.u.f.); l'Isvap può *proporre* al Ministro delle attività produttive di adottare il decreto di scioglimento degli organi di amministrazione e controllo dell'impresa assicurativa (amministrazione straordinaria *ex* art. 231 codice delle assicurazioni) oppure quello di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività in tutti i rami assicurativi e la liquidazione coatta amministrativa (art. 245 codice delle assicurazioni).

collimano in modo del tutto approssimativo»³⁹; ci si trova così al cospetto del potere della Banca d'Italia, della Consob, e dell'Isvap di adottare provvedimenti che possono incrementare l'afflittività della sanzione penale originaria – o annacquarela – al di fuori di ogni controllo del giudice terzo⁴⁰. Si pensi, in via esemplificativa, al caso in cui all'interdizione temporanea dell'esercizio dell'attività bancaria subentrasse la liquidazione coatta amministrativa, di cui all'art. 80 t.u.b., cioè un provvedimento che conduce alla dissoluzione dell'ente. In senso opposto, laddove alla sanzione interdittiva dell'interruzione dell'attività dell'istituto di credito venisse sostituita – *ex art. 70 t.u.b.* – l'amministrazione straordinaria oppure – *ex art. 76 t.u.b.* – la gestione provvisoria. E considerazioni analoghe, nel campo delle imprese di assicurazione, si possono proporre, con riguardo ai poteri dell'Isvap, in tema di adozione di provvedimenti più incisivi dell'interdizione temporanea, quali la revoca dall'autorizzazione (art. 242 codice delle assicurazioni) e la liquidazione coatta amministrativa (art. 245 codice delle assicurazioni.) o, al contrario, suscettibili di sterilizzare il contenuto della sentenza di condanna, quali le misure di risanamento di cui al capo II del titolo XVI del codice delle assicurazioni.

Dunque, il preponderante ruolo riconosciuto a soggetti estranei alla giurisdizione penale viene a deformare profondamente i tratti della fase esecutiva, quantomeno sotto un duplice profilo. *In primis*, la normativa processuale speciale consente all'autorità amministrativa di modificare il contenuto delle sanzioni – irrogate in sede penale – le quali «perdono la propria natura originaria per trasformarsi nei diversi strumenti ordinariamente predisposti per fronteggiare le – diverse – situazioni di crisi, strumenti che non hanno necessariamente natura di 'sanzioni'»⁴¹. Viene,

³⁹ Così PAOLOZZI, *Vademecum*, cit., p. 308, riprendendo le critiche di PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 213.

⁴⁰ Assolutamente espliciti, in proposito, CAPOLINO – COSCIA – GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, cit., p. 1007 secondo i quali «l'autorità giudiziaria irroga nella sentenza una delle due sanzioni interdittive menzionate ma, in effetti, esse sono destinate a non essere mai applicate» (tant'è che «il 'comando' contenuto nella sentenza penale si 'trasforma' in un'indicazione per le autorità di controllo»), p. 1008.

⁴¹ GALLUCCI, *L'esecuzione*, cit., p. 640. Si aggiunga che il divieto di ricorrere alle sanzioni interdittive più gravi *in fase cautelare* può trovare giustificazione nell'«intento di precludere interventi coercitivi altamente invasivi a prescindere da un accertamento di responsabilità» (PRESUTTI, *sub art. 45*, cit., p. 400), anche e soprattutto nella prospettiva della tutela della presunzione di non colpevolezza, intesa come divieto di applicazione anticipata della sanzione; con limitato riferimento al settore dei promotori finanziari, l'intervento giurisdizionale può peraltro essere surrogato da quello dell'autorità amministrativa, la quale può adottare provvedimenti cautelari sospensivi dall'esercizio dell'attività (*ex art. 55 t.u.b.*: v., *supra*, § 2 e note nn. 18-20). Ben diversa è la portata della deroga, qui in esame, nella fase dell'esecuzione penale: la sentenza definitiva di condanna implica l'intangibilità del giudicato e qualunque intervento modificativo del precetto sanzionatorio può essere effettuato

in secondo luogo, sottratta al controllo del giudice la competenza a conoscere dell'esecuzione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato, prevista dall'art. 74 d. lgs. n. 231/2001, in quanto, contro i provvedimenti adottati direttamente dalla Banca d'Italia, dalla Consob o dall'Isvap – o, su sollecitazione di queste ultime, dai Ministri dell'economia o delle attività produttive –, unico ricorso esperibile sarà quello «ordinariamente ammesso per gli atti delle predette autorità»⁴². Da quest'angolatura appare svilita la funzione complessiva delle regole speciali introdotte per le banche, gli intermediari finanziari e le imprese assicurative sottoposte a processo penale; infatti, la proclamata intenzione di apprestare strumenti di salvaguardia finalizzati ad attutire, in settori economici tanto delicati, gli effetti destabilizzanti tipici della sanzione penale, si risolve in una estromissione del controllo del giudice sulla fase esecutiva – e nella correlativa amministrativizzazione della medesima – con conseguente venire meno delle garanzie di terzietà ed imparzialità connesse all'esercizio della giurisdizione penale.

Significativo, d'altro canto, che la dottrina bancaria, nel patrocinare il suddetto «meccanismo di coordinamento» tra autorità giudiziaria e amministrativa, invochi vuoi ragioni di preminenza della legislazione speciale di settore, vuoi la peculiare elasticità applicativa dei provvedimenti amministrativi⁴³, vuoi – infine – la presunta maggiore celerità (ed efficacia) dell'intervento dell'autorità di controllo rispetto a quello del giudice penale⁴⁴. Queste argomentazioni, non liquidabili brandendo l'ascia dei principi cari al penalista, riportano al centro del dibattito il problema della *natura intrinseca* della normativa in oggetto; ed

solo dal giudice competente, nel rispetto delle garanzie giurisdizionali (si pensi, a titolo d'esempio, alle competenze della magistratura di sorveglianza in ordine alle pene detentive, il contenuto sanzionatorio delle quali può essere "flessibilizzato", grazie alle misure alternative alla detenzione, solo nell'ambito del procedimento di sorveglianza, nel rispetto del principio del contraddittorio, davanti ad un giudice terzo e imparziale).

⁴² GALLUCCI, *L'esecuzione*, cit., p. 641.

⁴³ Secondo CAPOLINO – COSCIA – GALANTI, *La crisi delle banche e delle imprese finanziarie*, cit., p. 1007, «sistemi alternativi di coordinamento avrebbero comportato un grave *vulnus* alle regole (si pensi all'adozione del provvedimento tipico della legislazione di settore nella sentenza) o avrebbero rischiato di essere inefficaci in quanto troppo rigidi (come nel caso di un meccanismo di conversione automatica, stabilito dalla legge, fra misura interdittiva e provvedimento)».

⁴⁴ L'art. 97-*bis* t.u.b. «riconosce praticamente [ciò] che l'ordinamento del credito già prevede [in] una serie di provvedimenti di gestione delle situazioni di crisi che si sostituiscono alle misure interdittive previste dal d. lgs. n. 231/2001»; peraltro, le autorità di controllo, «di solito, avranno già adottato un provvedimento di gestione delle crisi o saranno in altro modo intervenute nei confronti della banca ben prima di ricevere dall'autorità giudiziaria la sentenza irrevocabile che applica le sanzioni interdittive e, quindi, potrebbe non esserci più alcun bisogno di ulteriore attività di vigilanza» (*ibidem*, p. 1007-1008, nota n. 336).

il carattere *anfibia* del sistema penale-amministrativo, che si è venuto fin qui delineando, costringe l'interprete a misurarsi con tematiche ed esigenze, peraltro non del tutto inedite, in quanto il sentiero è già tracciato, in parte, da taluni istituti della l. 24 novembre 1981, n. 689 sulla depenalizzazione⁴⁵. Ai fini del dosaggio delle risposte invocate, per un verso, dalle ineludibili esigenze di garanzia tipiche della giurisdizione penale e, per l'altro, dalle istanze di efficienza e tempestività connaturate all'esercizio della vigilanza su attori di primo piano dello scenario economico, non vanno trascurati due ordini di fattori. La constatazione, in prima battuta, che in situazioni di crisi dell'impresa bancaria, finanziaria e assicurativa, non necessariamente ascrivibili a condotte penalmente rilevanti, le *authorities* possono proporre (ai Ministri competenti) o adottare provvedimenti, ben più pesanti ed incisivi di quelli contemplati - in via cautelare e sanzionatoria - per i reati-presupposto del d. lgs. n. 231/2001, avvalendosi di una procedura snella e amorfa⁴⁶. Con specifico riguardo, invece, alle modifiche da apportare al procedimento penale-amministrativo - tratteggiato dalle disposizioni esaminate - non pare procrastinabile un adeguamento della fase esecutiva alle garanzie della giurisdizione, specie laddove il contenuto del titolo esecutivo possa essere sostituito e/o manipolato dall'autorità amministrativa: andranno quindi previsti sia un controllo del giudice sull'esecuzione del provvedimento di condanna, sia idonei mezzi di impugnazione.

⁴⁵ Si pensi, ad esempio, ai provvedimenti di ordinanza-ingiunzione previsti dall'art. 18 e al giudizio di opposizione di cui agli artt. 22, 22-*bis* e 23 della l. n. 689/1981 e successive modifiche.

⁴⁶ Il richiamo, ancora una volta - e a titolo d'esempio -, è all'amministrazione straordinaria, ai provvedimenti straordinari e alla liquidazione coatta amministrativa, previsti dal t.u.b. per le banche, e, in parte, dal t.u.f. per le SIM, SGR e SICAV (cui si aggiungono, per questi intermediari, taluni provvedimenti ingiuntivi e cautelari contemplati sempre dal t.u.f.).