



flash info paper

Compliance & Risk Management



febbraio 2022

Speciale

Il recente intervento del Legislatore con cui è stata data attuazione alle Direttive UE 2018/1673 e UE 2019/713 del Parlamento europeo e del Consiglio ha comportato significativi riflessi sulla responsabilità amministrativa degli enti.

Infatti, a fronte dell'estensione dell'area applicativa dei reati di 'money laundering' per effetto dell'ampliamento del catalogo dei 'reati fonte' da un lato e dell'introduzione nel catalogo dei reati presupposto 231 delle fattispecie di cui agli artt. 493 ter, 493 quater e 640 ter c.p. (nell'ipotesi aggravata) dall'altro, le Società dovranno necessariamente preoccuparsi di continuare ad essere compliant rispetto alle previsioni del Decreto 231, ponendo in essere tutti gli adempimenti necessari a tale scopo.

In questo senso, le Società non dovranno soltanto aggiornare il proprio Modello organizzativo per dare atto ai propri *stakeholder* delle novità normative ma soprattutto aggiornare le valutazioni del rischio di responsabilità amministrativa a proprio carico relativamente alle fattispecie di reato modificate dalle recenti novità normative.

Di pari passo con le attività sopra indicate gli enti potranno, altresì, valutare l'opportunità di creare/implementare delle procedure aziendali per far più adeguatamente fronte ai nuovi emergenti rischi in materia 231.

Di seguito, il dettaglio delle modifiche recentemente intervenute e alcune considerazioni di impatto operativo.

INDICE

pag.

Considerazioni introduttive	2
Modifiche normative introdotte dal D.Lgs. 184/2021	4
Modifiche normative introdotte dal D. Lgs. 195/2021	6
Contesto europeo	7
Considerazioni conclusive	9

vai agli argomenti di interesse!



Vuoi ricevere le notizie da BDO direttamente via email?
Iscriviti alle nostre mailinglist.



CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

L'anno appena trascorso è stato segnato, in materia 231, dall'introduzione di due recenti interventi normativi con cui è stata data attuazione nel nostro ordinamento alle direttive UE 2018/1673 e 2019/713.

Gli interventi citati - aventi ad oggetto il recepimento della direttiva UE 2018/1673 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018 relativa alla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale e della direttiva UE 2019/713 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019 sulla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti - portano con sé significative conseguenze in merito alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

Le modifiche hanno interessato, da un lato l'introduzione nel Decreto 231 di una nuova famiglia di reati presupposto, l'art. 25 *octies*¹, in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti e dall'altro, l'estensione dell'area applicativa dei reati di *money laundering* (art. 25 *octies*), i quali, alla luce delle recenti modifiche, potranno essere ritenuti sussistenti anche laddove i relativi reati presupposto saranno delitti colposi o contravvenzioni.

Innanzitutto, con le recenti novità normative introdotte, le Società e gli enti potranno essere considerati responsabili del delitto di indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti e/o del delitto che punisce la detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi e programmi informativi per la commissione di reati che hanno a che fare con strumenti di pagamento diversi dai contanti, nonché del delitto di frode informatica nell'ipotesi aggravata dalla realizzazione di un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale. È inoltre compreso ogni altro delitto contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio, quando ha ad oggetto strumenti di pagamento diversi dai contanti.

Il vero elemento di novità è rappresentato tuttavia dalla circostanza che il Legislatore, intervenendo direttamente sul codice penale, ha esteso l'area di applicazione dei reati di *money laundering* anche alle ipotesi in cui il reato presupposto sia colposo o contravvenzionale, così determinando un sensibile ampliamento delle ipotesi di responsabilità dell'ente ai sensi dell'art. 25 *octies* del D. Lgs. 231/2001.

Occorre considerare che tali fattispecie, oggetto di modifica, costituiscono, da tempo, reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti e che, a loro volta, tali reati presuppongono a monte la commissione di altri illeciti (delitti "fonte" da cui provengono denaro, beni o altre utilità) il cui profitto e/o prodotto - come espressamente dichiarato nel testo normativo - viene riacquistato, riutilizzato, reinvestito.

Prima delle recenti modifiche normative i reati presupposto degli illeciti di riciclaggio e autoriciclaggio erano circoscritti alla natura dolosa degli stessi; oggi, invece, danno luogo a tali fattispecie criminose anche i proventi derivanti da reati colposi. Inoltre, prima della riforma, i reati di *money laundering* non contemplavano, nella sfera dei reati "fonte", le ipotesi contravvenzionali; oggi, invece, possono dar luogo ai reati predetti anche i proventi derivanti dalla commissione di fattispecie di tal genere, purché - il legislatore della riforma lo esplicita - si tratti di contravvenzioni punite con l'arresto superiore nel massimo a 1 anno o nel minimo a 6 mesi.

Non poche nuove responsabilità per le Società e per gli enti che dovranno, quindi, considerare, nelle loro attività di *risk assessment*, anche l'importanza assunta dagli illeciti penali che il legislatore qualifica come contravvenzionali e/o come fattispecie a natura colposa e che, al contempo, siano idonei a generare un provento dalla loro commissione (ad es., profitto o anche risparmio di spesa).

Cercando di esemplificare le argomentazioni di cui sopra, per quanto concerne talune ipotesi contravvenzionali (spesso disciplinate da normative di settore), può quindi affermarsi che, fino ad oggi, in relazione ai reati di *money laundering*, le Società e gli enti non dovevano prendere in considerazione la normativa di dettaglio, potendo focalizzare l'attenzione, ai fini della configurabilità dei reati in oggetto, sulle mere conseguenze delle violazioni contravvenzionali e sul fatto che da tali conseguenze scaturisse la commissione di un illecito penale di natura dolosa (l'unico reato "fonte" rilevante).

Sino alle recenti modifiche, infatti, l'eventuale commissione di reati contravvenzionali non era considerata di per sé rilevante ai fini della configurabilità dei reati di ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro e autoriciclaggio.



Lo scenario è decisamente mutato.

Basti pensare all'impatto della riforma in oggetto nel settore ambientale. Al riguardo, l'inosservanza di molteplici prescrizioni di cui al D. Lgs. 152/2006 costituisce per il legislatore un'ipotesi di illecito contravvenzionale. Tali ipotesi, fino ad oggi, non venivano considerate autonomamente rilevanti per la configurabilità dei reati di *money laundering*, e quindi per la responsabilità della Società e/o degli enti in caso di commissione di tali fattispecie nel proprio interesse e/o vantaggio ma oggi le Società si trovano ad operare in un contesto profondamente cambiato.

Citando l'art. 137 del T.U. ambientale - posto che la violazione della prescrizione citata (come di altre ipotesi disciplinate dal T.U.) costituisce un illecito contravvenzionale - è necessario considerare che, a seguito delle modifiche introdotte, si potrebbe astrattamente sostenere che la Società, dall'inosservanza normativa abbia tratto un profitto che potrebbe essere oggetto di condotte sussumibili sotto l'ambito di applicazione dei reati di ricettazione, riciclaggio, impiego e autoriciclaggio.

Esemplificando ulteriormente: se il datore di lavoro non adempie all'obbligo di effettuare uno scarico di acque reflue industriali nel rispetto delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione ambientale (art. 137 co. 3 T.U. ambientale), quest'ultimo commette un illecito contravvenzionale. Se la mancanza di tale adempimento ha generato un provento per la Società (ad es., rappresentato dal conseguimento di utili che, in caso di attesa della prescritta autorizzazione, la Società non avrebbe conseguito), e tale provento è stato da questa successivamente ri-utilizzato e/o impiegato in altre attività economiche, è giocoforza considerare come la Società stessa possa certamente essere ritenuta responsabile ai sensi del Decreto 231 per le ipotesi disciplinate all'art. 25 *octies* e, segnatamente, per la fattispecie presupposto di cui all'art. 648 ter1 c.p.



MODIFICHE NORMATIVE INTRODOTTE DAL D. LGS. 184/2021 (recepimento direttiva UE 2019/713)¹

CODICE PENALE

Art. 493-ter - Indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti

“Chiunque al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, o comunque ogni altro strumento di pagamento diverso dai contanti è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 310 euro a 1.550 euro. Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto per sé o per altri, falsifica o altera gli strumenti o i documenti di cui al primo periodo, ovvero possiede, cede o acquisisce tali strumenti o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché ordini di pagamento prodotti con essi.

In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale per il delitto di cui al primo comma è ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, nonché del profitto o del prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, la confisca di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto. Gli strumenti sequestrati ai fini della confisca di cui al secondo comma, nel corso delle operazioni di polizia giudiziaria, sono affidati dall'autorità giudiziaria agli organi di polizia che ne facciano richiesta”.

Art. 493-quater - Detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti

“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di farne uso o di consentirne ad altri l'uso nella commissione di reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti, produce, importa, esporta, vende, trasporta, distribuisce, mette a disposizione o in qualsiasi modo procura a sé o a altri apparecchiature, dispositivi o programmi informatici che, per caratteristiche tecnico-costruttive o di progettazione, sono costruiti principalmente per commettere tali reati, o sono specificamente adattati al medesimo scopo, è punito con la reclusione sino a due anni e la multa sino a 1000 euro.

In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale per il delitto di cui al primo comma è sempre ordinata la confisca delle apparecchiature, dei dispositivi o dei programmi informatici predetti, nonché la confisca del profitto o del prodotto del reato ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto”.

Art. 640-ter - Frode informatica (quando il fatto produce un trasferimento di denaro, valore monetario o valuta virtuale)

“Chiunque, alterando in qualsiasi modo il funzionamento di un sistema informatico o telematico o intervenendo senza diritto con qualsiasi modalità su dati, informazioni o programmi contenuti in un sistema informatico o telematico o ad esso pertinenti, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1.549 se ricorre una delle circostanze previste dal numero 1) del secondo comma dell'art. 640, ovvero se il fatto produce un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale o è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema.

La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 600 a euro 3.000 se il fatto è commesso con furto o indebito utilizzo dell'identità digitale in danno di uno o più soggetti.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze di cui al secondo e terzo comma o taluna delle circostanze previste dall'art. 61, primo comma, numero 5, limitatamente all'aver approfittato di circostanze di persona, anche in riferimento all'età, e numero 7”.

¹ Le modifiche intervenute sulle fattispecie previste dal codice penale sono state evidenziate in grassetto



DECRETO LEGISLATIVO N. 231/2001

Art. 25-octies.1 - Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti

1. *"In relazione alla commissione dei delitti previsti dal codice penale in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:*
 - a. *per il delitto di cui all'art. 493-ter, la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote;*
 - b. *per il delitto di cui all'art. 493-quater e per il delitto di cui all'art. 640-ter, nell'ipotesi aggravata dalla realizzazione di un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale, la sanzione pecuniaria sino a 500 quote".*
2. *"Salvo che il fatto integri altro illecito amministrativo sanzionato più gravemente, in relazione alla commissione di ogni altro delitto contro la fede pubblica, contro il patrimonio o che comunque offende il patrimonio previsto dal codice penale, quando ha ad oggetto strumenti di pagamento diversi dai contanti, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:*
 - a. *se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore ai dieci anni, la sanzione pecuniaria sino a 500 quote;*
 - b. *se il delitto è punito con la pena non inferiore ai dieci anni di reclusione, la sanzione pecuniaria da 300 a 800 quote".*
3. *" Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui ai commi 1 e 2 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2".*



MODIFICHE NORMATIVE INTRODOTTE DAL D. LGS. 195/2021 (recepimento direttiva UE 2018/1673)²

CODICE PENALE

Art. 648 - Ricettazione

“Fuori dei casi di concorso nel reato, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare, è punito con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da euro 516 a euro 10.329. La pena è aumentata quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da delitti di rapina aggravata ai sensi dell’art. 628, terzo comma, di estorsione aggravata ai sensi dell’art. 629, secondo comma, ovvero di furto aggravato ai sensi dell’art. 625, primo comma, n. 7-bis).

La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 300 a euro 6.000 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l’arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi. La pena è aumentata se il fatto è commesso nell’esercizio di un’attività professionale. Se il fatto è di particolare tenuità, si applica la pena della reclusione sino a sei anni e della multa sino a euro 1.000 nel caso di denaro o cose provenienti da delitto e la pena della reclusione sino a tre anni e della multa sino a euro 800 nel caso di denaro o cose provenienti da contravvenzione.

Le disposizioni di questo art. si applicano anche quando l’autore del reato da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale reato”.

Art. 648-bis - Riciclaggio

“Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l’identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 5.000 a euro 25.000.

La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l’arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell’esercizio di un’attività professionale. La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Si applica l’ultimo comma dell’art. 648”.

Art. 648-ter - Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita

“Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli art. 648 e 648-bis, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 5.000 a euro 25.000.

La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l’arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell’esercizio di un’attività professionale. La pena è diminuita nell’ipotesi di cui al quarto comma dell’art. 648. Si applica l’ultimo comma dell’art. 648”.

Art. 648-ter.1 - Autoriciclaggio

“Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l’identificazione della loro provenienza delittuosa.

La pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l’arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi. La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni.

Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all’art. 416-bis.1.

Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale. La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell’esercizio di un’attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale. La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l’individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto. Si applica l’ultimo comma dell’art. 648”.

² Le modifiche intervenute sulle fattispecie previste dal codice penale sono state evidenziate in grassetto



CONTESTO EUROPEO

DIRETTIVA UE 2018/1673

La presente Direttiva - il cui recepimento nell'ordinamento italiano ha comportato modifiche sostanziali nei reati di *money laundering* - muove dall'intento di contrastare i fenomeni di riciclaggio mediante il diritto penale, consentendo una cooperazione transfrontaliera fra autorità competenti più rapida ed efficiente rispetto al passato.

Condotte di tal genere (e fenomeni ad esse correlati - ad es., finanziamento del terrorismo e/o criminalità organizzata -) rappresentano, infatti, minacce significative all'integrità, stabilità e reputazione del settore finanziario nonché al mercato interno e alla stessa sicurezza dell'Unione Europea, e degli Stati di essa facenti parte: *“adottare misure esclusivamente a livello nazionale o anche di Unione, in assenza di coordinamento e di cooperazione internazionali, avrebbe effetti limitati”*.

Il Legislatore europeo intende fornire agli Stati membri indicazioni ulteriori in ordine alla configurazione del reato di riciclaggio sufficientemente coerenti per contrastare tale reato in tutto il territorio dell'Unione, evitando fenomeni di lacune nell'esecuzione del reato stesso e/o di ostacolo alla cooperazione fra autorità competenti nei vari Stati membri.

Sul punto, già la decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio aveva stabilito taluni requisiti relativi alla configurazione del riciclaggio come reato, requisiti tuttavia determinanti una configurazione del riciclaggio stesso non sufficientemente coerente a contrastare tale fenomeno criminoso e richiedente, quindi, un nuovo intervento del Legislatore europeo.

Quest'ultimo, ad integrazione della disciplina precedente, stabilisce che *“Gli Stati membri dovrebbero assicurare che tutti i reati punibili con una pena detentiva ai sensi della presente direttiva siano considerati reati-presupposto del riciclaggio”*.

Come noto, nel nostro ordinamento, rientrano sotto tale denominazione l'ergastolo, la reclusione e l'arresto, e tra queste l'ergastolo quale pena detentiva perpetua e la reclusione e l'arresto quali pene detentive temporanee.

È giocoforza affermare che nell'intento del legislatore vi era proprio la necessità di estendere l'ambito di applicazione delle fattispecie presupposto del reato di riciclaggio ampliandone la portata applicativa a qualsiasi fattispecie illecita punita genericamente con pena detentiva.

La Direttiva fornisce, poi - al fine di meglio perimetrare l'ambito applicativo delle modifiche, soprattutto per quanto attiene all'introduzione dell'arresto, quale pena detentiva rilevante nella configurabilità dei reati di *money laundering* - una chiara definizione di attività criminosa.

Quest'ultima viene appunto definita come *“qualsiasi tipo di coinvolgimento criminale nella commissione di un qualsiasi reato punibile, conformemente al diritto nazionale, con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata massima superiore a un anno ovvero, per gli Stati membri il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, di un qualsiasi reato punibile con una pena detentiva o con una misura privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi”*.

Tale perimetro, così delineato dal Legislatore europeo, è stato integralmente recepito nel nostro ordinamento per i reati di *money laundering* (estendendo così l'ambito anche alle fattispecie di cui agli artt. 648, 648 ter e 648 ter¹) nella parte in cui è stato inserito, nei reati citati, il seguente comma *“la pena è della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi”*.

³ Cfr. considerando n. 2, Direttiva UE 2018/1673 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa alla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale

⁴ Cfr. considerando n. 5, Direttiva UE 2018/1673 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa alla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale



DIRETTIVA UE 2019/713

La Direttiva in oggetto - il cui recepimento nell'ordinamento italiano ha comportato una modifica del testo normativo dell'art. 493 ter, l'introduzione nel codice penale dell'art. 493 quater e nel Decreto 231 dell'art. 25 octies¹, nonché la previsione di una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 ter, quando alla condotta di frode consegue un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale - si inserisce in un contesto di crescita esponenziale dell'economia digitale nonché di proliferazione dell'innovazione nel settore delle tecnologie di pagamento.

L'avvento di queste ultime comporta l'uso di nuovi tipi di strumenti di pagamento che, se da un lato creano per il consumatore e le imprese nuove opportunità, dall'altro mal si conciliano con la tutela e la prevenzione dei fenomeni di frode e falsificazione.

Tali fenomeni costituiscono, infatti, anche per il settore dei mezzi di pagamento diversi dai contanti, una minaccia alla sicurezza in quanto possono rappresentare fonti di entrate per la criminalità organizzata e, in questo senso, agevolare altre attività criminali come il terrorismo, il traffico di droga e la tratta di esseri umani.

Il Legislatore europeo ha quindi ritenuto opportuno intervenire sul punto con la Direttiva in oggetto, nell'ottica della necessità che il quadro giuridico resti pertinente e aggiornato in considerazione di tali sviluppi tecnologici.

Al riguardo si precisa come l'intervento del Legislatore europeo sia riferito a forme classiche di condotta, come la frode, la falsificazione, il furto, l'illecita appropriazione (di per sé già disciplinate in ambito europeo dalla Direttiva UE 2013/40 del Parlamento europeo e del Consiglio⁵) definite dal diritto nazionale già prima dell'era digitale ma che, con l'avvento di quest'ultima, devono essere integrate con l'estensione dell'ambito applicativo delle stesse anche a forme equivalenti di condotta riferite a strumenti di pagamento immateriali.

La Direttiva fornisce poi - al fine di meglio comprendere la sfera di movimento del Legislatore europeo, e conseguentemente degli Stati facenti parte della comunità - una definizione di strumento di pagamento diverso dai contanti come *“un dispositivo, oggetto o record protetto immateriale o materiale, o una loro combinazione, diverso dalla moneta a corso legale, che, da solo o unitamente a una procedura o a una serie di procedure, permette al titolare o all'utente di trasferire denaro o valore monetario, anche attraverso mezzi di scambio digitali”*.

Il perimetro applicativo della Direttiva in oggetto è stato, da ultimo, esteso dal Legislatore europeo anche al settore della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche con l'introduzione dell'art. 10 della Direttiva per il quale *“Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili dei reati di cui agli articoli da 3 a 8⁶ commessi a loro vantaggio da qualsiasi persona che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organismo della persona giuridica e che occupi una posizione preminente in senso alla persona giuridica (...)”*.

Tale ultima estensione applicativa è stata quindi recepita da Legislatore nazionale con l'introduzione nel Decreto 231 del reato presupposto di cui all'art. 25 octies¹ relativo a delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti.

⁵ Si tratta di una direttiva del 12 agosto 2013 relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio

⁶ Si tratta dei seguenti articoli: art. 3 - utilizzazione fraudolenta di strumenti di pagamento diversi dai contanti; art. 4 - reati connessi all'utilizzazione fraudolenta di strumenti di pagamento materiali diversi dai contanti; art. 5 - reati connessi all'utilizzazione fraudolenta di strumenti di pagamento immateriali diversi dai contanti; art. 6 - frode connessa ai sistemi di informazione; art. 7 - mezzi utilizzati per commettere i reati; art. 8 - istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo



CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Occorre fare qualche considerazione conclusiva sulle modifiche intervenute a seguito del recepimento nell'ordinamento italiano della Direttiva UE 2019/713 in materia di lotta contro le frodi e falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti nonché della Direttiva UE 2018/1673 relativa alla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale.

Con riguardo alla prima Direttiva, alla luce di quanto emerso dall'analisi del contesto europeo, è chiaro come un sistema sanzionatorio inidoneo a contenere illeciti la cui commissione può essere agevolata dallo sviluppo di nuove tecnologie comporta significative perdite per il sistema economico legale, contribuendo al finanziamento dell'economia illegale e di gruppi criminali che finanziano le proprie attività proprio grazie alla commissione di queste tipologie di illeciti.

D'altro canto, l'innovatività di questi sistemi di pagamento, e la definizione che di essi ne consegue - ad oggi totalmente nuova per il diritto penale - rappresentano elementi dei quali occorrerà tenere conto nell'interpretazione delle fattispecie modificate e di quelle introdotte dal decreto attuativo.

Non sarà semplice per gli interpreti chiamati ad applicare le nuove modifiche introdotte (ad es., la Magistratura) individuare in concreto gli strumenti, le apparecchiature, i dispositivi o i programmi costruiti per commettere i reati di cui all'art. 493 ter c.p. o specificamente adattati a tale scopo, stante la nota plurivalenza degli strumenti informatici in grado di determinare un trasferimento di denaro e/o di valuta virtuale.

Sarà quindi doveroso considerare, oltre alla sussistenza dell'elemento oggettivo del reato - e quindi della condotta in esso descritta (con tutte le difficoltà interpretative e applicative) -, anche l'elemento psicologico del reato stesso al fine di evitarne pericolose estensioni applicative.

Inoltre, con l'introduzione dell'art. 25 octies¹ nel Decreto 231 sarà ancor più preminente l'esigenza di adeguare il Modello organizzativo delle Società - ormai divenuto parte integrante delle stesse - al reale rischio di commissione delle fattispecie in commento, senza tralasciare le difficoltà interpretative sopra descritte, nonché quelle applicative dei reati in commento, tutti considerati, nei diversi assetti aziendali. Sarà compito delle Società e degli enti prevenire tali condotte garantendo nell'ambito della propria gestione finanziaria, l'utilizzo di strumenti di pagamento sicuri e protetti.

Rispetto a quanto già argomentato in materia di modifiche introdotte con il recepimento della Direttiva 2018/1673, occorre poi affermare, in sintesi, che oggi, alla base di tali delitti possono rinvenirsi, contrariamente a prima, anche ipotesi contravvenzionali e delitti colposi e quindi il reimpiego del profitto ricavato da una violazione contravvenzionale potrà certo dar luogo al reato di riciclaggio, o similari, e conseguentemente determinare la responsabilità della Società e/o dell'ente che lo hanno commesso o che vi hanno concorso.

La condotta dei delitti citati è, e rimane, dolosa, anche se l'elemento soggettivo richiesto - come enunciato dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione nel 2010 - è stato notevolmente ampliato anche alle ipotesi di dolo eventuale, integrato dalla concreta accettazione del rischio della provenienza delittuosa del bene, e non più dalla sola consapevolezza in ordine ad essa.

L'introduzione di tali modifiche inciderà, seppur in maniera indiretta, sulla possibile responsabilità dell'ente ex art. 25 octies del Decreto 231, la quale ultima potrà, in linea teorica, essere contestata alla Società e/o ente medesimo in un numero maggiore di casi.

Conseguentemente, sebbene le misure di prevenzione già adottate dalle Società/enti in riferimento ai reati di *money laundering* possano essere valutate ancora idonee alla loro finalità, nonostante la novella giuridica, appare lecito affermare che il livello di rischio di responsabilità amministrativa non potrà che essere maggiore.

Da ultimo, anche l'Organismo di Vigilanza delle Società dovrà, nella sua attività di controllo e monitoraggio in ordine al rispetto del Modello organizzativo e dei principi in esso richiamati, implementare il suo perimetro di indagine al fine di ricomprendervi anche tutte quelle ipotesi di realizzazione dei nuovi delitti di cui agli artt. 493 ter, 493 quater e 640 ter c.p. nonché le occasioni di realizzazione delle fattispecie di riciclaggio, ricettazione, impiego di denaro o altre utilità e autoriciclaggio il cui rischio di commissione, come già detto, è oggi sensibilmente aumentato per tutte le Società e per tutti gli enti ricompresi nel Decreto 231.



Contatti:
BDO Italia S.p.A.
ras@bdo.it

Viale Abruzzi, 94
20131 Milano
Tel: 02 58 20 1

BDO è tra le principali organizzazioni internazionali di revisione e consulenza aziendale in Italia e nel mondo.

Questa pubblicazione non può, in nessuna circostanza, essere associata, in parte o in toto, ad un'opinione espressa da BDO. Nonostante l'attenzione con cui è preparata, BDO non può essere ritenuta responsabile di eventuali errori od omissioni contenuti nel documento. La redazione di questo numero è stata completata il 10 febbraio 2022.

www.bdo.it



BDO Italia S.p.A., società per azioni italiana, è membro di BDO International Limited, società di diritto inglese (company limited by guarantee), e fa parte della rete internazionale BDO, network di società indipendenti. BDO è il marchio utilizzato dal network BDO e dalle singole società indipendenti che ne fanno parte.

© 2022 BDO (Italia) – Flash Info Paper Special - Tutti i diritti riservati.