

LA RESPONSABILITA' DA REATO IN CAPO AGLI ISTITUTI BANCARI E DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

A) IL D. Lgs. 231/01 IN BANCA: PREMESSE E CONSIDERAZIONI GENERALI

Il regime di responsabilità delineato in termini generali dal D. Lgs. 231/01 assume, come è ovvio, connotati peculiari e specifici nel momento in cui viene calato in un particolare contesto organizzativo ed operativo, qual è quello in cui si collocano le banche e gli intermediari finanziari. Questa specificità si manifesta sia ex ante in sede di individuazione degli ambiti di responsabilità sia ex post, ovvero allorché si tratta di allestire un presidio organizzativo e normativo idoneo a consentire all'ente di sottrarsi a tale responsabilità.

Sotto il primo profilo è, infatti, evidente che la Banca si trova esposta al rischio di incorrere in detta responsabilità sicuramente in ragione del suo ruolo di intermediaria ma ancor prima e in termini generali quale “società” (il che si riflette, come vedremo in seguito, nella bipartizione dei reati presupposto in generali e peculiari).

Sotto il secondo profilo (predisposizione e adozione di un “modello” di organizzazione e gestione idoneo a prevenire i reati- presupposto), è noto come l'attività della Banca sia necessariamente e da sempre improntata – anche a prescindere dagli adempimenti che scaturiscono dal D. Lgs. 231/01 - al rispetto di precise e dettagliate regole, accompagnate da un parallelo sistema di controlli e finalizzate anche alla prevenzione di condotte illecite.

E' evidente che l'esistenza di tale corposo substrato normativo, contribuendo peraltro alla formazione e alla diffusione di una vera e propria “cultura del controllo”, ha non poco agevolato il processo di adeguamento della banca ai dettami del D. Lgs. 231/01: la banca si è trovata dunque in posizione di vantaggio – almeno sotto il profilo teorico - rispetto ad altre realtà imprenditoriali nel momento in cui si è trattato di adottare *il* modello di organizzazione e gestione contemplato dall'art. 6 del D.Lgs. 231/01.

Recitano al riguardo le Linee Guida ABI:

“... le banche sono così dotate di complessi sistemi di regole interne che assolvono alla funzione di organizzare il sistema dei poteri e delle deleghe; di regolamentare e procedimentalizzare le attività

che si svolgono all'interno della società, di gestire i rapporti tra i vari attori del sistema dei controlli interni; di disciplinare i flussi informativi tra i vari organi/funzioni, ecc.

Tali regole – contenute in ordini di servizio, disposizioni interne, normative aziendali, codici di autodisciplina, codici deontologici, codici disciplinari ecc., già di per sé possono costituire la base precettiva di ciò che è un modello organizzativo secondo il d. lgs. 231/2001.

Se, infatti, per modello organizzativo si intende ... un insieme di regole coerente e funzionale ad un certo scopo, ciò che ciascuna banca dovrà valutare è se l'insieme di regole di cui essa già dispone sia coerente e funzionale (oltre che alle finalità per cui esso è stato creato) anche alla prevenzione dei reati contemplati dal decreto legislativo (ovvero almeno di quei reati che, in base ad una valutazione di rischiosità in concreto, è emerso possano essere commessi da soggetti "collegati" alla banca stessa) e trarne elementi per l'elaborazione del proprio modello organizzativo.

Pertanto l'adozione del modello organizzativo da parte delle banche richiederà una attività tanto meno complessa quanto più adeguato e razionale risulta essere il sistema di controllo e di procedimentalizzazione già presente all'interno della struttura".

Altra peculiarità di rilievo, questa di natura prettamente normativa, è rappresentata dal fatto che, ai sensi dell'art. 97 bis del D.Lgs. 385/93 introdotto dall'art. 4 del D. Lgs. 197/2004, nei confronti delle banche è esclusa l'applicazione in via cautelare della sanzione interdittiva, mentre è prevista la segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

B)IL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E DI GESTIONE IN BANCA

1. Linee Guida ABI (emanazione – aggiornamenti)

Le caratteristiche e le peculiarità operative organizzative e gestionali anzidette sono trasfuse e permeano i contenuti delle Linee Guida ABI: documento questo che rappresenta un fondamentale punto di riferimento per ogni banca sia allorché si accinge ad "elaborare" il proprio MO&G sia nei successivi aggiornamenti dello stesso.

Ciò del resto è perfettamente in linea con quanto previsto dall'art. 6 del D. Lgs. 231/01, che recita "I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati ... sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sull'idoneità dei modelli a prevenire i reati".

In questo contesto si collocano appunto le citate "Linee Guida" elaborate dall'ABI ed emanate prima con circolare n. 16 del 22 maggio 2002 e, quindi, previa approvazione del Ministero della Giustizia, con circolare n. 9/2004.

Le “Linee Guida” sono state poi nel tempo aggiornate in relazione all’ampliamento da parte del legislatore del novero dei reati presupposto e nel contempo arricchite nei contenuti sostanziali recependo le riflessioni via via maturate in ambito associativo anche alla luce dell’esperienza applicativa nel frattempo consolidata nel settore.

In particolare, gli interventi di aggiornamento più significativi sono da ricollegare alle seguenti modifiche legislative:

- introduzione con il D. Lgs. 61/2002 dell’art. 25 ter – reati societari;
- introduzione con L. 7/2003 dell’art. 25 quater (delitti con finalità di terrorismo e di eversione dell’ordine democratico) e con L. 228/2003 dell’art. 25 quinquies (delitti contro la personalità individuale);
- introduzione con L. 62/2005 dell’art. 25 sexies - reati ed illeciti amministrativi di abuso mercato (Linee guida approvate anche da Consob);
- introduzione con L.123/2007 dell’art. 25 septies – omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (così come modificati dalla L. 81/2008);
- introduzione con L. 231/2007 dell’art. 25 octies – reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di beni o utilità di provenienza illecita.

Si è ora in attesa dell’aggiornamento conseguente all’introduzione dei reati informatici di cui all’art. 24 bis (L. 48/2008).

2. IL MO&G secondo le Linee Guida ABI

Abbiamo già precisato che le Linee Guida ABI - così come i singoli modelli organizzativi che alle stesse si ispirano - sono fortemente influenzati e poggiano su un tessuto normativo estremamente articolato qual è quello in cui si collocano il sistema bancario nel suo complesso, la singola azienda di credito e ciascun operatore bancario nello svolgimento della sua attività ordinaria.

Ciò posto, andiamo ad esaminare quali sono i punti fondamentali di attenzione sviluppati dalle linee guida in ordine ai contenuti sostanziali di un MO&G rispondente ai requisiti di legge: tale lettura ci consente peraltro di focalizzare quali sono (o meglio, a distanza ormai di oltre sette anni dall’entrata in vigore del D. Lgs. 231/01, quali sono state) per la maggior parte delle banche le fasi salienti nel complesso iter finalizzato alla costruzione del proprio MO&G:

a) **MAPPATURA DELLE ATTIVITA'** o funzioni aziendali nell'ambito delle quali possono essere commessi i reati-presupposto al fine di commisurare i presidi da adottare all'esistenza del rischio ed alla incidenza del medesimo (in gergo: rilevazione dei processi sensibili).

In concreto, si tratta di analizzare l'operatività aziendale come descritta nella documentazione organizzativa: statuto, organigramma, normativa interna (circolari – ordini di servizio), deliberazioni del c.d.a., sistema delle deleghe ecc.

I processi aziendali così enucleati vengono quindi "incrociati" con le diverse fattispecie di illecito-presupposto contemplate dagli artt. 24 e ss. del D.Lgs. 231/01: i risultati di tale attività vengono espressi e sintetizzati nella cd. Matrice Processi/Reati, che rappresenta, come ovvio, parte integrante del MO&G.

A tal riguardo acquista rilievo la distinzione, cui facevo prima cenno, tra:

- reati generali *"non connessi, se non in virtù di un rapporto occasionale allo svolgimento dell'impresa bancaria e quindi non riconducibili a specifiche aree di attività: in relazione a tali ipotesi si ritengono sufficienti modelli organizzativi generali, che richiamano i principi di correttezza e probità nei comportamenti degli operatori bancari"* (codice etico). Tra i reati generali vengono annoverati la truffa in danno dello Stato o altro Ente Pubblico; la frode informatica e i delitti informatici e trattamento illecito di dati; la concussione e la corruzione; i reati societari; i delitti in materia di sicurezza e salute sul lavoro;
- reati peculiari *"che possono presentare – nell'ambito bancario – rischi di verifica in ragione di specifiche attività della banca: in relazione ad essi si rende necessaria la verifica dei sistemi di controllo relativi alle specifiche aree di rischio al fine del loro adeguamento alle prescrizioni del decreto"*. Tra i reati peculiari in quanto connessi all'attività della Banca vengono annoverati: la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche; la malversazione a danno dello Stato; l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato; la falsità in monete e in valori di bollo; il market abuse; i delitti contro la personalità individuale; delitti con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, i delitti transnazionali; i delitti contro il patrimonio (riciclaggio, ricettazione, impiego di denaro o utilità di provenienza illecita).

Settori a maggior rischio di commissione di reati peculiari sono ravvisabili:

- nella gestione di fondi pubblici, sia sotto forma di erogazione di contributi destinati a pubbliche finalità, sia nello svolgimento di attività in regime di concessione (riscossione tributi), con particolare riguardo all'ipotesi in cui l'operatore agisca quale incaricato di un

pubblico servizio. Un'attenzione particolare deve essere riservata al riguardo alla gestione dei finanziamenti pubblici: le norme poste a presidio tendono a reprimere essenzialmente i fenomeni di indebita captazione e di indebita utilizzazione di finanziamenti pubblici intesi nella più ampia accezione, comprensiva cioè di tutte le erogazioni aventi per oggetto somme di denaro di provenienza pubblica concesse a condizioni più favorevoli di quelle di mercato proprio in vista del fine di pubblica utilità cui sono destinate;

- nell'attività di sportello connessa alla gestione di banconote, monete, valori di bollo): con particolare riguardo ai profili di rischio connessi all'acquisizione e/o alla messa in circolazione di valori contraffatti o alterati ;
- nell'attività di erogazione del credito, con riferimento al rischio connesso al finanziamento di organizzazioni e/o attività illecite e/o aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico.

Rappresentano invece attività in cui si concentra il maggior rischio di verifica di reati generali quelle

- relative ai rapporti con la P.A. (aggiudicazione e gestione di commesse pubbliche; contratti di finanziamento a valere su progetti di rilievo pubblicistico, attribuzioni di sovvenzioni e contributi, rapporti con Bankit – Consob o altre Autorità);
- che ricadono nell'ambito di applicazione delle norme che contemplano i “reati societari”: si tratta di attività che risultano già nel dettaglio disciplinate e normate all'interno della Banca talché si ritiene sufficiente ribadire in termini generali i principi fondamentali cui si deve ispirare il singolo soggetto che, sia pur a diverso titolo, nell'ambito o per conto della banca opera; è evidente come sotto questo profilo acquista particolare rilievo l'operato di soggetti apicali (amministratori, direttori generali ecc): operato che, proprio a ragione del ruolo rivestito dall'agente, è difficilmente imbrigliabile in norme operative di dettaglio;
- relative ai reati in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in relazione ai quali è obbligatoria l'adozione del Modello di cui all'art. 30 del D.Lgs. 81/2008 (destinato a costituire parte integrante del MO&G);
- relative ai reati informatici (materia peraltro già ben presidiata in termini di normativa interna sulla protezione dei dati personali e in generale sulla sicurezza informatica – rif. DPS e architettura organizzativa ivi contemplata).

Ci sono poi alcuni reati che possono configurarsi sia come generali sia come peculiari a seconda che vengano commessi nell'interesse della Banca quale società ovvero quale intermediaria o consulente

o finanziatrice. Rientrano in questo alveo i reati e gli illeciti amministrativi in materia di abusi di mercato (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato). In particolare, l'abuso di informazioni privilegiata può verificarsi sia con riferimento alla banca in quanto emittente di titoli quotati sia nel contesto della prestazione di servizi di investimento (front running – abuso dell'informazione concernente l'ordine del cliente in attesa di esecuzione a vantaggio della stessa banca o di altro cliente) ovvero nella prestazione di servizi accessori (consulenza che consenta di acquisire informazioni poi abusivamente utilizzate) o ancora nell'erogazione del credito. Discorso analogo vale per la manipolazione del mercato sia operativa (compimento di operazioni idonee a fornire al mercato indicazioni fuorvianti) sia informativa (diffusione di notizie false).

Il market abuse peraltro è oggetto di una disciplina normativa primaria e secondaria (regolamenti CONSOB) molto dettagliata e specializzata, caratterizzata da una forte connotazione preventiva, nel contesto della quale si colloca dunque la definizione del MOG.

Altri reati-presupposto che possono configurarsi come “generali” laddove si abbia riguardo all'impresa bancaria come società o per converso come “peculiari” qualora si innestino nel circuito bancario e finanziario che indubbiamente risulta un contesto privilegiato per la loro possibile perpetrazione sono quelli di cui agli artt. 648, 648 bis e 648 ter del c.p.: anche per questi esiste una normativa di dettaglio molto articolata che poggia sul decalogo della Banca d'Italia e sulle disposizioni via via emanate dall'Autorità di Vigilanza (ora UIF).

b) PREVISIONE DI REGOLE DIRETTE A PROGRAMMARE LA FORMAZIONE E L'ATTUAZIONE DELLE DECISIONI DELL'ENTE IN RELAZIONE AI REATI DA PREVENIRE ED INDIVIDUAZIONE DELLE MODALITÀ DI GESTIONE DELLE RISORSE FINANZIARIE IDONEE AD IMPEDIRE LA COMMISSIONE DEI REATI, assicurando:

- verificabilità, documentabilità, coerenza e congruenza di ogni operazione;
- applicazione del principio della separazione delle funzioni per cui nessuno può gestire in autonomia un intero processo;
- documentazione delle decisioni e dei controlli;
- richiamo al rispetto dei principi di correttezza e trasparenza e all'osservanza di leggi e di regolamenti vigenti nell'intraprendere e gestire i rapporti con la P.A.;
- definizione in procedure e pubblicizzazione all'interno dei poteri, delle deleghe e delle responsabilità;

- diffusione dei Modelli e adeguata informazione e formazione del personale che non dovrà poter addurre, a giustificazione del proprio illecito operato, la mancata conoscenza delle norme che disciplinano le diverse attività.

c) AFFIDAMENTO AD UN ORGANISMO, DOTATO DI AUTONOMI POTERI DI INIZIATIVA E DI CONTROLLO, DEL COMPITO DI VIGILARE SUL FUNZIONAMENTO E L'OSSERVANZA DEL MODELLO

(le Linee Guida contemplano le diverse soluzioni ipotizzabili e definisce i requisiti soggettivi degli esponenti poteri – autonomia finanziaria – flussi informativi)

d) INTRODUZIONE DI UN SISTEMA DISCIPLINARE IDONEO A SANZIONARE IL MANCATO RISPETTO DELLE MISURE INDICATE NEI MODELLI

3. IL MO&G DELLA BANCA

Se le Linee Guida enunciano (in termini astratti se pur calati sulla tipica attività bancaria) i principi generali e i passaggi logici ritenuti essenziali ai fini della costruzione di un MOG efficiente, è compito di ciascuna banca declinare tali principi generali in quell'insieme di regole organizzative e di controllo che vanno a costituire il "Modello" adeguato alle specifiche caratteristiche dell'azienda che lo adotta al fine di fare in modo che i reati da cui discende la responsabilità dell'ente non possano essere commessi se non attraverso una elusione fraudolenta delle regole aziendali.

L'adozione e l'aggiornamento del MOG alimentano un processo continuo, in funzione e dell'ampliamento del novero dei reati presupposto da parte del legislatore e dell'inevitabile mutamento dell'operatività/organizzazione aziendale; l'una e l'altra variabile rendono infatti necessaria la rivisitazione della mappatura dei processi con la possibile enucleazione di nuovi settori a "rischio" reato.

Una volta individuati i "processi aziendali" sensibili occorre verificare se i rischi evidenziati sono efficacemente presidiati attraverso un adeguato e completo apparato normativo interno che dovrà disciplinare ciascuna fase del processo in modo che gli operatori a diverso titolo coinvolti conoscano preventivamente le regole di condotta cui dovranno attenersi e in modo tale da assicurare

che la commissione del reato possa avvenire solo a seguito di una elusione fraudolenta di tali regole.

E' infatti importante riflettere sulla circostanza che nessun modello – neppure il più completo, integrato ed efficacemente attuato - è in assoluto idoneo ad escludere il rischio che soggetti (apicali o sottoposti) incorrano nello svolgimento delle loro funzioni in responsabilità penali alle quali in ipotesi sarebbe ricollegabile la responsabilità amministrativa della società.

Ciò che si deve e può pretendere da un Modello organizzativo è invece l'obiettivo di imbrigliare la complessa attività aziendale in un contesto integrato di norme e controlli (questi ultimi stratificati in più livelli) tale per cui un'azione delittuosa possa essere perpetrata solo attraverso una intenzionale o quanto meno colpevole violazione della normativa interna.

Va da sé quindi che l'efficacia del modello poggia:

- sulla completezza e coerenza dell'apparato normativo, che per rappresentare un efficace presidio deve essere completo, organico, non ridondante né fuorviante: sotto questo profilo è appena il caso di sottolineare che il MOG deve essere un documento non sovrapposto ma calato nel corpus normativo su cui si regge l'attività dell'azienda; deve ricondurre ad unità ed organicità le regole già esistenti e quelle che via via si rende necessario emanare ma non restare avulso da esse;

- sulla conoscenza delle norme da parte dei destinatari di esse;
- sulla reazione da parte dell'azienda di fronte a qualsiasi infrazione delle regole di condotta impartite, anche qualora non integri gli estremi di un reato.

Il che pone l'accento su alcuni elementi fondanti su cui si regge la reale efficacia di un MOG pur completo ed aggiornato:

- un accurato programma di informazione e formazione del personale, eventualmente articolato per settori di attività;
- un adeguato sistema di controlli interni (nel cui ambito si colloca senza sovrapporsi la vigilanza dell'ODV);
- un ODV autonomo e dotato di effettivi poteri da esercitare sinergicamente con le diverse funzioni di controllo aziendali;
- un adeguato flusso informativo verso l'ODV;
- un efficace sistema disciplinare;
- una dettagliata e conosciuta procedura di allerta.

Alla luce della modesta esperienza maturata dalla sottoscritta partecipando alle attività propedeutiche e strumentali all'approntamento di un MO&G che, rispettoso delle prescrizioni di legge e dei principi enunciati nelle Linee Guida ABI, fosse calato nella peculiarità e specificità

organizzativa ed operativa della Banca, posso affermare che gli aspetti più delicati da affrontare nel complessivo processo di adeguamento aziendale alle prescrizioni del D. Lgs. 231/01 attengono alla mappatura dei processi sensibili, alla verifica della completezza e coerenza dell'apparato normativo di riferimento, alla formazione di una cultura aziendale che consenta agli operatori che all'interno del MOG debbono muoversi nella loro corrente operatività di percepire l'intero - indubbiamente complesso - apparato non già come un inutile vincolo ma come valore aggiunto per l'azienda e per chi per conto di essa opera.

Il messaggio deve dunque essere chiaro: l'azienda considera un disvalore forte la violazione delle regole di condotta emanate, anche quando in ipotesi tale violazione sia volta o abbia in concreto comportato un vantaggio per l'azienda medesima; di conseguenza, a ciascuna infrazione del MOG deve fare seguito una sanzione disciplinare adeguata alla gravità dell'infrazione medesima, così come è fatto obbligo a tutti coloro che per l'azienda operano di segnalare all'ODV qualunque episodio di violazione del MOG.