

I MODELLI DI “COMPLIANCE” NEL SETTORE DELLA FINANZA CONSUMER

Dott. Giuseppe Tondi, Dottore commercialista, Pubblicista

1. Premessa

E' compito della *governance* di qualsivoglia impresa ideare sistemi di gestione e controllo, peculiarmente per tipologia d'intervento, dimensione organizzativa e posizionamento competitivo, in modo da tracciare la carreggiata lungo la quale corrono le attività di pianificazione e controllo della *performance* sull'impronta del più esteso e minuzioso rispetto delle normative esistenti, anche di carattere procedurale e regolamentare interno.

A ben vedere, come si legge nel *Codice di Autodisciplina di Borsa Italia*, una buona *governance* si contraddistingue per aver introdotto nei sistemi informativi un insieme di regole, procedure e presidi organizzativi volti a “[...] consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, una conduzione dell'impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati [...]”¹.

I principali rischi di natura finanziaria ed economica, insiti nella generale alea d'impresa, hanno focalizzato per anni l'attenzione di studiosi e ricercatori, con eccellenti risultati sul fronte delle soluzioni offerte ai professionisti/*manager* in tema di pianificazione strategica e programmazione operativa, analisi dei mercati, contenimento dei costi, corretto dimensionamento del *leverage*, adeguato riferimento ai parametri di redditività strutturale settoriale ed orientamento al *valore* atteso dagli azionisti e dagli *stakeholders*.

Soltanto di recente, tuttavia, accanto ai tradizionali sistemi di *feed-back* aziendali tipicamente di natura tecnico/economica/inferenziale, si è affiancato un po' in tutti i settori, ed in special modo in quello dell'intermediazione finanziaria, un particolare circuito di osservazione, comprensione, ponderazione e misurazione delle principali determinanti dei rischi legali e di non conformità alle norme, considerati come potenziali *driver* di perdite patrimoniali e decadimento/vanificazione di risorse fiduciarie e reputazionali.

Nel corso dell'ultimo decennio, l'intermediario finanziario più evoluto ed incline all'innovazione ha imparato ad adottare specifiche misure di ricognizione e contenimento dei rischi attraverso una singolare sequenza di processi all'uopo sperimentata, meglio conosciuta sotto la sigla *ERM*, ovvero *Enterprise Risk Management*, come indicativamente

¹ *Codice Autodisciplina Borsa Italiana*, Marchesi Grafiche Editoriali S.p.A., Roma, 2006.

descritta nel famoso *framework* rilasciato nell'anno 2004 dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (CO.S.O.).

L'ERM può definirsi come l'insieme delle attività, procedure e metodologie realizzate per identificare efficacemente gli eventi che presentano non trascurabili probabilità di generare danni al patrimonio intangibile dell'impresa, sotto forma di decadimento dell'immagine aziendale e della perdita/diminuzione di reputazione vantata presso i sistemi di confine, ed agli *assets* materiali di sua proprietà, nella forma di sacrificio di beni per acquiescenza di diritti liquidatori/risarcitori altrui decretati dalle competenti autorità giudiziarie e/o conciliatorie/arbitrali.

I suoi obiettivi sono tarati in relazione alla *cultura del rischio* presente all'interno dell'organizzazione, al modo in cui le negatività attese ed inaspettate vengono concretamente affrontate, alla frontiera prefissata entro la quale i rischi sono assunti come accettabili ed oltre la quale i potenziali rischi vanno dissolti attraverso un'azione di prevenzione/correzione degli eventi da cui essi potrebbero materialmente discendere.

In tale accezione il concetto di *rischio* abbraccia l'intera catena del valore delle attività poste in essere dalla componente umana dell'organizzazione, sia quelle considerate più strettamente operative, tipicamente caratteristico/gestionali interfunzionali, che quelle cosiddette *sovrastutturali*, quali sono tipicamente le attività direzionali e manageriali.

Non va altresì dimenticato che un corretto sistema di gestione dei rischi presuppone che sia ben composta ed efficacemente delineata l'architettura complessiva dei controlli, nell'ergonomia della quale la funzione *compliance* e le sue costellazioni da una parte e la funzione di *Internal Auditing* dall'altra, corroborati e consulenzati dai *reporting* e comunicazioni provenienti dall'Organismo di Vigilanza, scientemente istituito in ottemperanza alle previsioni contemplate nel d.lgs. 231/2001, e dai rilievi ed eccezioni mossi dal Collegio Sindacale, rappresentano la matrice multi dimensionale di riferimento su cui erigere una gestione oculata delle risorse, orientata alla più totale legalità, credibilità delle enunciazioni, affidabilità dei comportamenti ed attendibilità della produzione documentale interna ed ufficiale con evidenza esterna.

Una volta fissati gli obiettivi aziendali di valorizzazione e le conseguenti componenti segmentali di crescita, all'interno dell'orizzonte strategico di valutazione, l'intermediario deve assegnarsi un proprio *range* di propensione al rischio, guardando al suo oggetto sociale, alla sua dimensione e gerarchia organizzativa, alla sua regolamentazione, alle sue procedure, contabili e non, informatiche e non, ai suoi sistemi comunicazionali e relazionali, alle risorse disponibili da impegnare nell'attività di sorveglianza dei rischi, sia umane che finanziarie, ai volumi di erogato ed intermediato, all'estensione dei prodotti e servizi offerti alla sua utenza.

Tale stadio, significato nel *framework* come *Internal Environement* ed *Objective Setting* è prodromico alle successive fasi di intervento, quali sono il momento dell'*Event Identification* - identificazione degli eventi sia potenzialmente che effettivamente dannosi - la fase di *Risk Assessment* - analisi e classificazione dei rischi e relative probabilità di accadimento, disamina/impatto delle derivazioni dannose su tutta l'organizzazione - quella di *Risk Response* - inerente le decisioni di accettazione/rifiuto del rischio potenziale e condivisione, correzione ed eliminazione del rischio effettivo - il momento del *Control Activities* ed *Information and Communication* - in cui vengono accertate da un lato la concreta esecutività, presso tutti gli insediamenti organizzativi, delle misure adottate per contenere/eliminare i rischi considerati non

sopportabili e per congiunto versante l'efficacia della comunicazione aziendale protesa alla responsabilizzazione di tutto il personale coinvolto sia nelle attività caratteristico/operative, che in quelle intraprese in fase di gestione/controllo del rischio.

Queste attività, tra l'altro, presuppongono un continuo *Monitoring* affinché sia possibile apportare nel tempo correzioni alla logica della funzione, integrazioni/riduzioni del suo *establishment* operativo, rivisitazione degli obiettivi funzionali in relazione alla mutazione delle strategie aziendali.

2. L'architettura generale della funzione ed i suoi assetti operativi

La funzione *compliance*, con la sua *mission*, con i suoi avamposti organizzativi, le sue risorse e la sua indipendenza da attività operative e dagli altri organi di controllo ispettivo e di legittimità ha la responsabilità di “[...] assicurare la correttezza dei comportamenti e a prevenire violazioni di disposizioni normative e di norme di autoregolamentazione per gli effetti economici derivanti dalle sanzioni ma, al tempo stesso, con il fine di circoscrivere possibili danni reputazionali [...]”².

In tale senso è stato osservato che l'attività di *compliance* “[...] è destinata ad assumere sempre più un ruolo centrale nel sistema di *risk management* delle imprese bancarie e finanziarie, finalizzato a garantire comportamenti aziendali corretti, ad agire quale fattore di mitigazione dei rischi di non conformità nel quadro della nuova disciplina prudenziale e a contribuire, per tale via, a rafforzare il legame tra i requisiti patrimoniali e l'efficace approccio gestionale al governo dei rischi così da accrescere la solidità dei singoli intermediari finanziari [...]”³.

Nella Fig. 1, innanzi impressionata, è possibile osservare la collocazione della funzione all'interno della gerarchia organizzativa dell'intermediario non bancario, con i più consoni aggiustamenti burocratici, identificazione del perimetro logistico nel cui ambito si svilupperanno le sue fondamentali attività, individuazione delle interrelazioni con gli altri organismi di controllo.

Gerarchicamente la funzione *compliance* è posizionata in corrispondenza dell'organo gestorio, a cui risponde direttamente per le sue attività e per i suoi *reporting*.

Sulla base del noto principio di proporzionalità, la sua composizione può spaziare dalla *monocraticità*, con nomina del solo *compliance officer*, alla *collegialità*, più o meno complessa ed a geometria variabile, con individuazione di posizioni organizzative composte da elementi interni, cui affidare la responsabilità della funzione, compresi gli amministratori non esecutivi ed il personale appartenente a strutture organizzative diverse (cfr. ufficio legale) e professionisti esterni, tutti sempre e comunque autorevoli, indipendenti ed estranei ad attività operative caratteristiche d'impresa, con comprovate esperienze maturate in materia di revisione e controllo ed una robusta conoscenza del quadro normativo domestico e sovranazionale.

² M. ANOLLI, F. RAJOLA, *Il rischio di reputazione e di non conformità. Strumenti e metodi per la governance e la gestione operativa*, Bancaria Editrice, Roma, 2010, p. 18.

³ PAOLA MUSILE TANZI, a cura di, *La funzione compliance: banche, assicurazioni, imprese di investimento*, Bancaria Editrice, Roma, 2010, p. 56.

L'elemento centrale gravitazionale intorno al quale ruotano la gran parte delle attività di *compliance* è identificato nel Modello Organizzativo dispensante/attenuante la responsabilità degli enti *ex d.lgs. 231/2001*.

Che si tratti di violazioni di natura finanziaria - riciclaggio, usura, *market abuse*, aggio, ecc. - di violazioni in materia di diritti imprescindibili della persona - *privacy*, sicurezza sui luoghi di lavoro, lesioni colpose gravi, ecc. - di illeciti intervenuti nei rapporti con le Pubbliche Amministrazioni - corruzione, truffa, indebita percezione di contributi, ecc. - di reati societari - false comunicazioni sociali, illegale ripartizione di utili e riserve, operazioni in pregiudizio dei creditori, ecc. - di reati ambientali in tema di inquinamento e rifiuti e quant'altro, non appare peregrino constatare che una rilevante parte di tutta l'analisi di *risk management* ed *assessment* sia incentrata sull'introduzione e corretto funzionamento del Modello Organizzativo esimente di cui al citato d.lgs. 231/2001.

L'intermediario finanziario non bancario che aspira a rimanere tale, all'indomani della definitività della riforma introdotta con il d.lgs. 141/2010, non può pensare di costruire una funzione *compliance* senza dotarla del fondamentale strumento di abitudine ed esercizio alla conformità così come tratteggiato nel Modello Organizzativo citato.

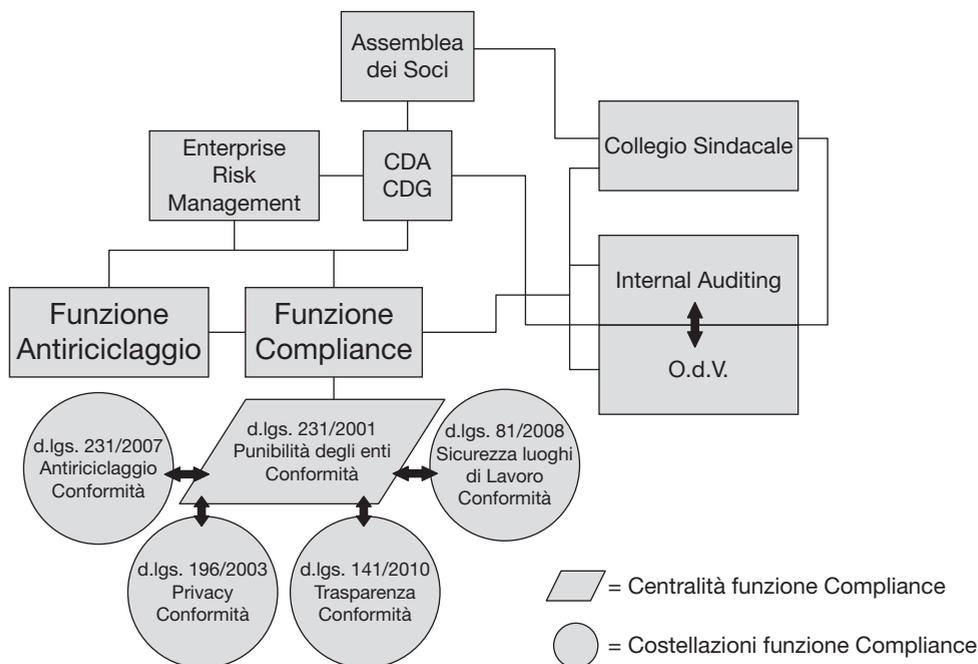


Fig. 1 - Modello *compliance* completo

Nell'ergonomia della funzione, quindi, il Modello Organizzativo prudenziale di cui trattasi "[...] viene a costituire *de facto* un sistema dei sistemi o, per meglio dire, un Modello di Organizzazione e Gestione che si eleva sugli altri specifici Modelli di Gestione nei confronti dei quali costituisce uno strumento di controllo e supervisione

e, pertanto, ne assicura l'integrazione nell'ambito dell'organizzazione aziendale complessiva. In sintesi, esso rappresenta lo strumento che può aiutare l'azienda a ottimizzare i suoi sforzi organizzativi e gestionali, fino ad ottenere un sistema di controllo interno integrato, proponendosi quale collante naturale che può consentire di contemperare in modo efficiente le sempre più forti esigenze di *corporate governance* e di *risk management* da una parte e di ottimizzazione - sia in termini di efficacia che di costi - dei tradizionali sistemi di controllo interno e di *compliance* dall'altra. [...]»⁴.

Del resto, com'è agevole rilevare, nel settore dell'intermediazione finanziaria, ed in relazione all'andamento della giurisprudenza dei Tribunali di merito di questi ultimi anni, sembra non potersi prescindere dall'adozione di un siffatto Modello, giacché la sua mancata istituzione, all'interno del comparto economico settoriale tra i più regolamentati e vigilati, potrebbe costituire ipotesi di *mala gestio* configurabile in capo ai massimi esponenti dirigenziali, per non avere questi ultimi assicurato che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile fosse adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa (cfr. art. 2381, comma 5, c.c.)⁵.

Essendo concepita come unità di processo, la funzione *compliance* è soggetta a regolamentazione a cura dell'organo esecutivo, da definirsi con la collaborazione del nominato responsabile funzionale.

Inoltre, nel regolamento dovrà essere menzionato l'ammontare complessivo delle risorse finanziarie da assegnare alla funzione per garantirne autonomia gestionale ed indipendenza gerarchica.

Il controllo di conformità parte dall'analisi dell'organigramma aziendale e del sistema di assegnazione delle deleghe e responsabilità direzionali e manageriali, su tutti i livelli in cui la gerarchia organizzativa è sviluppata, fino a giungere al mansionario di ogni posizione organizzativa e sua collocazione in ambito operativo.

Contestualmente sono sottoposte ad analisi le procedure contabili ed amministrative ed è asseverata la funzionalità delle procedure informatiche, con rispettive chiavi di accesso e controllo delle attività di *back-up* e conservazione/protezione dei dati sensibili e delle risultanze quantitative gestionali.

E' altresì constatata la rispondenza dei regimi autorizzatori con l'esercizio effettivo delle deleghe e dei poteri decisori in tutti gli ambiti lavorativi, sia strettamente manuali che concettuali/dirigenziali.

Viene accertata la rispondenza delle attività svolte dai prestatori di lavoro alle norme statutarie, ai regolamenti interni e procedure formalizzate, ai protocolli comportamentali e codici etici aziendali, alle normative settoriali e generali, alle direttive di vigilanza.

L'attività di controllo della conformità si estende a tutti gli atti giuridici posti in essere dall'intermediario, alla contrattualistica aziendale, ai reclami avanzati dagli utenti/clienti, agli adempimenti fondamentali in materia di *privacy*, antiriciclaggio, sicurezza e trasparenza delle operazioni nei confronti del pubblico, ed è naturalmente condotta anche lungo il *delta* agenziale dell'intermediario.

Non da ultimo, la verifica di conformità abbraccia anche i contenziosi in essere, la loro natura e le cause che li hanno determinati, nonché le situazioni e le circostanze

⁴ B. FERRONI, B. SANTACROCE, L. FRUSCIONE, *Modello 231, occasione da non perdere per la gestione dell'innovazione d'azienda*, in *Guide al Diritto, Le Guide Operative*, ottobre 2009.

⁵ F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento dell'idoneità del Modello Organizzativo*.

che potenzialmente potrebbero generare in futuro ulteriori conflitti giudiziari altrimenti non eliminabili.

Tale complessa, perpetuata ed esaustiva attività di verifica di conformità e legalità non può ovviamente essere compiutamente realizzata senza l'ausilio di flussi informativi viaggianti lungo tutte le *sinapsi* organizzative aziendali ed in assenza del supporto collaborativo trasversale ed incrociato sia delle unità organizzative funzionali che contribuiscono allo svolgimento delle attività di gestione dei rischi di non conformità, che dei diversi organi ed attori del controllo, preventivo ed ispettivo, quali l'*Organismo di Vigilanza*, il *Collegio Sindacale*, e l'*Internal Auditing*.

La funzione *compliance* acquisisce ed elabora informazioni sull'evoluzione legislativa, sulle novelle direttive di vigilanza e successivi comunicati ispettivi, determina gli impatti che tali dinamiche produrranno sui processi e riferisce ai diversi responsabili le soluzioni organizzative da perseguire per continuare ad operare in modo conforme.

Recepisce altresì informazioni sullo *status* organizzativo del sistema, sulle sue conflittualità interne, sulle procedure di infrazione, sul riscontro di attività non conformi ad opera dei citati ulteriori attori del controllo e sulle conseguenti perdite subite, aggiornando costantemente la *matrice dei rischi*.

Con tempistica quanto meno trimestrale e consuntiva annuale comunica all'organo esecutivo ed ai responsabili funzionali interessati i risultati dell'attività di verifica e le proposte di mitigazione/eliminazione dei rischi di non conformità rilevati (*follow up*).

Il travaso informativo viaggia anche in senso inverso nella direzione degli altri attori del controllo, con l'intento di renderli edotti sulla complessiva adeguatezza delle misure adottate dalla società per la prevenzione dei rischi di non conformità e con la finalità di relazionarli su particolari interventi ricognitivi specificatamente da questi richiesti intorno a peculiari e più sensibili aree di rischio soggette a monitoraggio ispettivo di terzo livello.

3. Le semplificazioni organizzative

In dottrina è stato evidenziato che la proliferazione delle funzioni ed organismi di controllo nelle aziende può comprometterne seriamente la concreta operatività, in virtù di rilevanti appesantimenti burocratici ed esuberanti sovrapposizioni di ruoli e mansioni di carattere prevenzionale, cautelativo ed ispettivo⁶.

La tesi non è del tutto negletta, se guardiamo alle PMI in generale ed alle piccole aziende di intermediazione in particolare.

Tuttavia, mi sia consentito formulare le seguenti osservazioni. Innanzitutto, il Modello complessivo *ERM* qui proposto ed i connessi sistemi di controllo riflettono lo stato delle normative di vigilanza vigenti e gli accordi di Basilea nello loro diverse edizioni.

La proposta è riferita ad un'azienda di medie dimensioni, che nel settore dell'intermediazione non bancaria eroghi volumi di credito in grado di generare

⁶ D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1-2006, pp. 126 ss.

valore oltre il *break even point*, con costi di struttura che garantiscano comunque il pieno assolvimento di tutti gli obblighi normativi e di vigilanza contestualizzati.

In tal senso, il criterio dimensionale e proporzionale dell'organizzazione, inteso come parametro progettuale del complesso sistema dei controlli endogeni alla stessa, consentito ed auspicato dalle direttive di vigilanza sulle attività di intermediazione, garantisce un ambito di esistenza anche alle micro-strutture, che hanno facoltà di rinunciare al Modello *ERM* ed all'istituzione di un organo di revisione interna, purché garantiscano la presenza e l'ordinaria operatività della funzione *compliance*, della neo-istituita funzione di antiriciclaggio, la puntuale applicazione delle leggi sulla *privacy* e sulla *sicurezza* dei luoghi di lavoro e siano nel contempo in grado di assicurare che le varieguate attività di controllo ispettivo di terzo livello vengano comunque perseguite con l'intervento volontario ed informale delle diverse funzioni operative e sovrastrutturali/manageriali in cui è disimpegnata l'organizzazione, per via della responsabilizzazione e formazione continua di tutto il personale sulla tenuta/apprensione della legalità ed assolvimento/ricerca del più generale principio di conformità.

Scendendo nel dettaglio del Modello di cui alla *Fig. 1*, vi è da rilevare che le attività di *compliance* e revisione interna non possono condividere risorse umane, in quanto le stesse attività di controllo della conformità alle norme sono oggetto di revisione ad opera dell'IA.

Le due funzioni sono e rimangono indipendenti, e pur se condividono ampi spettri di indagine sulle aree a rischio di irregolarità/non conformità e nonostante si avvalgano della facoltà di comunicare, sia formalmente che informalmente, restano posizionate su livelli di inferenza/riscontro in parte diversi, che vedono la *compliance* agire sul piano del controllo preventivo e prudenziale/contestuale di seconda linea, e l'IA operare sul fronte del controllo ispettivo di terza linea, contestuale e successivo al verificarsi di eventi, anche nei confronti della stessa funzione *compliance*.

L'argomento è stato oggetto di approfondimento anche ad opera di Bankitalia e Consob, nel comunicato congiunto emanato in data 8 marzo 2011 e pubblicato sui rispettivi siti *web* in data 10 marzo 2011.

Nel *paper* così intitolato *“Comunicazione congiunta BI - CONSOB in materia di ripartizione delle competenze tra Compliance e Internal Audit nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio”*, i due organismi istituzionali di vigilanza, dopo aver elencato le *competenze distintive* della *compliance* e dell'*internal auditing* ed averne esaltato i differenti ruoli svolti all'interno del sistema complessivo dei controlli aziendali, così al punto quattro, specificano:

“La forte interrelazione e la complementarità esistenti tra le funzioni di controllo di conformità e di revisione interna, richiede che gli intermediari sviluppino forme di collaborazione tra di esse ricercando sinergie operative che valorizzino il patrimonio informativo e gli expertise del personale a disposizione delle due funzioni.

Così, in sede di pianificazione, almeno annuale, delle rispettive attività di controllo, gli intermediari sviluppano forme di ordinata collaborazione fra funzione di compliance e funzione di audit tese a valorizzare la coerenza e la complementarità delle attività pianificate.

Sotto questo profilo, va innanzitutto posta specifica attenzione all'articolazione dei flussi informativi tra le due funzioni aziendali. Da un lato, la compliance segnala anche all'audit le disfunzioni riscontrate nel corso della propria attività (in particolare,

gli eventuali comportamenti difformi alla normativa rilevati). Dall'altro, l'audit informa la funzione di compliance delle eventuali inefficienze procedurali nella gestione dei rischi di non conformità emerse nel corso delle attività di verifica di propria competenza, con indicazione dei comportamenti difformi alla normativa riscontrati.

Sempre in un'ottica di valorizzazione della complementarità tra le due funzioni, al fine di rendere più efficiente il funzionamento dei controlli interni, la compliance, per lo svolgimento in loco delle proprie verifiche, normalmente si avvale, alla luce di un definito accordo di servizio, di risorse e funzionalità dell'internal audit. In tal caso, gli intermediari predispongono accorgimenti atti ad assicurare che l'attività di controllo di terzo livello dell'audit sulla compliance sia ispirata a criteri di perdurante indipendenza e razionalità”.

L'ultimo punto appare velatamente contraddittorio ed ambiguo, allorché auspica condivisione di risorse umane tra la *compliance* ed i presidi di *internal auditing* pur mantenendo garantita la piena autonomia ed indipendenza finanziaria ed operativa tra le due funzioni.

Ciononostante, se il nominato *accordo di servizio* venisse avvertito come una forma di connaturale e più stretta collaborazione tra le due funzioni, con condivisione non generalizzata di profili professionali attratti nei rispettivi ambiti esistenziali, ma di esperienze comuni maturate in ogni angolo della struttura organizzativa aziendale, agevolate dall'apporto conoscitivo e la collaborazione di tutto il personale e qualora ciò determinasse l'insorgenza di *isole di qualità* nell'effettuazione dei controlli di seconda e terza linea, con formazione temporanea di gruppi di lavoro *ad hoc*, su specifiche tematiche decisionali e comportamentali ad elevato rischio di non rispondenza, composti da quadri di *compliance* e membri dell'IA, anche esterni al sistema, certamente i contenuti del *paper* costituiranno un valido presupposto per concretizzare possibili sentieri di cooperazione/integrazione *forte* tra i citati attori del controllo, con notevole beneficio per tutta l'organizzazione ed un'autentica affermazione del senso della legalità e rispetto generalizzato di tutte le normative e disposizioni regolamentari vigenti, sia di natura pubblicistica che di provenienza più strettamente convenzionale.

Fatta questa precisazione, guardando alle società finanziarie di medio/grandi dimensioni, che abbiano saggiamente preferito mantenere distinti e separati i controlli rituali/protocollari di secondo livello da quelli organici e cautelari/prudenziali di terzo livello, siamo pienamente convinti che un momento di condivisibilità di risorse umane sia più verosimilmente concertabile tra l'Internal Auditing e l'Organismo di Vigilanza, con evidenti effetti sinergici e recupero di efficienza all'interno dell'intero sistema dei controlli.

Entrambi gli *organi/uffici* sono convinti fautori/assertori degli *accertamenti/verifiche* di terzo livello, con finalità anche qui diverse, magari più marcate in confronto al binomio *compliance*/revisione, ma nel contempo sostanzialmente accomunate dal connotato ispettivo delle verifiche, che ad un certo punto si intercettano senza esigere requisiti di indipendenza, poiché l'uno ufficio, qual è l'OdV, è correlativamente consapevole di partecipare alla realizzazione delle esigenze dell'altro organo, qual è l'IA.

L'OdV, per la rimozione delle cause che hanno originato il reato e le miglorie da apportare al Modello Organizzativo per garantire la non ripetitività dell'evento dannoso; l'IA per la rilevazione di vizi procedurali, infrazioni alle regole non soltanto

tecniche e comportamenti cadenzati come non conformi alle prassi ed ai limiti delle deleghe assegnate.

La Fig. 2 sintetizza l'ipotesi in cui una società di intermediazione finanziaria abbia deciso, per comprovate esigenze di efficienza interna, di affidare al Collegio Sindacale le funzioni di vigilanza sul Modello Organizzativo esimente, in ottemperanza a quanto stabilito nell'art. 6, comma 4-bis, d.lgs. 231/2001, così come modificato ed integrato dalla legge 12 novembre 2011, n. 183.

Nella sistemazione complessiva degli assetti organizzativi, tale scelta appare, in prima battuta, effettuata nella giusta direzione della semplificazione e dello snellimento burocratico; essa, tuttavia dovrà nel tempo essere attentamente sperimentata e vagliata, per le difficoltà applicative che potrà comportare in virtù di una *carente* legislazione sui poteri, fin troppo formali, e sugli strumenti operativi in dotazione istituzionale dell'organo statutario di controllo, che si annunciano, alla luce delle recenti innovazioni legislative, decisamente asimmetrici e palesemente non coerenti con il sopraggiunto inasprimento delle responsabilità penali a carico di tale organo in conseguenza di comportamenti/eventi colposi/omissivi ad esso imputabili⁷.

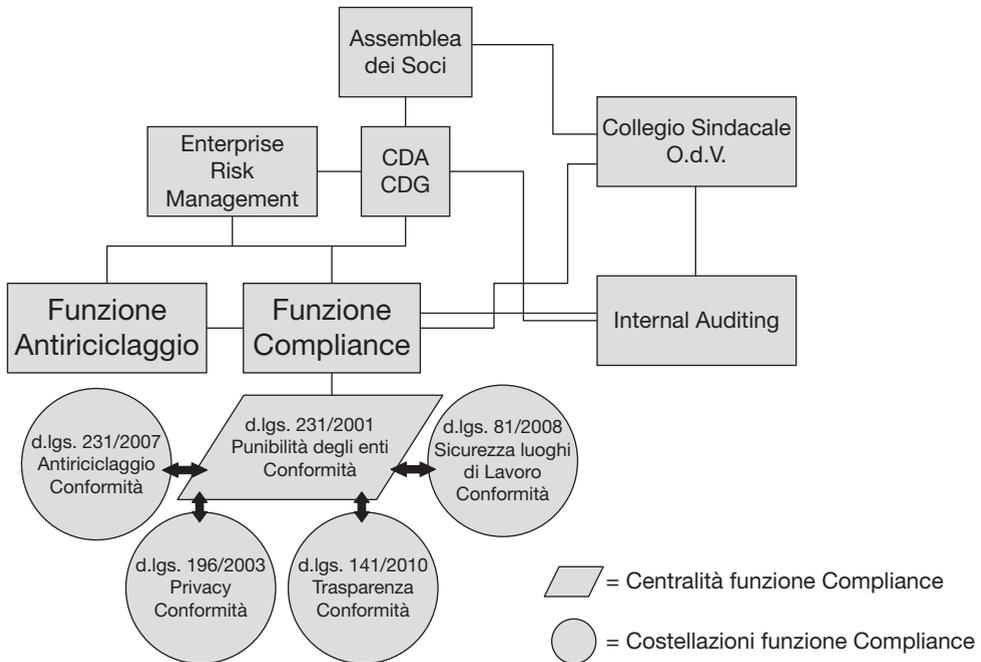


Fig. 2 - Modello *compliance* completo deburocratizzato

In tale rinnovata veste l'organo giuridico di revisione e controllo sarà ambasciatore di una duplice prospettiva di responsabilità:

⁷ G. TONDI, *La funzione compliance nelle società di intermediazione finanziaria*, D.U. PRESS, Bologna, 2011, pp. 83 ss.

1. di natura contrattuale, per i compiti di verifica e controllo di secondo livello approntati sull'operato degli amministratori e vari protagonisti dell'organizzazione e sull'adeguatezza del sub-sistema organizzativo, del sub-sistema gestionale e del sub-sistema informativo aziendale (cfr. artt. 2403 ss. c.c.);
2. di sentore giudiziario, con il riconoscimento di una posizione autonoma di garanzia ai sensi dell'art. 40 c.p., per omissioni dolose e/o gravemente colpose dei loro doveri istituzionali e di una controversa posizione sussidiaria/preterintenzionale di garanzia, riconducibile ad una lettura congiunta degli artt. 40, 42 e 43 c.p., in conseguenza della novella disposizione di cui all'art. 6, comma 4-bis, d.lgs. 231/2001.

L'essere sindaco/revisore in una società di capitali e nel contempo svolgere le funzioni assegnate dalla legge all'Organismo di Vigilanza, non ci autorizza a poter anche soltanto minimamente supporre di riuscire a scindere le differenti modanature delle responsabilità extra convenzionali imputabili alla sua figura in relazione ad una generale integrazione della fin troppo conosciuta fattispecie di culpa in vigilando e sostenerne l'estraneità per paventate personali incapacità impeditive, ab origine, di eventi illeciti e delittuosi arrecanti danni ingenti al patrimonio umano e finanziario dell'impresa e/o al patrimonio collettivo distrettuale e finanziario della Nazione, arguibili dall'intero impianto normativo istitutivo della responsabilità non soltanto amministrativa degli enti.

In altri termini, se una fattispecie di reato-presupposto commesso dagli organi apicali venisse contestata alla società, produttiva di danni patrimoniali, personali, morali, etici e sociali, ben difficilmente il Collegio Sindacale facente funzioni di OdV potrà stemperare la sua "autonoma" posizione di garanzia, diretta e/o concorsuale che sia, per fatti dolosamente e/o colposamente omissivi, con la discutibile posizione sussidiaria/preterintenzionale di garanzia per la constatazione della totale assenza di provvedimenti aventi forza ostativa del reato di specie di quello verificatosi.

Ambedue le categorie di responsabilità verranno quasi certamente ricondotte ad un'unica sorgente, e da questa assorbite, quale è quella a più elevato spessore di criticità e complicità/concorsualità con l'illecito operato degli amministratori.

Insomma, se una società venisse condannata per fatti illeciti compiuti dai suoi amministratori, in presenza di un Modello Organizzativo esimente ex d.lgs. 231/2001 giudicato dalla magistratura non adeguatamente efficace e/o non correttamente operante, i sindaci non riusciranno a stralciare il proprio ambito di processualità penale da quello degli amministratori, adducendo che le funzioni esercitate come OdV comportano un diverso tenore di possibile ed opinabile colpevolezza rispetto alle funzioni esercitate come organo di controllo sulle attività gestorie praticate dagli organi di corporate e business governance.

Se come sostituti dell'OdV potranno rimarcare la loro estraneità all'evento criminoso, sostenendo che non rientra nelle loro mansioni impedire il materiale prodursi del reato, quanto piuttosto governare una generale accorta vigilanza sul funzionamento del Modello Organizzativo esimente, come membri del Collegio Sindacale non potranno sostenere lo stesso, giacché il doppio binario dei controlli acuisce la fruibilità dei loro poteri di intervento in ambito gestionale, allargando inevitabilmente la propria sfera di influenza da una dichiarata competenza di legittimità ad una più specifica e capillare competenza di merito, poiché è proprio nella filosofia delle decisioni gestionali che finiscono per annidarsi quei comportamenti non molto ortodossi più facilmente mutanti in ipotesi di reato.

Superiore tutela di tutti gli *stakeholders* dell'impresa, dunque, ma anche riedizione dei *ruoli* assegnati all'organo di revisione e controllo, in dissonante contrasto con i suoi effettivi poteri e strumenti, del tutto carenti e non più in linea con i tempi e le nuove frontiere dei controlli (cfr. punibilità degli enti, antiriciclaggio, *privacy*, sicurezza luoghi di lavoro, trasparenza, usura, ecc.), oltre quelli da sempre presenti in tema di reati contro il patrimonio, reati fiscali, reati societari e fallimentari.

Permane il dilemma, nascente dal varo di una normativa frettolosa ed incompleta, su come i sindaci potranno mai *padroneggiare* un allargamento orizzontale e verticale dei loro compiti e soggiacere a più consistenti carichi di responsabilità in assenza di un'adeguata regolamentazione giuridica che:

- individui e delimiti correttamente il campo di applicazione delle nuove disposizioni e le sue imprescindibili e preminenti ripercussioni operative;
- stabilisca con rigore la *paternità* e *profittabilità/disponibilità* di strumenti interventisti concretamente utilizzabili dai sindaci, che siano esuberanti rispetto alla solita desueta denuncia al Tribunale per il sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione (cfr. art. 2409 c.c.) o il dovere di sostituirsi agli amministratori per la convocazione dell'organo assembleare in caso di loro inerzia (cfr. art. 2406 c.c.) e per il compimento temporaneo di atti ordinari di gestione (cfr. art. 2406, comma 4, c.c.);
- consacri un vero e proprio potere/diritto di *veto* nelle mani dei revisori, come del resto in qualche modo già disseminato nel codice civile allorquando è richiesto il loro consenso scritto per affrancare l'iscrizione in bilancio di attività immateriali a contenuto patrimoniale e valenza pluriennale (art. 2426, comma 1, nn. 5 e 6), da professarsi con la più ragionevole ed oculata prudenza, che possa essere manifestato innanzitutto come deterrente - pur tuttavia comunque simultaneamente per porre un freno - alla conclusione di negozi giuridici considerati disonesti e malversanti e/o all'assunzione/reiterazione di comportamenti direttivi e dirigenziali comunque non conformi alle leggi e regolamenti interni, tutti componibili evidentemente, qualora non definiti in contraddittorio, soltanto con il ricorso all'assemblea dei soci, appositamente convocata intorno all'adozione di provvedimenti dirimenti le cause generanti gli illeciti non soltanto amministrativi il cui prodursi è stato preventivamente ed energicamente osteggiato dall'organo di controllo facente funzioni di OdV.

Su queste argomentazioni, ritengo che il legislatore debba fare ancora molta chiarezza, soprattutto per delineare un percorso evolutivo normativo che abbia un senso compiuto.

Nel momento in cui ai sindaci membri dell'OdV è ammissibile che venga addebitata dalla magistratura una posizione di garanzia, anche soltanto, in linea di principio, semplicemente di natura *sussidiaria/preterintenzionale*, per contestate omissioni dei loro doveri e/o per non aver impedito il verificarsi di uno qualsiasi dei reati-presupposto di quelli elencati nel d.lgs. 231/2001 e successive modificazioni ed integrazioni, allora essi, come organo istituzionale di controllo e come ufficio OdV, dovranno poter compiere tutta una serie di atti preventivi e prodromici, in asse con la logica *ex ante* del Modello Organizzativo esimente di cui al citato decreto legislativo, a tutela sia del patrimonio sociale che del proprio ambito di responsabilità/processualità penale, di fatto impedendo l'evento dannoso da cui, giocoforza, potrebbe direttamente straripare l'illecito.

Anche in dottrina è bene che si accenda uno stimolante e tonico dibattito su quanto appena evidenziato, al di là di una pur pregevole analisi di compatibilità tra le funzioni del Collegio Sindacale e le attribuzioni dell'ufficio OdV⁸.

Qui non si tratta semplicemente di stabilire se le due figure siano giuridicamente e sostanzialmente amalgamabili in un unico organo, se siano combinabili i controlli ispettivi di secondo livello con quelli preventivi/cautelativi di terzo stadio senza dover necessariamente emarginare, a seconda delle circostanze, *ruoli* istituzionali di controllo legale, amministrativo e contabile in favore di ministeri di mera supervisione intorno a precisi Modelli Organizzativi formalizzati e sequenzializzati di stampo *non leguleio*, e/o viceversa, quanto piuttosto di comprendere la reale *vocazione* di chi ha la responsabilità di sorvegliare l'esercizio del potere in tutte le sue non troppo remote *aberranti* manifestazioni, la vera essenza dell'*apostolato* di coloro i quali ricevono un mandato assembleare ad operare i controlli più estesi per assicurare che il potere sia esercitato nel pieno rispetto della legalità/legittimità nazionale e sovranazionale.

Ed in tal frangente, in un'epoca ove tutte le imprese, chi più chi meno, dovranno fare i conti con il bilancio *etico* delle proprie iniziative, con una sorta di *accountability* quasi forzata della propria rendicontazione sociale, non è pensabile che gli attori del controllo possano inopinatamente digerire ingombranti strascici giudiziari a fronte di conclamati *default* economici e finanziari e/o severi danni patrimoniali per fatti ed avvenimenti lesivi anche di carattere strettamente *personale*, (cfr. danni alla persona per violazioni in materia di inquinamento ambientale, di gestione dei rifiuti non soltanto tossici, di sicurezza sui luoghi di lavoro, di uso non autorizzato e corretto di dati sensibili, di *mobbing* perpetuato in costanza del rapporto di lavoro, ecc.), senza aver avuto la possibilità di *armarsi* nel modo giusto per garantire che le attività di gerenza e conduzione del *business* avrebbero dovuto, in qualsivoglia circostanza, svilupparsi sull'unico estuario comportamentale della conformità a tutto quanto è legge.

La titolarità dell'ufficio OdV, negli operatori di ancor più ridotte dimensioni, può essere addirittura affidata anche ad un amministratore non esecutivo, come prescritto nell'art. 6, comma 4, d.lgs. 231/2001, nonostante tale configurazione porti con sé elementi di non trascurabile criticità per quanto attiene al profilo di indipendenza dell'ufficio nei confronti delle attività gestorie⁹.

La Fig. 3 offre uno spunto sintonico su come il Modello di *compliance* possa essere adeguatamente *personalizzato* senza che l'intermediario subisca perdite di efficienza o debba quanto meno registrare un decadimento qualitativo nelle sue *competenze* funzionali.

Al di sotto di questa soglia, l'operatore finirebbe per disegnare una cornice generale di *non conformità* alle Direttive di Vigilanza emanate da Bankitalia.

Le approssimazioni sono notevoli ed eliminano ogni possibilità di eccesso di burocrazia, laddove, per converso, tutto il personale è coinvolto in cicli continui di *apprendimento organizzativo*, sulla base di programmi disciplinari specifici di formazione tecnica, giuridica ed economica e logiche comunicazionali trasversali e plurivettoriali, per lo più informali e di elevato contenuto retrospettivo,

⁸ M. BOIDI, R. FRASCINELLI, P. VERNERO, *La compatibilità del Collegio sindacale quale Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in questa *Rivista*, 4-2011, pp. 147 ss.

⁹ M. BORTOLOTTO, A. DE SANCTIS, *Modello Organizzativo e piccole imprese: quale realtà?* in questa *Rivista*, 2-2010, p. 90.

conoscitivo, impulsivo, creativo e pro-attivo, in grado di capitalizzare *routine organizzative* non facilmente decodificabili, trasformare l'apprendimento individuale in apprendimento collettivo e rigenerare elementi non tangibili di successo già presenti nel patrimonio genetico del piccolo ed ipercompetitivo intermediario¹⁰.

4. Considerazioni conclusive

Il *management* impegnato in simili operazioni di rimodulazione funzionale certamente intuisce che “[...] i processi di innovazione e creatività organizzativa sono fenomeni emergenti, ovvero frutto di comportamenti spontanei che non possono essere pianificati, ma soltanto incentivati e supportati. Possono contribuire a creare un ambiente di lavoro orientato all'innovazione e alla creatività, alla progettazione ed implementazione di spazi organizzativi reali e virtuali, che facilitino la creazione, scambio e diffusione delle nuove conoscenze e dello sviluppo di un ambiente di lavoro che favorisca la costruzione di legami di fiducia, incoraggi la creatività organizzativa e l'innovazione e lo sviluppo di una cultura orientata alla partecipazione, alla condivisione, all'iniziativa individuale e collettiva [...]”¹¹.

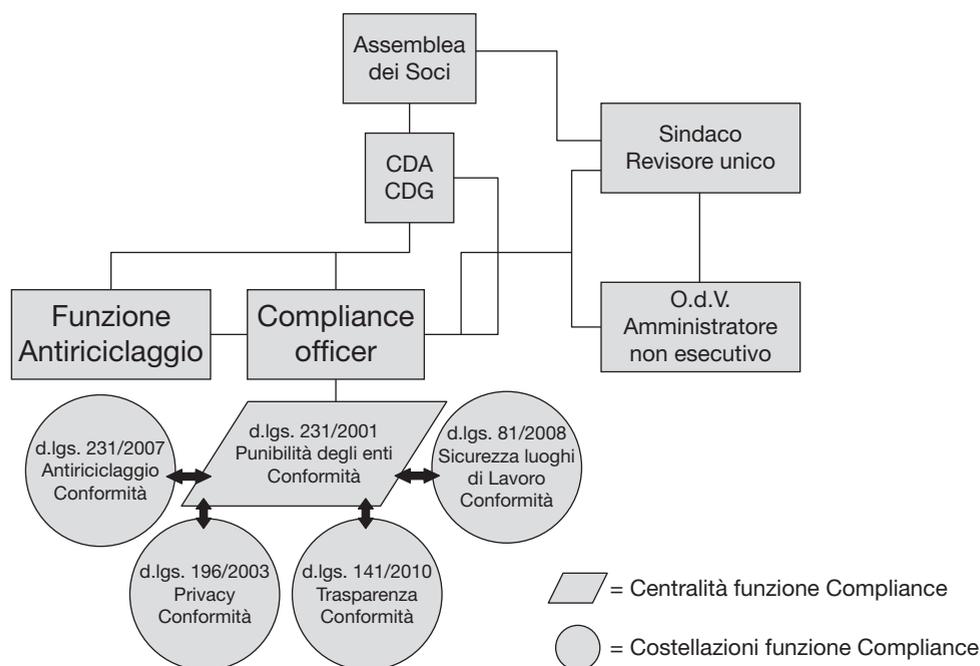


Fig. 3 - Modello *compliance* semplificato

¹⁰ G. CUPPINI, G. DELL'OLIO, C. PIROTTI, *Una modalità di applicazione della learning organization: le aree di lavoro*, in www.cuboconsulenza.com.

¹¹ F. MAIMONE, *La comunicazione organizzativa*, Franco Angeli, Milano, 2010, p. 163.

Per questo e per altre ragioni ampiamente in precedenza dibattute, non riteniamo possa rinunciarsi all'introduzione del Modello Organizzativo esimente di cui al d.lgs. 231/2001, anche perché, in tale non auspicata circostanza, ed in assenza dell'organo di IA, verrebbe meno una qualsivoglia attività di controllo formale e sostanziale sull'organizzazione oltre quello istituzionale assegnato al Collegio Sindacale.

Coloro che risulteranno iscritti nell'elenco di cui al novellato art. 106 TUB potranno scegliere di edificare un Modello di compliance program, come illustrato nelle Figg. 1 e 2, oppure ricorrere ad un Modello semplificato minimale, come mostrato in Fig. 3.

In caso contrario, qualora i relativi ambiti funzionali siano sagomati in un clima di endemico fabbisogno di varietà e forgiati in modo talmente indifferenziato da non permettere il contenimento delle unità organizzative indispensabili all'impianto e avvio del compliance program, l'unica soluzione dalle norme consentita, oltre l'opzione di abbandono, comporterà l'inevitabile implosione dell'intermediario nelle due undergraduate figure del semplice agente in attività finanziaria o mediatore creditizio, individuati rispettivamente negli artt. 128-quater e 128-sexies d.lgs. 141/2010.

Con l'avvertenza che la recente direttiva sull'antiriciclaggio richiama tra i soggetti obbligati alla sua osservanza anche gli intermediari minori/ausiliari ultimi citati, che saranno ad ogni modo monitorati e vigilati dall'Organismo per la tenuta dei rispettivi elenchi, la cui prima edizione è stata molto recentemente inaugurata dal MEF, con nomina di un membro componente proprio rappresentante e da Bankitalia, con integrazione di ulteriori quattro membri componenti.

Una vera rivoluzione, dunque, sta investendo il settore dell'intermediazione creditizia, secondo una logica di non lontana reminiscenza, con lunghe radici germoglianti dalla crisi finanziaria che negli ultimi cinque anni ha investito l'economia mondiale, con clamore di grida provenienti dagli utenti situati nella parte bassa della catena del valore del business, che richiedono sempre più trasparenza nei servizi finanziari offerti ed adeguatezza/sostenibilità dei relativi costi, e non secondarie esigenze di certezza da parte di tutti gli stakeholders delle imprese di intermediazione circa la capacità degli operatori di sopportare perdite monetarie e patrimoniali in relazione alla loro propensione al rischio.

Non ci sarà più spazio per coloro i quali non amano investire risorse proprie, avendo imparato a contare solo sul leverage, per catene distributive lunghe e senza controllo, per un management improvvisato, non molto acculturato e poco propenso all'innovazione.

Tale riconfigurazione settoriale richiederà ai competitors un impegnativo e per certi versi inedito tenore di patrimonializzazione, viepiù accompagnato da ingenti investimenti in organizzazione ed intangibile assets tali da innalzare notevolmente la leva operativa dei rispettivi e singolari progetti, ma per converso si preannuncia fin d'ora, quanto meno agli addetti ai lavori ed agli esperti analisti finanziari, come un mercato altamente attrattivo, da cui potrà estrapolarsi un sufficiente e ragionevole grado di stabilità competitiva in un orizzonte temporale di lungo periodo, e come logica conseguenza osservare nel tempo un significativo incremento di valore azionario in quelle aggregazioni sociali che, in veste di comprimari attori, lo avranno intelligentemente ed efficacemente arginato, circoscritto e diligentemente condiviso.