ODCEC m@ster

ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
MILANO

FONDAZIONE COMMERCIALISTI ODCEC di MILANO

Odcec M@ster La responsabilità amministrativa degli enti e D.Lgs. 231/2001

LA DEFINIZIONE DELLE ATTIVITÀ COSTITUENTI IL RICICLAGGIO NEL SETTORE BANCARIO E FINANZIARIO: CASI E GIURISPRUDENZA

Avv. Marco A. Morabito

17 novembre 2023

SISTEMI A CONFRONTO

La responsabilità per **ILLECITO DEGLI ENTI** (231/01) e
la NORMATIVA DI **PREVENZIONE DEL RICICLAGGIO** (231/07)
presentano AFFINITA' ma hanno **FINALITA' DIVERSE**:

1. FINALITA' 231/01 :

Evitare che l'ente possa essere strumento per la commissione di determinati reati compresi nel catalogo da parte delle persone fisiche ed evitare che l'ente possa trarre INTERESSE o VANTAGGIO dal reato commesso dagli esponenti aziendali (Apicali: responsabilità dolosa; Subalterni: responsabilità colposa per omesso controllo)

- **L'ENTE è RESPONSABILE per i reati compresi nel catalogo (art. 5):**

2. FINALITA' 231/07 :

Prevenire la possibilità del verificarsi di un reato di riciclaggio da parte della clientela dei soggetti obbligati (intermediari bancari e finanziari, professionisti etc.) attraverso ADEMPIMENTI OBBLIGATORI (presìdi, protocolli, assetti organizzativi) PREVISTI SOLO PER SPECIFICI SOGGETTI OBBLIGATI e volti a prevenire ed evitare il rischio di riciclaggio.

- **N.B. NON E'OBBLIGO DI IMPEDIRE IL RICICLAGGIO**

SISTEMI A CONFRONTO

I DUE SISTEMI HANNO MOLTE AFFINITA':

1. COMPLIANCE PROGRAMS d.lgs. 231/01 :

l'adozione e attuazione, ***prima*** **della commissione del reato, di M.O.G. IDONEI a prevenire reati della stessa specie di quelli verificatisi HA EFFETTO LIBERATORIO PER L'ENTE (art. 6)**

sono speculari ai

2. SISTEMI PREVENTIVI ANTIRICICLAGGIO 231/07 :

basati sul rischio (*risk based approach*) che è il criterio sia di comportamento per i soggetti obbligati sia di controllo per le autorità di controllo

attraverso ADEMPIMENTI di ADEGUATA VERIFICA, CONSERVAZIONE E SEGNALAZIONE

D.LGS. 231/2007 OBBLIGHI ANTIRICICLAGGIO

Ai sensi del D.Lgs. 231/2007 costituiscono OBBLIGHI antiriciclaggio per gli intermediari bancari e finanziari:

1. Obblighi di **ADEGUATA VERIFICA**
2. Obblighi di **S.O.S.**
3. Obblighi di **CONSERVAZIONE**
4. Obblighi di **INFORMAZIONE**

D.LGS. 231/2001 ONERI PER GLI ENTI

Ai sensi del D.Lgs. 231/2001 costituiscono ONERI e *non obblighi* per l'ENTE con effetti liberatori da responsabilità (art. 6)

1. Dimostrare l'adozione e attuazione, ***prima*** **della commissione del reato, di M.O.G. idonei a prevenire reati della stessa specie di quelli verificatisi**

2. Dimostrare che il compito di **vigilare** sul **funzionamento e l'osservanza dei modelli** e di curarne l'**aggiornamento** è stato affidato ad un **organismo interno:** l'O.D.V.

RESPONSABILITÀ ENTE PER I REATI DI RICICLAGGIO:
Direttiva UE 1673/2018 Lotta a riciclaggio mediante diritto penale

prevista per tutti gli Stati dall'art. 7 Dir.

Gli **ENTI** sono **RESPONSABILI** per i reati di **RICICLAGGIO CONSAPEVOLE E AUTORICICLAGGIO** ex art. 3 co. 1 e 5 commessi a loro vantaggio da persone fisiche con **posizione dirigenziale e poteri di rappresentanza, decisori o di controllo.**

- Possibile responsabilità delle persone giuridiche **anche per mancato controllo, se a loro vantaggio.**
- Possibile processo penale anche per le persone fisiche in caso di **consapevolezza**

Art. 8 Dir.

Obbligo di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

Solo **facoltà di sanzioni addizionali** (pecuniarie, interdittive etc.) e **facoltative** quanto alla loro applicazione interna.

- **L'Italia è già *compliant*: art. 25 octies d.lgs 231/01: i reati di riciclaggio (648bis, 648ter, 648ter n. 1, 648 c.p.) sono nel catalogo degli illeciti da responsabilità 231/01.**

NOVITÀ NEL CODICE PENALE: nuovi art. 648bis e 648ter n. 1 c.p.

Con il D.Lgs. di attuazione DIR. UE 1673/2018 (approvato il 04.11.2021):

1. Rientrano ora tra i reati presupposto del riciclaggio:

- anche i delitti COLPOSI;
- anche le CONTRAVVENZIONI.

2. Eliminazione dei limiti procedurali per la punibilità del delitto di riciclaggio commesso all'estero dal cittadino.

NON è più necessaria la RICHIESTA del ministro della giustizia (nuovo art. 9 c.p.)

AMPLIAMENTO DELLA SFERA DEL REATO PRESUPPOSTO DEI DELITTI DI RICICLAGGIO

***Ante* riforma 2021**

RICETTAZIONE	REIMPIEGO	RICICLAGGIO	AUTORICICLAGGIO
delitto	delitto	delitto non colposo	delitto non colposo

***Post* riforma 2021**

+	+	+	+
CONTRAVVENZIONI	CONTRAVVENZIONI	CONTRAVVENZIONI E DELITTI COLPOSI	CONTRAVVENZIONI E DELITTI COLPOSI

N.B. sempre IRRETROATTIVITÀ LEGGE PENALE ex art. 2 cod. pen. e 25 Cost.

Cass. SS.UU., 24 aprile 2014, n. 38343 –Thyssenkrupp:

RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI DERIVANTE DA
REATI COLPOSI DI EVENTO:

i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 all'"*interesse o al vantaggio*", devono essere riferiti ALLA CONDOTTA E NON ALL'EVENTO (es.: *risparmio di spesa per prevenzione infortuni*)

COLPA DI ORGANIZZAZIONE:

in senso normativo, è fondata sul rimprovero derivante DALL'INOTTEMPERANZA DA PARTE DELL'ENTE DELL'OBBLIGO DI ADOTTARE LE *CAUTELE*, ORGANIZZATIVE E GESTIONALI, NECESSARIE A PREVENIRE la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un DOCUMENTO che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli.

ULTERIORE RESPONSABILITÀ SOLIDALE DELL'ENTE
ex L. 689/1981 (sanzioni amministrative)

Art. 6 co. 3 e 4 L. 689/1981 – SOLIDARIETÀ

3. *Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la* ***persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta.***

4. *Nei casi previsti dai commi precedenti chi ha pagato ha* ***diritto di regresso*** *per l'intero nei confronti dell'autore della violazione.*

RESPONSABILITÀ AUTONOMA DELL'ENTE (art. 8 231/01)

LA **RESPONSABILITÀ** dell'**ENTE** è CONCORRENTE E *NON* SOLIDALE rispetto alla responsabilità dell'AUTORE PERSONA FISICA.

L'**ENTE** è RESPONSABILE:

- per **fatto proprio** e non per fatto altrui o concorso nel reato;
- **anche** quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile o il reato è estinto per causa diversa dall'amnistia (es. per prescrizione);
- **anche** se l'autore è assolto o prosciolto nel merito: è, infatti, necessario che venga compiuto un reato da parte del soggetto riconducibile all'ente ma non anche che tale reato venga accertato con individuazione e condanna del responsabile.

Non vi è ***BIS IN IDEM***: i **soggetti** (persona fisica ed ente) sono **DIVERSI**.

NB. per la giurisprudenza di legittimità **NON** è **consentita la costituzione di parte civile** nei confronti dell'ente: non è ipotizzabile un danno come conseguenza immediata e diretta dell'illecito derivante da responsabilità amministrativa. Ove sia ipotizzabile un illecito civile, il giudice naturale sarà quello civile.

DISCIPLINA APPLICABILE

Il procedimento penale dell'ente è regolato dalle norme processuali del D.Lgs. 231/2001 e, in quanto applicabili, da quelle del c.p.p. (art. 34).

COMPETENZA

La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi degli enti appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli illeciti dipendono (art. 36).
Il procedimento per l'accertamento dell'illecito è, salvo eccezioni, riunito a quello per i reati da cui dipende (art. 38).

L'**ENTE**:

- è **imputato** dell'**illecito amministrativo** derivante dal reato commesso dal vertice o dal subordinato nel **suo interesse o a suo vantaggio** (art. 35);

- è rappresentato nel processo dal legale rappresentante, salvo che sia imputato del reato presupposto (art. 39);

- **può** essere **anche**:

a. responsabile civile;
b. civilmente obbligato per la pena pecuniaria;
c. soggetto tenuto alle condotte riparatorie del reato;
d. testimone.

IL PROBLEMA DELLA VALIDAZIONE GIUDIZIALE DEL M.O.G.

ASPETTO PIÙ CRITICO NORMATIVA RESPONSABILITÀ ENTI 231/2001:
LA VALIDAZIONE GIUDIZIALE DEL MODELLO.

- art. 6, co. 2 non dà indicazioni concrete in merito ai contenuti del modello;
- la valutazione di idoneità è rimessa integralmente alla discrezionalità del giudice e alla sua conoscenza dei meccanismi aziendali ed economici
- La giurisprudenza non dà certezze: vicenda Impregilo, iniziata nel 2010. La Corte d'Appello di Milano anche nel processo bis (del 2014) ha assolto la società mentre la Cassazione aveva annullato con rinvio le pronunce di merito, ritenendo necessario un percorso argomentativo più rigoroso per poter ammettere l'idoneità del modello in chiave esimente.

LE LINEE GUIDA DI CATEGORIA rivestono l'importante ruolo di NORMAZIONE DI SECONDO LIVELLO andando a integrare e concretizzare ciò che il legislatore nella maggior parte dei casi non precisa, ossia quali dovrebbero essere gli elementi costitutivi di un modello realmente efficace ed effettivo.
Le Linee guida, sin dalla loro emanazione e poi con i loro aggiornamenti, hanno avuto un ruolo propulsivo, hanno consentito l'emersione di *best practices* e hanno evidenziato in modo inequivoco come non possa valere un approccio one-size-fits (Severino)

Le linee Guida delle associazioni di categoria – al pari dell'eventuale vaglio del Ministero della giustizia – tuttavia **NON costituiscono un vincolo per il Giudice**.

NORMAZIONE DI SECONDO LIVELLO:
1) *DISPOSIZIONI BANKITALIA IN MATERIA DI ORGANIZZAZIONE*

Provvedimento di Banca d'Italia del 26 marzo 2019 modificato il 1 agosto 2023 «Disposizioni in materia di ORGANIZZAZIONE, PROCEDURE E CONTROLLI INTERNI volti a prevenire l'utilizzo degli intermediaria fini di riciclaggio e finanziamento del terrorismo».

L'autorità di vigilanza italiana:

- elabora POLICY e metodologie per la valutazione e l'analisi del rischio di riciclaggio

- indica i **presìdi organizzativi MINIMI** che L'ASSETTO ORGANIZZATIVO DELL'ENTE intermediario bancario o finanziario deve prevedere per essere ritenuto **ADEGUATO**

NORMAZIONE DI SECONDO LIVELLO:
2) *GLI INDICATORI DI ANOMALIA*

I NUOVI INDICATORI DI ANOMALIA DELLE OPERAZIONI SOSPETTE

Provvedimento UIF del 12 maggio 2023

predisposti in collaborazione con la GdF, DIA, Autorità di vigilanza di settore e le principali associazioni rappresentative dei soggetti obbligati.

- PREVISTI 34 INDICATORI DI ANOMALIA in relazione a:

A) Profili che attengono al *comportamento* o alle *caratteristiche qualificanti del soggetto* cui è riferita l'operatività

B) Caratteristiche e configurazione dell'*operatività*, anche in relazione a *specifici settori* di attività

C) Operatività che potrebbe essere connessa al finanziamento del *terrorismo* e a programmi di proliferazione di armi di distruzione di massa

PROBLEMA:
OMETTERE ADEMPIMENTI ANTIRICICLAGGIO PUO' COMPORTARE ANCHE LA RESPONSABILITA' DELL'ENTE PER I REATI DI RICICLAGGIO COMMESSI DALL'ESPONENTE AZIENDALE?

OMISSIONE ADEMPIMENTI ANTIRICICLAGGIO:

- ✓ **OMESSA SOS → SANZIONI AMMINISTRATIVE art. 58 d.lgs. 231/07**
  - **«*SALVO CHE IL FATTO COSTITUISCA REATO*»**

  ossia non sia strumentale ad una attività di riciclaggio.

- ✓ **VIOLAZIONE DIVIETO COMUNICAZIONE art. 39**

  →SANZIONI AMMINISTRATIVE art. 55 co. 4 d.lg. 231/07
  - **«*SALVO CHE IL FATTO COSTITUISCA PIU' GRAVE REATO*»**

↓

CODICE PENALE

CASI CONCRETI OMISSIONE ADEMPIMENTI AML:
CONCORSO NEL REATO DI RICICLAGGIO

IMPUTATI:

1. **RAPPRESENTANTE LEGALE E PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI UNA SIM S.P.A.**
2. **DIPENDENTE DELLA SIM S.P.A.**

} **aggravante aver commesso il fatto nell'esercizio di attività professionale**

3. **SOGGETTO TERZO "INVESTITORE» LEGALE RAPPRESENTANTE DI UNA S.P.A.**

+ art. 131*ter* T.U.B.

IMPUTAZIONE:

- **ART. 55, co 2 D.Lgs. 231/2007** **per OMESSA INDICAZIONE DELLE GENERALITÀ DEL TITOLARE EFFETTIVO per conto del quale sono stati eseguiti gli investimenti relativamente alla posizione aperta dal terzo.**
- **ARTT. 110 e 648bis c.p.** **in quanto contravvenendo – i primi due – agli obblighi di identificazione clientela e omettendo di registrare le operazione e – il terzo – mettendo a disposizione la s.p.a. RICEVEVANO SULLA POSIZIONE APERTA DI QUEST'ULTIMA DENARO PROVENIENTE DALLA COMMISSIONE DI DELITTI NON COLPOSI (associazione a delinquere finalizzata alla frode fiscale ed al riciclaggio di rifiuti) ed eseguivano in relazione ad esso operazioni tali da ostacolarne l'identificazione della provenienza delittuosa, investendolo e poi restituendo la somma ripulita.**

IL CONTRIBUTO DELL'EXTRANEUS ALLA CONDOTTA DI AUTORICICLAGGIO: GIURISPRUDENZA

Corte Cass., sent. n. 17235/2018

La Cassazione ha ritenuto che il soggetto il quale, non avendo concorso nel reato presupposto – cd. *extraneus* – , ponga in essere la condotta tipica di autoriciclaggio o, comunque, dia un contributo alla realizzazione da parte dell'*intraneus* delle condotte tipizzate dall'art. 648ter.1 c.p. debba RISPONDERE DI RICICLAGGIO e non già di concorso nell'autoriciclaggio

Ancora, è affermato che l'art. 648ter.1 prevede e punisce solo le condotte poste in essere dal soggetto che abbia commesso o concorso alla realizzazione del reato presupposto. La *ratio* della previsione di un trattamento sanzionatorio più mite si giustifica per la posizione peculiare dell'*intraneus*, responsabile sia del reato presupposto che di quello di autoriciclaggio, dall'altro, non vi sarebbe giustificazione perché possa trarne beneficio anche l'*extraneus* la cui posizione deve essere ricondotta alla fattispecie di cui all'art. 648*bis* c.p.

Orientamento consolidato in giurisprudenza, v. anche:

- **Corte Cass. penale sez. VI - 07/06/2018, n. 3608;**
- **Corte Cass. penale sez. II - 22/12/2020, n. 16519.**

CONSEGUENZE PER L'*EXTRANEUS*

L'affermazione della responsabilità penale per il reato di RICICLAGGIO anziché per il delitto di autoriciclaggio per l'*extraneus*
COMPORTA:

UN TRATTAMENTO SANZIONATORIO PIU' GRAVE

PENA DETENTIVA PER L'*EXTRANEUS* :art. 648*bis* c.p.:

- **da QUATTRO a DODICI anni;**

***(mentre per INTRANEUS* : art. 648*ter*.1 c.p.**

- **da DUE a OTTO anni)**

LA NON APPLICABILITÀ DELLA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ EX ART. 648-*ter*.1 C.P.

***EXTRANEUS* :art. 648*bis* c.p.:**

- **NON APPLICABILE**

***(mentre per INTRANEUS* SI APPLICA art. 648*ter*.1 c.p.:**

non punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o godimento personale)

LA CONOSCENZA DEL REATO PRESUPPOSTO

IN OGNI CASO :

Ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato di RICICLAGGIO di cui all'art. 648*bis* c.p. è sufficiente il dolo generico, MA è NECESSARIA LA CONSAPEVOLEZZA CONCRETA DELLA PROVENIENZA DELLA COSA DA DELITTO (Corte Cass., sez. II, sent. n. 546/2011).

PERTANTO :

In caso di <u>MANCANZA della consapevolezza</u> concreta della provenienza delittuosa del denaro NON può ritenersi integrato il dolo richiesto dalla fattispecie normativa.
(la COLPA, anche con previsione, è incompatibile con il reato di riciclaggio).

LA DILIGENZA IN CONCRETO: *come comportarsi*

IN OGNI CASO DI SOSPETTO

Acquisire e conservare TRACCIA dei singoli casi in cui la procedura è stata applicata, in modo da poter dimostrare che il sospetto è stato analizzato e valutato concretamente (es. report, scambio di email, pareri scritti).

Approfondire la CONOSCENZA DEL CLIENTE E DELLE OPERAZIONI che costui intende porre in essere, richiedendo ulteriori informazioni e chiarimenti in caso di sospetto e valutando la reazione del cliente di fronte ad indagini più penetranti.

LA DILIGENZA IN CONCRETO

IN CASO DI CONTROLLI E ISPEZIONI

L'OBBLIGATO che abbia escluso IN BUONA FEDE l'esistenza di un SOSPETTO, in base ad una valutazione concreta, logica e documentata, potrà efficacemente difendersi in caso di contestazione, ANCHE SE l'OPERAZIONE si rivela poi come ILLECITA **(parere n. 97/2005 Comitato Antiriciclaggio del MEF)**

LA DILIGENZA IN CONCRETO: *conclusioni*

- GLI OBBLIGATI **NON SONO GARANTI** del non verificarsi di un evento di riciclaggio perché non sono dotati di mezzi e poteri impeditivi.

- PERO' DEVONO RISPETTARE GLI ADEMPIMENTI ANTIRICICLAGGIO PREVISTI DALLA LEGGE, a pena di sanzioni penali e amministrative

- SALVA la possibile punibilità per le condotte agevolatrici a titolo di FAVOREGGIAMENTO PERSONALE O REALE (art. 378 e 379 c.p.) o TRASFERIMENTO FRAUDOLENTO DI VALORI (art. 512 bis c.p.)

MA QUANDO È POSSIBILE DIMOSTRARE (anche con indizi):

- la MALA FEDE nell'omissione degli obblighi antiriciclaggio, in presenza di SPECIFICI SEGNALI D'ALLARME;
- La CONOSCENZA DELLA PROVENIENZA ILLECITA del bene,

↓

L'OBBLIGATO PUO' RISPONDERE DI CONCORSO NEL RICICLAGGIO O NELL' AUTORICICLAGGIO commesso dal CLIENTE E COSI' L'ENTE DEL QUALE SIA ESPONENTE

RISPETTO DEI RUOLI

L'O.D.V.

- **NON HA OBBLIGHI FORMALI DI IMPEDIMENTO** DEI REATI INDICATI NEL CATALOGO DEL D.LGS. 231/2001 – né tantomeno dei reati di ricettazione, reimpiego, riciclaggio e autoriciclaggio di cui al D.Lgs. 231/2007

DIVERSAMENTE DA

- **AMMINISTRATORI** Ex art. 2381 e 2932 c.c.
- **SINDACI** ex art. 2403 e 2407 c.c. (discutibile per i revisori legali ex D.Lgs. n. 39/2010).

- **NON HA POTERI GESTORI O DECISORI IMPEDITIVI**
- ha **SOLO POTERI DI CONTROLLO SUL MODELLO E DI COMUNICAZIONE AD ALTRI SOGGETTI** (vertici o amministratori)

↓

aventi poteri gestori e decisori

segue

RISPETTO DEI RUOLI: cosa fare

Rischio di confusione dei ruoli degli organi di controllo:
l'O.D.V. è controllore di II° livello = cautele frappositive e non impeditive (Piergallini)

Nei casi di anomalie, verifiche ispettive o apertura di indagini penali, l'O.D.V. deve attivarsi con **verifiche formali**, anche con l'aiuto dell'area legale, per:

1. Verificare ex post lacune nel sistema organizzativo, specie per i processi di verifica e controllo;
2. Evidenziare eventuali violazioni o elusioni delle procedure e del modello;
3. Proporre miglioramenti del modello e dei processi;
4. Monitorare tutti i processi interessati per il recepimento dei suggerimenti dati ed il rafforzamento dei presidi.

GRAZIE PER L'ATTENZIONE!

AVV. MARCO A. MORABITO

VIA DELLA MOSCOVA, 40/7
20121 - MILANO

Tel. 02.49481507 – marco.morabito@lexiura.it
www.lexiura.it