

Le indicazioni del quaderno n. 97 di BankItalia sulle norme sulla responsabilità da reato

Banche, compliance integrata

Alle regole di vigilanza del settore serve affiancare il Mog

Pagina a cura

DI STEFANO LOCONTE E
GIULIA MARIA MENTASTI

La soluzione è una compliance integrata: è quanto emerge dal quaderno n. 97 di Banca d'Italia "Regole di settore, compliance e responsabilità da reato", che riporta i risultati delle analisi empiriche e degli approfondimenti teorici condotti sull'applicazione nel settore bancario delle norme sulla responsabilità da reato degli enti di cui al dlgs 231/2001. In particolare, il documento, dopo aver evidenziato l'assenza di un raccordo dei presidi 231 con le regole sui controlli societari dettate dal codice civile e dal dlgs 58/1998 (Tuf) per le società quotate, e pur evidenziandone la comune finalità, ovvero il rispetto della legalità, suggerisce prudentemente alle società bancarie di perseguire comunque il rispetto di entrambi i sistemi normativi e di dotarsi del Mog, ossia il Modello di organizzazione e gestione. Il documento riflette anche sui vantaggi, e al contempo criticità, correlate allo svolgimento della funzione di OdV (organismi di vigilanza) da parte dell'organo di controllo, quale il collegio sindacale.

La disciplina 231 nel sistema bancario. Il documento osserva come nel settore bancario la disciplina dettata dal dlgs 231/2001 si innesta su un tessuto normativo già permeato di presidi, procedure e sistemi di controllo volti ad assicurare il consapevole governo di tutti i rischi cui gli intermediari sono esposti. L'applicazione della disciplina di cui al dlgs 231/2001 a sua volta rappresenta l'occasione per un rafforzamento dell'organizzazione aziendale e dei controlli interni, mediante l'adozione dei modelli di organizzazione e di gestione e l'istituzione dell'organismo di vigilanza previsti dall'art. 6 dlgs 231. Nel settore bancario si perviene così, per sommatoria sia dei presidi volti alla prevenzione degli illeciti, sia delle strutture tenute a garantire la conformità alle norme, a un sistema di gestione della compliance indubbiamente rafforzato, ma al tempo stesso composito, complesso, costituito da una sovrabbondanza di organi competenti a vario titolo in tema di controlli sulla correttezza dell'amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, con i correlati rischi di sovrapposizioni e inefficienze: un sistema

che, nelle diverse prassi degli enti creditizi, è poi destinato a essere variamente declinato e articolato, dovendosi caso per caso scegliere come regolare la coesistenza dei meccanismi previsti dal dlgs n. 231 con la fitta rete di regole che già insistono sugli assetti organizzativi e di governo delle banche per ragioni di vigilanza.

La necessità di una visione integrata. Come evidenzia lo studio, le diverse declinazioni dei compiti di controllo osservabili nelle due discipline si focalizzano su aspetti specifici, ma riconducibili tuttavia a una matrice comune (nel sistema normativo del dlgs 231: il monitoraggio del rischio di commissione di reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente, che sua volta si iscrive nel più generale controllo di legalità). Ne consegue, per un verso, che i diversi compiti non necessariamente debbono essere attribuiti a organi distinti (rendendo inutilmente più complessa la struttura organizzativa dell'ente), ma anche, per altro verso, che il loro svolgimento sembra richiedere una visione integrata, in grado di comprendere tutte le diverse e specifiche finalità alle quali tali compiti rispettivamente rispondono. Sarà poi ciascuna banca a dover in concreto applicare e coordinare i diversi insiemi di regole, anche tenendo conto, in ossequio a criteri di proporzionalità, di fattori come la dimensione dell'ente, la rischiosità delle attività di intermediazione, le caratteristiche del territorio di insediamento.

Mog come obbligo. La predisposizione di un Mog è configurata dall'art. 6 dlgs 231/2001 come un onere, ma può anche essere considerata alla stregua di un obbligo, laddove il rischio della commissione di reati rilevanti ai sensi del decreto legislativo non sia insignificante: la mancanza di un Mog può, infatti, in tal caso essere valutata come un inadempimento all'obbligo degli amministratori di dotare la società di adeguati assetti organizzativi (ex art. 2381 c.c.) e più in generale al dovere di ogni imprenditore in forma collettiva o societaria di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche, ma non solo, in funzione della rilevazione tempestiva della crisi (art. 2086, c. 2, c.c.). Il dovere di dotarsi di adeguati assetti organizzativi svolge infatti un generale ruolo di prevenzione in relazione ai molteplici possibili rischi derivanti dal mancato rispetto delle regole (dall'esposizione a misure sanzionatorie e di vigilanza da parte delle autorità di settore alla configurabilità di una responsabilità da reato).

L'approccio prudenziale. Il dlgs 231/2001, nell'introdurre nell'organizzazione societaria una disciplina a fini di prevenzione della responsabilità da reato degli enti, non ha previsto alcun raccordo con le regole sui controlli societari dettate dal c.c. e dal Tuf per le società quotate. In una prospettiva sostanzialistica, propone lo

studio, si potrebbero valorizzare le coincidenze (se non le sovrapposizioni) di finalità e di strumenti, riconoscendo anche alle banche italiane la possibilità di affermare l'adeguatezza del proprio sistema di prevenzione del rischio da reato dimostrando l'equivalenza dei sistemi di compliance e dei controlli interni agli strumenti offerti dal dlgs 231. Va peraltro considerato che parte della giurisprudenza, nell'esprimersi sul rapporto tra le due discipline, ritiene che l'adozione di modelli adeguati a prevenire la commissione di reati non può dirsi soddisfatta in base alla sola circostanza che la banca è soggetta a una regolamentazione di settore, trattandosi di normative con ambiti e finalità differenti; tale orientamento, in mancanza di un chiarimento normativo sul punto, conclude lo studio, induce prudentemente a perseguire comunque il rispetto di entrambi i sistemi normativi.

La composizione dell'OdV. La ricerca ha anche preso in esame alcuni snodi problematici derivanti dalla convivenza della disciplina 231 con le regole di vigilanza per il settore bancario. Nonostante le richiamate affinità e sinergie tra i due plessi normativi, non mancano infatti taluni punti di frizione. Specificamente, un aspetto peculiare è rinvenibile nella previsione, all'interno delle disposizioni di vigilanza (circolare di Banca d'Italia 285/2013), secondo cui è l'organo societario di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza o comitato

per il controllo sulla gestione) a svolgere, "di norma", le funzioni di OdV, dovendo la banca espressamente motivare l'eventuale diversa scelta organizzativa; diversamente, il dlgs 231/2001 prevede l'attribuzione del ruolo di OdV all'organo di controllo solo come una mera possibilità, non considerata con particolare favore. Il quaderno osserva che l'indicazione offerta dalle disposizioni di vigilanza tiene evidentemente conto della particolare attenzione che all'organo che esercita funzioni di controllo dedica la disciplina di settore, a cominciare dall'art. 52 dlgs 385/1993 (Tub), laddove prevede che esso sia tenuto a informare "senza indugio la Banca d'Italia di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano co-

Nonostante le affinità e sinergie tra norme di settore e 231, non mancano punti di frizione. In particolare sull'attribuzione del ruolo di OdV all'organo di controllo

stituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria" e dispone che, a tali fini, lo statuto della banca assegni sempre all'organo tutti i necessari compiti e poteri, indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo adottato. Tuttavia, prosegue lo studio, un elemento di debolezza in questa scelta, che evidenzia i possibili effetti della sovrapposizione tra le due discipline, può sussistere laddove i reati presupposto (si pensi ai reati societari) coinvolgono membri dello stesso organo di controllo. In relazione a tali reati, si potrebbe così verificare una coincidenza tra "controllore" e "controllato" che inficia in radice l'indipendenza di cui l'OdV deve godere. In ogni caso, i dati rivelano che gli enti creditizi hanno frequentemente adottato nella prassi anche soluzioni diverse, ritenendo preferibile attribuire le funzioni di OdV a un organismo ad hoc o a una funzione aziendale, quale la funzione di revisione interna (internal audit) o la funzione di conformità alle norme (compliance).