

Ultime novità in materia di responsabilità da reato degli enti
di Riccardo Borsari e Francesco Falavigna

Nei giorni scorsi, la disciplina della responsabilità da reato degli enti del d.lgs. 231/2001 è stata interessata da due importanti interventi di riforma attuativi di altrettante direttive europee: si tratta, in particolare, del d.lgs. 184/2021 (“Attuazione della direttiva (UE) 2019/713 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativa alla lotta contro le frodi e falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio”), da un lato, e del d.lgs. 195/2021 (“Attuazione della direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante diritto penale”), dall’altro.

Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 184, entrato in vigore il 14 dicembre 2021, recepisce nel nostro ordinamento l’intento del legislatore europeo di intensificare la lotta alle frodi e alle falsificazioni che abbiano ad oggetto mezzi di pagamento diversi dal contante, sul presupposto che il processo di dematerializzazione dei pagamenti comporti la necessità di individuare nuovi strumenti a tutela della sicurezza degli scambi economici.

Il decreto, anzitutto, è intervenuto su due fattispecie già presenti nel codice penale (artt. 493 *ter* e 640 *ter*) e ne ha introdotta una nuova (art. 493 *quater*).

Quanto all’art. 493 *ter* (la cui nuova rubrica è “Indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti”), è stato di molto ampliato l’oggetto della condotta di utilizzo indebito, falsificazione e alterazione, che oggi non comprende più solo “carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi strumento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all’acquisto di beni o alla prestazione di servizi”, bensì “ogni altro strumento di pagamento diverso dai contanti”.

Il d.lgs. 184/2021 ha poi introdotto una nuova aggravante del reato di cui all’art. 640 *ter* (“Frode informatica”) – che punisce l’alterazione del funzionamento di un sistema informatico o telematico

o l'intervento indebito su dati, informazioni, programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti ottenendo un profitto ingiusto con altrui danno –, qualora tali condotte producano un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale.

Infine, la nuova fattispecie delittuosa dell'art. 493 *quater* (rubricato “Detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti”) mira a colpire quanti siano coinvolti a vario titolo (produzione, importazione, esportazione, vendita, trasporto, distribuzione, messa a disposizione, ottenimento in qualsiasi modo) nella detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi, programmi informatici costruiti o adattati per commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti (sempre che sia accertato il fine di utilizzo, proprio o di terzi).

Il decreto ha quindi inserito tutte le fattispecie sinora considerate nel catalogo dei reati presupposto contemplato dal d.lgs. 231/2001: il nuovo articolo 25 *octies*.1. sancisce infatti la responsabilità dell'ente in relazione ai reati di cui agli artt. 493 *ter* (sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote) e 493 *quater*, nonché 640 *ter* nella nuova ipotesi aggravata (sanzione pecuniaria fino a 500 quote). Inoltre, al co. 2 è prevista la responsabilità dell'ente in relazione alla commissione di delitti contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offendano il patrimonio, previsti dal codice penale, quando abbiano ad oggetto strumenti di pagamento diversi dai contanti (con un trattamento sanzionatorio differenziato a seconda della gravità del reato presupposto, individuata in relazione agli anni di reclusione previsti per l'autore persona fisica). Tanto per le ipotesi previste al co. 1 quanto per quelle previste al co. 2, è contemplata l'applicazione delle sanzioni interdittive *ex art. 9 co. 2 d.lgs. 231/2001*.

Lo stesso giorno è stato approvato pure il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195 in attuazione (con più di un anno di ritardo rispetto al termine previsto) della direttiva UE in materia di lotta al riciclaggio, che detta agli Stati membri requisiti minimi per la configurazione dei reati di riciclaggio e per le relative sanzioni.

Pur interessando esclusivamente il codice penale, le modifiche introdotte determinano una vera e propria rivoluzione nel sistema di responsabilità da reato degli enti. Oltre ad un ampliamento della giurisdizione italiana – rispetto a reati commessi all'estero da cittadini italiani – anche ai fatti *ex art. 648*, “Ricettazione” e *art. 648 ter.1.*, “Autoriciclaggio” (prima era prevista, tra gli altri, solo per i reati *ex art. 648 bis*, “Riciclaggio” e *art. 648 ter.*, “Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita”), la novità più significativa riguarda il considerevole ampliamento dei reati presupposto di

tali delitti: dal 15 dicembre 2021, infatti, il denaro, i beni o le utilità oggetto delle condotte costitutive dei reati *ex artt. 648, 648 bis, 648 ter, 648 ter.1.*, potranno provenire sia da delitti colposi (in precedenza rilevanti soltanto per i reati *ex artt. 648 e 648 ter*), sia da contravvenzioni punite con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi.

Le modifiche sinora riassunte avranno un evidente impatto sui modelli di organizzazione, gestione e controllo previsti dal d.lgs. 231/2001.

Quanto ai nuovi reati presupposto introdotti con il d.lgs. 184/2021, sarà necessario procedere *ex novo* con la mappatura delle aree a rischio nella concreta realtà di impresa e individuare i principi e le procedure specifiche idonee ad impedire la commissione dei reati introdotti con l'art. 25 *octies.1*, anche mediante il potenziamento o l'estensione delle misure preventive già adottate in relazione ad altri reati presupposto.

In particolare, per il reato di nuovo conio previsto all'art. 493 *quater* dovranno essere tenute in considerazione, ad esempio, le aree e le attività che coinvolgono la fase di approvvigionamento di beni e servizi (area acquisti, area amministrativa, *etc.*) e quella di produzione e vendita di beni e servizi; pertanto, sarà importante compiere una procedimentalizzazione dell'attività in ottica di trasparenza e di separazione delle funzioni in modo tale da prevenire eventuali condotte finalizzate all'ottenimento, cessione e produzione – da parte di soggetti riconducibili all'ente – dei mezzi strumentali alla commissione dei reati concernenti strumenti di pagamento diversi dai contanti. Le misure per i reati di cui agli artt. 493 *ter* e 640 *ter* si concentreranno invece, verosimilmente, nei processi relativi alla gestione delle risorse finanziarie ed è pertanto alle relative attività (ad esempio, ai pagamenti nei confronti dei fornitori) che si dovrà prestare maggiore attenzione nell'aggiornamento dei modelli di organizzazione e gestione.

Per quanto poi concerne le modifiche intervenute in forza del d.lgs. 195/2021, si tratterà di testare la tenuta dei modelli già esistenti in relazione all'estensione del perimetro dei reati presupposto dei delitti di ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e autoriciclaggio, in quanto anche i proventi di delitti colposi e contravvenzioni punite con la pena dell'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi possono oggi essere oggetto dei reati di cui agli artt. 648 e seguenti.

È bene tuttavia distinguere tra situazioni ove i reati da cui deriva il provento siano commessi internamente o esternamente all'ente e, quindi, se la relativa provvista sia interna o esterna all'ente stesso.

Nel primo caso, infatti, è necessario che l'attività di mappatura del rischio-reato e successiva procedimentalizzazione si estenda ai delitti colposi e reati contravvenzionali che oggi assumono rilevanza quale presupposto dei delitti di cui agli artt. 648 ss., proprio perché diviene sanzionabile il reimpiego dei relativi proventi a prescindere che si tratti di reati inseriti nel catalogo del d.lgs. 231/2001. In altri termini, i modelli organizzativi dovranno contemplare specifici presidi pure in relazione a condotte che ieri non richiedevano particolari attenzioni nell'ottica 231, giacché l'efficace prevenzione del reimpiego non può che passare dalla prevenzione del reato che genera la provvista. Si considerino, in via meramente esemplificativa, le contravvenzioni contenute nel Testo Unico dell'Edilizia (con riguardo all'esecuzione di lavori in totale difformità e alla lottizzazione abusiva), oppure i delitti afferenti l'omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro, l'avvelenamento colposo di acque o sostanze alimentari, *etc.*

Parzialmente diversa è invece l'ipotesi in cui l'origine della provvista illecita sia esterna all'ente, ove diviene particolarmente delicata la posizione degli enti assoggettati alla normativa antiriciclaggio del d.lgs. 231/2007 e, tra questi, gli intermediari bancari e finanziari e altri operatori finanziari (art. 3).

In questo settore, la costruzione dei presidi antiriciclaggio (tenendo presente anche la consolidata esperienza derivante dall'attività di vigilanza della Banca d'Italia e dalle linee guida di Confindustria e dell'Associazione Bancaria Italiana) passa per due binari parimenti importanti costituiti, da un lato, dalla necessaria adozione di adeguati strumenti organizzativi e, dall'altro, da una approfondita conoscenza e verifica dei soggetti terzi con cui si interagisce. Quest'ultimo aspetto, conosciuto anche come funzione KYC "*Know Your Customer*", si rivela di fondamentale importanza e i relativi principi e procedure con tutta probabilità saranno quelli maggiormente oggetto di modifiche a seguito della riforma operata dal d.lgs. 195/2021.

Una conoscenza approfondita del profilo del cliente che non si sostanzi nella semplice identificazione dello stesso, bensì si estrinsechi in un'attività di attenta verifica, corredata da un aggiornamento continuo, è ormai esigenza ineludibile e deve essere contemplata in un MOG che ambisca ad essere ritenuto idoneo ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Il tema si salda con quello della segnalazione delle operazioni sospette alla quale sono tenuti i soggetti operanti presso gli obbligati *ex art. 35* d.lgs. 231/2007, la cui omissione è sovente sanzionata dalla giurisprudenza proprio a titolo di riciclaggio in quanto fattispecie configurabile pure nella forma omissiva e a titolo di dolo meramente eventuale.

Ebbene, la riforma impone che la valutazione prudenziale dell'operazione sospetta e della situazione soggettiva del cliente sia rimodulata ai nuovi reati presupposto (colposi e contravvenzionali) prima considerati esclusi, sicché è da attendersi un aumento dei casi che necessitano di essere segnalati quantomeno nell'eventualità che essi possano costituire una "spia" delle nuove fattispecie di riciclaggio.

Il carattere sospetto delle operazioni può essere desunto da caratteristiche, entità e natura di queste, dal loro collegamento o frazionamento o da qualsiasi altra circostanza conosciuta dai segnalanti in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica o dell'attività svolta dai soggetti cui le operazioni sono riferite; il sospetto deve considerare tutti gli elementi (oggettivi e soggettivi) a disposizione dei segnalanti. Tanto più tali segnalazioni potranno essere accurate se precedute da un processo di verifica permanente, di intensità proporzionata al rischio. Una efficace gestione del rischio non può non passare da un *set* ampio e completo di informazioni. In questo modo, sarà ancor più necessario aggiornarne i modelli in modo tale che l'ente possa percepire informazioni rilevanti che concernano la tipologia di attività svolte dal cliente, l'area geografica in cui opera, il volume e le caratteristiche delle operazioni, la provenienza dei fondi (denaro, beni o altre utilità). Un'approfondita conoscenza dei soggetti terzi con i quali l'ente interagisce è presupposto imprescindibile per individuare le situazioni di rischio ed attivare, eventualmente, i poteri di segnalazione, presidio fondamentale sia nel sistema *ex* d.lgs. 231/2001, sia in quello *ex* d.lgs. 231/2007.

Tali considerazioni sono ovviamente da estendersi anche agli enti che non siano formalmente ricompresi nell'ambito di operatività della normativa del d.lgs. 231/2007, quale guida nella redazione dei modelli per la prevenzione del rischio riciclaggio e autoriciclaggio nei diversi contesti di impresa, nonché, più in generale, ai fini del requisito dell'adeguatezza degli assetti enfatizzato, per così dire, dal rinnovato art. 2086 c.c., vero e proprio cardine del sistema non solo, naturalmente, in funzione dell'accertamento della crisi.