

COMPLIANCE | SETTE ANNI DI CONTINUI CAMBIAMENTI

# IL MODELLO CHE NON C'È

Gli operatori finanziari fanno fatica a implementare dei codici di condotta e policy interne che agli occhi del giudice possano esonerarli con certezza da responsabilità amministrativa e penale

DI LUCA DAMIANI

Un modello conforme alla 231/01 ed efficiente agli occhi del giudice è una delle priorità che oggi banche e intermediari finanziari internazionali hanno per non incorrere in responsabilità amministrative e penali per reati commessi da propri dipendenti e amministratori delegati. Gli scandali che in questi anni hanno messo a dura prova la reputazione delle più grandi istituzioni bancarie e finanziarie hanno rafforzato l'esigenza di dotarsi di procedure e sistemi di controllo interno conformi a una legge che, pur essendo stata introdotta sette anni fa, è tornata di prepotenza alla ribalta.

«La normativa», sottolinea **Fulvia Astolfi**, partner di Lovells, «è entrata nel nostro ordinamento in sordina. A essa non è stata prestata quella attenzione che forse avrebbe meritato, trattandosi di una vera rivoluzione copernicana. Oggi la responsabilità penale non è più dell'individuo, ma anche della società per la quale esso lavora, che a sua volta trae vantaggio dalla commissione di alcuni reati specifici. La 231 non scalfisce il concetto di responsabilità penale che, nel nostro ordinamento, è di

tipo personale, in quanto parla di responsabilità di tipo amministrativo. Di fatto, però, le regole procedurali sono le stesse previste in campo penale».

Il ventaglio delle fattispecie di reato previsto dalla 231 in questi sette anni si è ampliato notevolmente e ciò ha imposto agli operatori, ivi comprese le banche e gli interme-



Fulvia Astolfi

**Gli intermediari senza una stabile organizzazione in Italia non capiscono l'importanza di dotarsi di procedure conformi alla 231**

diari finanziari, una continua revisione e adeguamento dei modelli adottati. «Tra le varie fattispecie di reato richiamate dalla 231», dice **Claudio Elestici**, socio di Rossotto & Partners, «quelle in cui le banche e gli intermediari possono incorrere sono quelle relative ai reati di aggrottaggio e di marker abuse,

considerato il rapporto che hanno con i clienti. Per le banche, gli advisor legali prestano, in questo ambito, una consulenza mirata a un'analisi delle aree in cui possono verificarsi i reati e aiutano a costruire il modello di organizzazione, regolamento interno, nonché l'organismo di vigilanza. Forniamo inoltre un'assistenza finalizzata alla formazione dei dipendenti e degli amministratori su come si gestiscono i processi».

Non tutte le banche e gli intermediari si sono dotati però di un codice 231. Pionieri sono stati probabilmente le banche quotate e gli intermediari che fanno parte di un gruppo quotato. «Gli intermediari più piccoli», interviene **Sabrina Galmarini**, senior associate dello studio legale e tributario La Scala, «si stanno attivando ora. D'altra parte, i primi provvedimenti della magistratura emessi con riguardo al D.lgs. 231 sono del 2004. In ogni caso anche questi soggetti hanno

capito quanto sia importante dotarsi di un modello di organizzazione, gestione e controllo conforme a tale normativa. Per le banche e gli intermediari finanziari dotarsi di un modello 231 è molto più semplice rispetto a quanto accade in una società industriale. Le banche, le Sim e le Sgr sono strutture già provviste, al fine di essere conformi alla normativa fissata dalle relative Autorità di vigilanza, sia di procedure interne che di codici di condotta. Creare un modello 231 partendo da tali procedure/codici risulta meno difficil-

to rispetto ad altri settori».

Le esigenze delle società variano a seconda della dimensione e del settore in cui queste operano. «In ambito finanziario, per esempio», aggiunge Galmarini, «le banche e gli intermediari potrebbero creare un modello attingendo a quelli de-

lineati dalle associazioni di categoria, come Assosim, Assogestioni e Abi, che hanno sottoposto il frutto del loro lavoro (ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. 231/2001) al ministro dell'Economia. Per l'impresa, uno studio legale di qualità può senz'altro fornire un valore aggiunto, prestando un'assistenza che si basi anche su conoscenze penalistiche, quanto mai fondamentali per rendere efficace il modello davanti agli occhi dei magistrati e dei giudici».

Il valore delle parcelle dovrebbe variare a seconda della dimensione della banca o dell'intermediario, ma non sempre è così. Per le banche e gli intermediari quotati, il corrispettivo arriva fino a 200 mila euro, mentre per gli intermediari più piccoli il costo della consulenza dovrebbe aggirarsi at-

torno ai 20 mila euro. Chi incontra maggiori difficoltà a implementare un modello conforme alla 231 sono gli intermediari



Sabrina Galmarini

“  
Per un avvocato che voglia presidiare questo settore è indispensabile avere un approccio anche penalistico  
”

esteri che, pur non avendo una stabile organizzazione in Italia, negoziano contratti nel nostro territorio. «Se il giudice accerta», puntualizza

Astolfi, «che il reato è frutto di un contratto che, pur ricadendo sotto la legge estera, è relativo a un'attività di negoziazione o di advisory in Italia, l'intermediario rischia di essere sanzionato per non avere un modello che sia conforme alla 231. I legali italiani della compliance di questi intermediari e i componenti della divisione dell'audit fanno fatica a far comprendere alla casa madre che non sono sufficienti le procedure estere ai fini di questa legge». Situazione aggravata anche dal fatto che non esiste una traduzione inglese del provvedimento. Non è un caso che nello scandalo degli swap stipulati con i Comuni siano coinvolti istituzioni finanziarie internazionali, alcune delle quali operano in Italia senza una stabile organizzazione. ■

Il caso

## ALTI COSTI E RISULTATI INCERTI

**G**li intermediari puntano il dito contro la magistratura. L'atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza nei confronti degli operatori impegnati nella creazione di un modello conforme alla 231 è molto rigido. Non basta avere delle procedure o dei codici di condotta interni. Occorre che questi siano efficaci davanti all'occhio del giudice.

«Per gli attori del mondo finanziario», dice a *TopLegal* **Anna Doro Tempestini**, general counsel di Citi in Italia, «implementare un modello che sia conforme alla 231 è costoso, soprattutto in termini di tempo e di risorse. Pur avendo al proprio interno dei codici di condotta o delle policy a presidio dei reati previsti dalla 231, non sempre questi sono ritenuti dal giudice efficaci al punto da far scattare l'esenzione da responsabilità. Quello su cui si dibatte in Italia, infatti, non è tanto il principio di responsabilità posto a carico delle società, bensì in che modo si riesca a implementare un modello che garantisca l'esenzione. A oggi, in giurisprudenza non ci sono molti casi positivi in tal senso. Inoltre

la giurisprudenza di merito è stata molto dura nei confronti degli operatori, richiedendo alle società protocolli dettagliati nel definire le condotte interne dei dipendenti e degli amministratori. E questo pare francamente eccessivo, soprattutto per quegli intermediari che seguono logiche non italiane e che non hanno neanche una succursale in Italia, ma che ugualmente rispondono ai dettami della 231».

Mappare le aree delle attività interne, individuare i rischi all'interno di esse, istituire un organismo di vigilanza che supervisioni il modello e riceva periodicamente un flusso costante di informazioni sulla sua funzionalità, comporta in capo agli intermediari e alle banche un costo in termini di consulenze esterne. Ma capire quanto tale impianto possa essere vitale per la banca e allo stesso tempo efficace per il giudice è tutto da dimostrare. ■



Anna Doro Tempestini