



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

IL MODELLO 231/2001 PER GLI ENTI NON PROFIT: UNA SOLUZIONE PER LA GESTIONE DEI RISCHI

Ottobre 2012

A cura del Gruppo di lavoro “D.Lgs. 231/2001 ed Enti non profit”

(in collaborazione con l’Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili)

Componenti

Nicola Agnoli

Carlo De Luca

Roberto De Luca

Annalisa De Vivo

Lorenzo Magrassi

Chiara Micarelli

IRDCEC

Comitato Direttivo

Marco Pezzetta

CNDCEC - Mandato 2008-2012

Aree di delega

Consulenza direzionale e organizzazione aziendale
Settore Non Profit

Consiglieri Delegati

Giovanni Parente

Domenico Piccolo



INDICE

I. INQUADRAMENTO NORMATIVO E APPLICABILITÀ DEL D.LGS. 231/2001 AL TERZO SETTORE	5
1. L'ambito applicativo del D.Lgs. 231/2001	5
1.1. I soggetti esclusi	6
1.2. La c.d. "zona d'ombra" e i nuovi orientamenti giurisprudenziali	6
2. I criteri di imputazione della responsabilità	8
3. I reati presupposto	10
4. Il sistema sanzionatorio	11
4.1. Sanzioni pecuniarie	11
4.2. Sanzioni interdittive	12
4.3. Le altre sanzioni; il commissariamento dell'ente	13
5. Gli enti appartenenti al Terzo Settore: le tipologie classificabili	14
6. Applicabilità della normativa al Terzo Settore	16
II. GLI ENTI APPARTENENTI AL TERZO SETTORE: ASPETTI DEFINITORI	17
1. Classificazione generale	17
2. Profilo schematico degli enti	19
III. LA PREDISPOSIZIONE DEL MODELLO ESIMENTE: LE FASI DI COSTRUZIONE	44
1. Premessa: caratteristiche e requisiti dei modelli organizzativi	44
2. Analisi e valutazione del sistema di controllo interno	45
3. Individuazione dei processi/attività a rischio-reato	48
4. Risk assessment	50
5. Principi e procedure di controllo	61
6. Codice etico e sistema disciplinare	66
IV. INDIVIDUAZIONE DEI SOGGETTI A RISCHIO	69
1. Premessa	69
2. Attività sensibili e reati potenziali	70
2.1. Reati potenziali e soggetti coinvolti	75
2.2. Strumenti di prevenzione e procedure di controllo	75
V. L'ORGANISMO DI VIGILANZA	81
1. Premessa	81
2. I requisiti e la composizione dell'OdV	81
3. I poteri e le funzioni	84
4. La responsabilità	85



APPENDICE: LE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA (FOB)	87
1. Le dimensioni economico-patrimoniali e organizzative delle FOB	87
2. La natura economica delle FOB	92
3. La governance e la struttura organizzativa delle FOB	93
4. Le FOB e i parametri dimensionali	96
5. Alcune considerazioni in merito alle attività sensibili e ai reati potenziali delle FOB	100



I. INQUADRAMENTO NORMATIVO E APPLICABILITÀ DEL D.LGS. 231/2001 AL TERZO SETTORE

1. L'ambito applicativo del D.Lgs. 231/2001

Il d.lgs. n. 231/2001¹ ha introdotto nel nostro ordinamento un peculiare meccanismo di imputazione della responsabilità ai seguenti soggetti diversi dalle persone fisiche: enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica. In virtù di detto meccanismo, è prevista l'imputazione all'ente della responsabilità derivante dalla commissione di alcuni reati, i cui autori sono sempre persone fisiche, in considerazione del particolare legame che esiste tra lo stesso ente e il soggetto che ha materialmente commesso l'illecito.

L'art. 1, comma 2, del decreto circoscrive l'ambito di applicazione delle disposizioni in esso contenute a tutti gli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.

Schematizzando, sono soggetti alla norma in commento:

- le persone giuridiche private;
- le società di persone, di capitali, cooperative;
- le associazioni non riconosciute;
- gli enti pubblici economici.

Si ritiene, inoltre, che la norma debba essere indirizzata ad ogni tipo di soggetto collettivo, ponendo l'attenzione sulla natura effettiva dell'ente. In altre parole, ai fini dell'assoggettamento alla norma appare corretto che la discriminante non debba essere ricercata nella tipologia di soggetto, bensì nell'attività da esso in concreto svolta. In tal senso si è pronunciata anche la recente giurisprudenza di legittimità (Cass., 21 luglio 2010, n. 28699), che ha affermato la responsabilità ex d.lgs. 231/2001 delle società a partecipazione pubblica quando svolgono attività economica.

A CHI SI APPLICA IL D.LGS. 231/2001

- ✓ Società di persone
- ✓ Società di capitali
- ✓ Società cooperative
- ✓ Associazioni con personalità giuridica
- ✓ Associazioni senza personalità giuridica
- ✓ Enti pubblici economici
- ✓ Enti privati concessionari di un pubblico servizio

¹ D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della L. 29 settembre 2000, n. 300).



1.1. I soggetti esclusi

Il terzo comma dell'art. 1 delimita una vera e propria zona franca, escludendo dall'ambito applicativo del decreto:

- lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali (Comuni, Regioni, Province), essendo gli stessi titolari di poteri pubblicistici;
- gli altri enti pubblici non economici, in quanto esercitano pubblici poteri;
- tutti gli altri enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (es. sindacati), in quanto l'interdizione allo svolgimento dell'attività sindacale verrebbe a limitare in modo significativo la loro rappresentatività, ponendo in pericolo le libertà costituzionali da essi tutelate.

A CHI NON SI APPLICA IL D.LGS. 231/2001 (C.D. "ZONA FRANCA")
✓ Stato ✓ Enti pubblici territoriali (Regioni, Province, Comuni) ✓ Enti pubblici non economici ✓ Enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (sindacati)

1.2. La c.d. "zona d'ombra" e i nuovi orientamenti giurisprudenziali

La legge delega (legge n. 300/2000) definisce "persone giuridiche" tutti gli enti forniti di personalità giuridica, ad eccezione dello Stato e degli "altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri". Tale ultima locuzione lascia spazio a non poche zone d'ombra.

In tali zone rientrano tutti quegli enti che, pur avendo soggettività pubblica, non esercitano poteri pubblici: l'Aci, la Cri, ma anche gli Ordini e i Collegi professionali, le aziende ospedaliere, le scuole, le università pubbliche, gli istituti di assistenza.

In merito a tali enti, i primi commentatori della norma si erano espressi nella direzione di una loro esclusione dall'ambito applicativo del decreto, motivando l'allontanamento dalla legge delega con la necessità di esonerare quegli enti che, pur non essendo provvisti di pubblici poteri, perseguono e curano interessi pubblici escludendo finalità lucrative. E in effetti un intervento di tipo sanzionatorio nei confronti di questi enti avrebbe delle indubbie ripercussioni sulla collettività, generando disservizi e disagi.

Nondimeno, negli ultimi anni si è verificata una vera e propria inversione di tendenza: nel settore sanitario, ad esempio, l'adozione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 viene oggi considerata ulteriore garanzia dell'organizzazione e della trasparenza dell'operato delle Aziende sanitarie pubbliche. Si è verificata così anche in tale settore una certa diffusione del modello e del codice etico comportamentale, la cui osservanza è finalizzata alla prevenzione degli eventuali illeciti.



IL SETTORE SANITARIO: L'ESPERIENZA DELLA REGIONE LOMBARDIA

Con i seguenti provvedimenti:

- ✓ D.G.R. n. VII/17864 del 11 giugno 2004 (Introduzione in via sperimentale nelle Aziende Sanitarie pubbliche di un Codice etico-comportamentale)
- ✓ Decreto del Direttore Generale Sanità n. 22361 del 9 dicembre 2004
- ✓ D.G.R. n. VIII/1375 del 14 dicembre 2005 (Determinazioni in ordine alla gestione del Servizio Socio Sanitario regionale per l'esercizio 2006)

la Regione Lombardia ha mutuato i principi contenuti nel d.lgs. 231/2001 ai fini dell'introduzione del codice etico e dell'implementazione del modello organizzativo nelle aziende sanitarie locali e ospedaliere.

L'Istituto Regionale di Ricerca della Lombardia (IRER) ha rilevato che, nell'anno di sperimentazione condotto da alcune A.S.L. e A.O., a prescindere da un mero discorso di prevenzione di reato, si sono ottenuti apprezzabili risultati quali:

- ✓ miglioramento di efficacia, di sicurezza e di controllo con benefici ipotizzabili sulla qualità del servizio reso agli utenti finali;
- ✓ riduzione dei costi interni;
- ✓ maggior soddisfazione del personale reso più coinvolto e responsabilizzato nella conduzione operativa dell'azienda.

All'ampliamento del novero dei soggetti destinatari della responsabilità amministrativa degli enti hanno poi contribuito alcuni recenti interventi della Suprema Corte.

Il primo di essi riguarda l'estensione della responsabilità ex d.lgs. 231/2001 anche alle imprese individuali (Cass. Pen., 20 aprile 2011, n. 15657). In specie, si è ritenuto che il criterio dirimente ai fini dell'applicabilità del decreto debba essere rinvenuto nel concetto di personalità giuridica e che l'impresa individuale possa essere assimilata a tutti gli effetti ad una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore come soggetto fisico che esercita una determinata attività. Inoltre secondo la Cassazione ciò che rileva maggiormente, ai fini dell'attrazione tra i soggetti destinatari della normativa, è la presenza di un'attività oggettivamente svolta in termini di organizzazione imprenditoriale. Molte imprese individuali, ad onta del *nomen juris*, dispongono di una struttura organizzativa articolata, nella quale l'operato dell'imprenditore non risulta esclusivo o imprescindibile per lo svolgimento delle attività. Da tali considerazioni si è desunta la necessità di allargare la portata del secondo comma dell'art. 1 del decreto, superando il dato letterale della norma che prevede la responsabilità solo per gli enti "dotati di personalità giuridica" e assimilando l'impresa individuale ad una persona giuridica a tutti gli effetti: la mancanza di un riferimento esplicito alle imprese individuali non equivale, pertanto, ad un'esclusione di tali soggetti dal campo applicativo della norma.

Con la sentenza n. 4703 del 7 febbraio 2012, la Cassazione ha infine incluso nel novero dei potenziali destinatari del decreto anche gli studi professionali, o comunque quelli costituiti in forma societaria, ritenendo legittima la misura cautelare dell'interdizione dall'esercizio dell'attività per un anno irrogata, ex art. 13 del Decreto 231, ad un ambulatorio odontoiatrico organizzato in forma di s.a.s.



2. I criteri di imputazione della responsabilità

La responsabilità amministrativa (di fatto para-penale) delle imprese insorge in relazione alla commissione dei reati sopra elencati da parte dei seguenti soggetti-persone fisiche ad essi legate:

- a) persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (cd. "soggetti in posizione apicale");
- b) persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei soggetti in posizione apicale, le quali eseguono nell'interesse dell'ente le decisioni intraprese dal vertice (cd. "soggetti sottoposti all'altrui direzione").

Con riferimento al criterio di imputazione soggettiva della responsabilità delle imprese il legislatore ha cercato, da un lato, di ancorarla a parametri di carattere soggettivo e, dall'altro, di attribuirle una natura autonoma rispetto a quella degli autori materiali del reato. Così, in caso di reato compiuto da soggetto in posizione apicale, l'ente non è responsabile se:

- prima della commissione del fatto ha adottato ed attuato **modelli organizzativi e di gestione** idonei a prevenire reati analoghi a quello verificatosi;
- ha affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo il compito di vigilare sul funzionamento di detti modelli e di curare il loro aggiornamento;
- a fronte del reato è stata riscontrata l'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi;
- il menzionato organismo di vigilanza ha espletato le sue funzioni nel modo corretto.

SOGGETTI IN POSIZIONE APICALE
<i>Amministratori</i> <i>Direttori generali</i> <i>Rappresentanti legali a qualsiasi titolo</i> <i>Preposti a sedi secondarie</i> <i>Direttori di unità operative</i>
Sono quei "soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa". Ai reati commessi da tali soggetti la legge associa una responsabilità tendenzialmente assoluta dell'ente.

Se ne deduce che il legislatore ha individuato nei modelli organizzativi e gestionali una imprescindibile fattispecie esimente dal reato, realizzando una vera e propria inversione dell'onere della prova: ove il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale, sarà la società a dover dimostrare che essi hanno violato il divieto da essa imposto ed eluso i modelli predisposti per la sua tutela.

Appare subito chiaro come il relativo accertamento sia tutt'altro che agevole.



L'ente, infatti, dovrà dimostrare non solo che la volontà criminale è riconducibile esclusivamente al soggetto che materialmente ha compiuto l'illecito, ma anche di avere efficacemente implementato un sistema idoneo a realizzare gli effetti preventivi previsti dalla norma. L'adozione dei modelli, la nomina dell'organismo di vigilanza e l'efficace esercizio delle funzioni di controllo da parte di quest'ultimo, l'elusione fraudolenta da parte dell'autore materiale del reato: sono questi gli elementi di prova che l'ente dovrà produrre al fine di sottrarsi all'applicazione delle sanzioni.

La relativa verifica dovrà essere effettuata dal giudice penale, tenuto ad accertare *post factum* non solo la colpevolezza dell'autore materiale del reato, ma anche la sussistenza delle suddette circostanze esimenti, valutando discrezionalmente l'adeguatezza del modello.

Dalla giurisprudenza sviluppata sull'argomento emerge peraltro un orientamento volto a valutare favorevolmente l'adozione di modelli che, ancorché successiva alla commissione del reato, sia anteriore all'apertura del dibattimento di primo grado (art. 12, comma 2 e art. 17, comma 1, del decreto). In tali ipotesi, nei confronti dell'ente colpevole che si "ravvede" non troveranno applicazione le sanzioni interdittive e saranno applicate in misura ridotta quelle pecuniarie.

Al contrario, ove il reato sia stato compiuto da soggetti sottoposti all'altrui direzione, la responsabilità dell'ente sussiste se lo stesso sia stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Ciò in quanto la diversa posizione di tali soggetti nell'ambito della gerarchia aziendale induce a ritenere che la volontà criminale degli stessi non possa essere ricondotta direttamente in capo all'ente, essendo a tal fine necessaria l'inosservanza, da parte degli organi dirigenti, degli obblighi di direzione e vigilanza ad essi imposti. Anche in tal caso, tuttavia, detta inosservanza è esclusa se l'ente ha adottato modelli organizzativi che prevedono misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge, nonché ad eliminare le eventuali situazioni reputate a rischio.

La differenza rispetto all'ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale sta nell'onere della prova, che nel primo caso grava sull'ente, presunto colpevole, mentre in quest'ultima circostanza grava sull'accusa, alla quale spetterà il compito di dimostrare la mancata adozione o attuazione del modello da parte dell'ente. In altre parole il legislatore pone a favore dell'ente una presunzione relativa, il cui superamento è a carico dell'accusa.

SOGGETTI SOTTOPOSTI ALL'ALTRUI DIREZIONE

Lavoratori dipendenti

Collaboratori

Agenti

Parasubordinati

Distributori - Fornitori

Consulenti

Sono quei soggetti che eseguono nell'interesse dell'ente le decisioni intraprese dal vertice.
Ai reati commessi da tali soggetti è associata una responsabilità dell'ente per colpa.



3. I reati presupposto

Il catalogo dei reati dalla cui commissione deriva la responsabilità amministrativa dell'ente è stato oggetto di numerosi interventi integrativi. Si tratta evidentemente di un catalogo destinato ad ampliarsi, attesa la volontà del legislatore di compiere un'opera di "riempimento" del decreto, attraverso una progressiva e graduale integrazione dei reati presupposto.

Ad ogni modo, la sua composizione attuale è la seguente:

- art. 24 (Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico)
- art. 24-bis (Delitti informatici e trattamento illecito di dati)
- art. 24-ter (Delitti di criminalità organizzata)
- art. 25 (Concussione e corruzione)
- art. 25-bis (Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento)
- art. 25-bis.1 (Delitti contro l'industria e il commercio)
- art. 25-ter (Reati societari)
- art. 25-quater (Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico)
- art. 25-quater.1 (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili)
- art. 25-quinquies (Delitti contro la personalità individuale)
- art. 25-sexies (Abusi di mercato)
- art. 25-septies (Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro)
- art. 25-octies (Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita)
- art. 25-novies (Delitti in materia di violazione del diritto d'autore)
- art. 25-decies (Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria)
- art. 25-undecies (Reati ambientali)
- art. 25-duodecies (Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare)



4. Il sistema sanzionatorio

Le sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001 vengono applicate dal giudice competente con sentenza di condanna, impugnabile davanti alla corte d'appello e suscettibile di revisione, qualora dopo la condanna emergano elementi che potrebbero portare ad escludere la responsabilità dell'ente.

Pur essendo definite come "amministrative", le sanzioni in esame sono irrogate dal giudice penale attraverso un procedimento che prevede l'applicazione delle stesse garanzie previste per il processo penale. Al riguardo, si è parlato di una natura amministrativa "ibrida" della persona giuridica, valutata dal giudice penale nell'ambito di un processo a carico di un altro soggetto (persona fisica).

Invero, la questione relativa alla natura amministrativa o penale delle sanzioni di seguito descritte attiene più al piano formale che a quello sostanziale, dal momento che nel tempo gli istituti e le garanzie proprie del diritto penale si sono estesi al diritto amministrativo.

Per tale motivo si ritiene inoltre che al sistema sanzionatorio delineato dalla norma in commento non debbano essere attribuite finalità "rieducative", dal momento che la sanzione è diretta ad enti il cui personale è sempre sostituibile e la cui attività è in ogni momento suscettibile di modifiche correlate al ricambio dei vertici aziendali.

4.1. Sanzioni pecuniarie

Le sanzioni pecuniarie sono determinate "per quote", secondo un meccanismo che richiede al giudice una doppia valutazione, al fine di adeguare la sanzione non solo alla gravità del fatto, ma anche alle condizioni economiche dell'ente.

In altre parole, la sanzione è determinata in due momenti:

- definizione del numero delle quote, che non possono essere inferiori a cento né superiori a mille. Nell'ambito di tale intervallo le singole fattispecie prevedono, a seconda del reato presupposto, il limite minimo e massimo per esso irrogabile. In questa prima fase la valutazione deve essere effettuata avendo riguardo a fattori quali la gravità del reato, il grado di responsabilità dell'ente, nonché il comportamento assunto dallo stesso al fine di eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti;
- definizione dell'importo della singola quota, che deve essere compreso tra un minimo di euro 258,23 e un massimo di euro 1.549,00. In tal caso la scelta deve essere effettuata avendo riguardo alle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione.

L'entità della sanzione pecuniaria si ottiene moltiplicando il numero complessivo delle quote per il valore attribuito a ciascuna di esse. Tale meccanismo garantisce una determinazione della sanzione più equa, trasparente e conforme ai principi di uguaglianza sostanziale affermati dall'art. 3 Cost. Il sistema così delineato, infatti, consente dapprima di stimare la gravità del reato secondo la logica commisurativa, che conduce alla determinazione del numero complessivo delle quote e, successivamente, di tarare l'efficacia della sanzione sulle effettive condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, giungendo ad individuare l'importo della singola quota.

La scelta di tale meccanismo nasce dall'esigenza di garantire l'equità e l'efficienza della sanzione in un contesto economico complesso, caratterizzato da realtà imprenditoriali assolutamente differenti, in cui convivono piccole e medie imprese accanto a gruppi di maggiori dimensioni.



4.2. Sanzioni interdittive

L'art. 9, comma 2, del decreto, elenca le seguenti sanzioni interdittive:

- interdizione dall'esercizio dell'attività;
- sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
- esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e revoca di quelli già concessi;
- divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Le sanzioni descritte sono in gran parte mutate dal diritto penale.

Essendo finalizzate a distogliere l'impresa dal compimento di attività delittuose, esse sono particolarmente invasive. Per tale motivo il legislatore ne dispone l'applicazione solo in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste e solo se ricorra almeno una delle seguenti condizioni:

- l'ente ha tratto dall'illecito un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione. In quest'ultimo caso la commissione del reato deve essere stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;
- in caso di reiterazione degli illeciti.

Data la particolare efficacia afflittiva di tali sanzioni, che di fatto vanno a delimitare il campo d'azione dell'ente, il legislatore ne ha limitato l'applicazione solo ai reati più gravi, stabilendo inoltre che la loro durata sia compresa tra un minimo di tre mesi e un massimo di due anni.

Le sanzioni in commento devono avere ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente: ciò denota la volontà di non voler paralizzare *in toto* l'attività d'impresa.

La scelta del tipo e della durata della sanzione deve essere effettuata nel rispetto dei criteri indicati per le sanzioni pecuniarie: gravità del fatto, grado di responsabilità dell'ente, attività svolte da quest'ultimo al fine di eliminare o attenuare le conseguenze dannose dell'illecito e per prevenire la commissione di ulteriori reati.

L'interdizione dall'esercizio di un'attività implica la sospensione o la revoca di tutte le autorizzazioni, le licenze e le concessioni necessarie per lo svolgimento della stessa: stante la sua particolare gravità, essa può essere comminata solo nel caso in cui l'irrogazione di altre sanzioni risulti inadeguata.

La natura temporanea delle sanzioni interdittive è peraltro derogata dalla norma allorché la stessa dispone che l'interdizione dall'esercizio dell'attività, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione e il divieto di pubblicizzare beni o servizi possono trovare applicazione definitiva ove l'ente sia già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni. In tal caso, infatti, la reiterazione dell'illecito da parte dell'ente, vanificando gli obiettivi di prevenzione posti dalla norma, rende necessario un intervento sanzionatorio più rigoroso.



SANZIONI INTERDITTIVE

- ✓ Interdizione dall'esercizio dell'attività
- ✓ Sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito
- ✓ Divieto di contrattare con la p.a., salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio
- ✓ Esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi
- ✓ Divieto di pubblicizzare beni o servizi

4.3. Le altre sanzioni; il commissariamento dell'ente

Il sistema sanzionatorio delineato dal d.lgs. 231/2001 è completato dalla previsione di due ulteriori sanzioni: la pubblicazione della sentenza e la confisca.

Pubblicazione della sentenza

il tribunale può disporre la pubblicazione - per una sola volta - della sentenza di condanna su uno o più giornali indicati dal giudice nella sentenza, ovvero per affissione nel Comune in cui è ubicata la sede principale dell'ente. Quest'ultimo dovrà sostenere le spese della pubblicazione, che sarà eseguita a cura della cancelleria del giudice.

L'applicazione della sanzione è facoltativa e la relativa scelta è rimessa al giudice; ciò in quanto dalla misura in oggetto possono derivare gravi conseguenze per l'impresa, la cui immagine può essere irreparabilmente danneggiata, anche nel caso in cui essa non sia quotata in un mercato regolamentato.

Perciò tale sanzione può essere disposta solo nel caso in cui nei confronti dell'ente sia applicata una sanzione interdittiva, cioè nelle ipotesi di maggiore gravità: in tal caso, infatti, l'interesse dei terzi alla conoscenza della condanna inflitta all'ente è ben legittimato.

Confisca

Con la sentenza di condanna è sempre disposta la confisca, misura destinata a sottrarre all'ente il prezzo o il profitto del reato, ad eccezione della parte che può essere restituita al danneggiato.

In ogni caso sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede sull'oggetto destinato alla confisca, che restano impregiudicati dalla stessa.

Laddove il recupero materiale del prezzo o del profitto non sia possibile, la norma dispone la confisca c.d. "per equivalente", avente ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato. In quest'ultima ipotesi il fine della sanzione è quello di penalizzare l'ente dal punto di vista economico, privandolo di un *quantum* equivalente al vantaggio economico conseguito.



Commissariamento dell'ente

A fini di tutela di interessi eminentemente pubblicistici è ispirata la disciplina del commissario giudiziale.

In particolare, la norma contempla l'ipotesi in cui la sanzione interdittiva sia applicata nei confronti di un ente che svolge un pubblico servizio ovvero un servizio di pubblica necessità. L'art. 15 del d.lgs. 231/2001 dispone che, ove sussistano i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva dalla quale deriva l'interruzione dell'attività, il giudice può disporre - in luogo dell'applicazione della sanzione - la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo corrispondente alla durata della misura irrogabile, ove ricorra almeno una delle due seguenti condizioni:

- a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità dalla cui interruzione può derivare un grave pregiudizio alla collettività;
- b) considerate le dimensioni dell'ente e le condizioni economiche del territorio in cui è situato, l'interruzione della sua attività può dare luogo a rilevanti ripercussioni sull'occupazione.

I poteri e i compiti del commissario devono essere indicati dal giudice nella sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente, tenendo conto della specifica attività nella quale è stato posto in essere l'illecito.

Nell'ambito di dette indicazioni il commissario dovrà curare l'adozione e l'efficace attuazione, all'interno dell'ente, di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Il commissario, inoltre, non può compere atti di straordinaria amministrazione senza il consenso del giudice.

Quanto detto lascia presumere che le funzioni poste in capo al commissario siano per lo più esecutive, essendo rimessi al giudice tutti i poteri decisionali, sia in merito alla definizione dei compiti del commissario, sia in relazione all'adozione dei modelli, che è semplicemente "curata" da quest'ultimo, sia, infine, con riferimento alla necessità dell'autorizzazione per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

La norma dispone infine la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività. Tale disposizione rispecchia la natura sanzionatoria del provvedimento adottato dal giudice. La prosecuzione dell'attività sostituisce comunque una sanzione: per tale motivo l'ente non deve essere posto in condizioni tali da ricavare un profitto dallo svolgimento di un'attività che, ove non avesse avuto ad oggetto un pubblico servizio, sarebbe stata interrotta.

5. Gli enti appartenenti al Terzo Settore: le tipologie classificabili

A partire dagli anni '70, anche a seguito della crisi del *Welfare*, si registra nel nostro ordinamento un fenomeno di crescente espansione delle formazioni non profit a carattere produttivo e imprenditoriale che affiancano lo Stato negli ambiti tradizionali di intervento di utilità collettiva, cui è conseguito il moltiplicarsi della legislazione settoriale di sostegno.

Sulla base di questi dati storici e statistici, oggi si utilizza la locuzione "ente non profit" quale sinonimo di ente non lucrativo ovvero di ente del Libro I del Codice Civile, espressioni il cui comune denominatore è rappresentato dall'assenza della previsione di un lucro soggettivo in favore dei componenti.



Il progressivo aumento del numero di enti considerati dal legislatore meritevoli di appartenere al settore non profit, che, come si è detto, è stato scandito da un susseguirsi di leggi speciali, ha finito, tuttavia, con lo svuotare la normativa di diritto comune – ed in particolare quella dedicata alle persone giuridiche –, relegata ormai a disciplinare fenomeni marginali. La nozione unitaria di ente si è andata frantumando in favore di una proliferazione di nuove forme giuridiche analizzate nel dettaglio nel prosieguo del lavoro.

Ciò che accomuna le diverse tipologie di enti non profit è, come accennato, la non lucratività dello scopo. Tale criterio è pressoché pacificamente ritenuto in dottrina quale quello maggiormente valido al fine di individuare la divisione esistente tra mondo *profit* e mondo *non profit*, criterio che, in concreto, si realizza a livello organizzativo e statutario mediante la previsione del divieto di distribuzione degli utili, accompagnato da quello dell'obbligo di devoluzione a soggetti analoghi o a fini pubblici in caso di scioglimento.

Tale fattore non comporta, tuttavia, che il fine dell'ente non profit debba essere necessariamente altruistico, essendo, viceversa, numerosi gli enti costituiti per procurare ai propri associati dei benefici, purché, come si è detto, non sia prevista tra i partecipanti una distribuzione di utili.

Una delle caratteristiche della legislazione speciale è, anzi, quella di favorire l'autofinanziamento delle organizzazioni non lucrative anche mediante l'esercizio di attività economiche. Così avviene, ad esempio, per gli enti di volontariato, che possono trarre risorse da *“attività commerciali e produttive marginali”* (art. 5, comma 1, lett. g, l. 11.8.1991, n. 266); le associazioni di promozione sociale, che possono autofinanziarsi mediante *“proventi della cessione di beni e servizi agli associati e a terzi, anche attraverso lo svolgimento di attività economiche di natura commerciale, artigianale o agricola, svolte in maniera ausiliaria e sussidiaria e comunque finalizzate al raggiungimento degli obiettivi istituzionali”* (art. 4, lett. f), l. 7.12.2000, n. 383); le fondazioni enti lirici, che oltre a gestire teatri e spettacoli, possono svolgere attività commerciali ed accessorie in conformità agli scopi istituzionali (art. 3, comma 2, d.lgs. 29.6.1996, n. 367); e le fondazioni bancarie che possono esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statuari ed esclusivamente nei settori rilevanti (art. 3, comma 1, d.lgs. 17.5.1999, n. 153). Da ultimo, possono assumere altresì natura imprenditoriale gli enti dotati della qualifica di ONLUS, nei limiti previsti dalla legge e godendo dei relativi benefici fiscali (art. 10, comma 5, d.lgs. 460 del 1997).

Il *favor* del legislatore verso l'autofinanziamento degli enti appartenenti al Terzo Settore non è, tuttavia, indiscriminato: il riconoscimento della piena legittimità di svolgimento di attività imprenditoriale si coniuga, infatti, con una delimitazione precisa dei settori operativi e ciò al fine di fugare i rischi connessi alla progressiva deviazione dell'ente dai propri fini istituzionali.

Lo svolgimento di attività imprenditoriale viene, infine, utilizzato in dottrina al fine di individuare quattro modelli diversi di esercizio e, per l'effetto, di tipologie di enti: (i) il primo, soggetto al vincolo della marginalità, tipico delle organizzazioni di volontariato; (ii) il secondo subordinato ai requisiti della ausiliarità e sussidiarietà, riconducibile alle associazioni di promozione sociale; (iii) il terzo, riguardante le fondazioni di origine bancaria, che possono svolgere attività d'impresa purché strumentale; (iv) il quarto, riferibile alle cooperative sociali, in cui l'attività d'impresa è esercitata in via primaria od esclusiva, nonché all'impresa sociale, dedicata all'esercizio di attività d'impresa in via stabile e principale.

Alla luce delle considerazioni suesposte in ordine allo svolgimento di attività di tipo imprenditoriale da parte degli enti del Terzo Settore, è evidente che la valutazione circa la sussistenza di margini di rischio derivanti da esposizione a responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001, il cui presupposto applicativo è, peraltro, del tutto indipendente dal riconoscimento dell'ente stesso, assume una rilevanza del tutto cruciale.



Prima di procedere con la disamina dei passaggi principali della costruzione del modello di prevenzione dei reati, si ritiene opportuno fare un breve cenno alle qualifiche “trasversali” del Terzo Settore, vale a dire quelle di ONLUS e di impresa sociale.

6. Applicabilità della normativa al Terzo Settore

Fin dall’entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, si è a lungo discusso in merito alla applicabilità dello stesso al Terzo Settore. Invero, trattandosi nella maggior parte dei casi di associazioni (espressamente incluse ex art. 1 del decreto), il loro assoggettamento alla disciplina *de qua* avrebbe dovuto essere scontato. Tuttavia, attesa la “sensibilità” di alcuni servizi offerti da enti quali ONLUS, ONG, ecc., si è fortemente dubitato che questi ultimi potessero essere assoggettati alla responsabilità da reato: a favore dell’esonero sono state addotte l’assenza del fine di lucro e la carenza del necessario carattere imprenditoriale dell’attività svolta.

Orbene, si ritiene che tali dubbi debbano essere superati avendo riguardo sia al tenore letterale della disposizione, sia all’attività in concreto svolta da molti di questi enti: basta pensare ai valori immobiliari e mobiliari detenuti da alcune fondazioni, ovvero alle associazioni sportive dilettantistiche, che in molti casi diventano strumento di frodi fiscali, truffe e malversazioni. Pare evidente, dunque, che anche gli operatori del mondo non profit debbano essere ritenuti soggetti a rischio 231, considerate, in alcuni casi, le rilevanti conseguenze anche sociali potenzialmente derivanti dalla commissione di un illecito.

In senso conforme si è espressa anche in tal caso la giurisprudenza, risolvendo i numerosi dubbi interpretativi: con la sentenza del 22 marzo 2011 il Giudice dell’udienza preliminare del Tribunale di Milano, pronunciandosi su richiesta delle parti ex art. 63 d.lgs. n. 231/2001, ha condannato un’associazione volontaria di pubblica assistenza (A.N.P.A.) per il delitto di truffa ai danni dello Stato (art. 640, co. 2, n. 1, c.p.), previsto tra i reati presupposto dall’art. 24, co. 1, del d.lgs. 231/2001. In specie, la Onlus in questione è stata condannata per le condotte fraudolente attraverso le quali simulava nei confronti dei terzi la propria natura solidaristica e volontaristica (senza fini di lucro) per ottenere sussidi e contributi a titolo gratuito, nonché per assicurarsi contratti e convenzioni con enti e istituzioni pubbliche, anche in mancanza dei requisiti necessari. L’associazione condannata dal Tribunale milanese, pur agendo sotto la veste giuridica di un ente non profit, in realtà svolgeva attività sostanzialmente imprenditoriale nel settore sanitario perseguendo, anche e soprattutto in maniera illecita, ben precisi interessi economici. In via preliminare, il giudice adito ha contestato ai rappresentanti della Onlus, anche in concorso, una serie di reati che hanno portato al patteggiamento della pena in sede di udienza preliminare. Successivamente, in base all’art. 63 del decreto, in presenza di giudizio definitivo in capo agli imputati (i legali rappresentanti dell’ente), il giudice per l’udienza preliminare, in ossequio alle disposizioni di cui all’art. 9 (sanzioni amministrative) e all’art. 19 (confisca) del medesimo decreto, ha applicato la sanzione pecuniaria di 26.000 euro all’ente non commerciale, disponendo altresì la confisca delle giacenze bancarie e di tutti gli automezzi già oggetto del sequestro preventivo disposto dal Gip nel 2010, ritenendo, dunque, corretta l’applicazione delle sanzioni e delle misure interdittive previste dal d.lgs. 231/2001.



II. GLI ENTI APPARTENENTI AL TERZO SETTORE: ASPETTI DEFINITORI

1. Classificazione generale

Gli Enti non profit (Enp) non hanno una sistematica definizione e classificazione normativa nell'ordinamento italiano. In generale, con la locuzione "enti non profit" è possibile identificare le organizzazioni la cui attività non ha come fine principale il perseguimento di un lucro soggettivo ed è svolta in ambiti di natura sociale di tipo solidaristico, quali l'assistenza sociale, la tutela dei soggetti svantaggiati, l'istruzione, la promozione di attività artistico-culturali, la ricerca scientifica, l'erogazione di servizi sociali e religiosi, la salvaguardia ambientale.

Al fine di provare a definire con più chiarezza il variegato settore degli Enp, può risultare utile partire dall'elencazione fornita dal Principio contabile per gli enti non profit n. 1, "Quadro sistematico per la preparazione e la presentazione del bilancio degli enti non profit" – emanato congiuntamente nel maggio 2011 dall'Organismo italiano di contabilità (Oic), dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (Cndcec) e dall'Agenzia per il terzo settore – che fa rientrare tra tali Enp una serie di soggetti "a livello giuridico", ovvero partendo dalle caratteristiche loro attribuite dalla norma istitutiva o novellata.

Peraltro, l'elencazione del Principio contabile Enp n. 1 non distingue tra forma giuridica e tipologia dell'ente che si caratterizzi per la disciplina di settore, circostanza dalla quale si evince, ancora una volta, l'ambigua, se non incoerente, struttura/articolazione giuridica del settore, in cui, ad esempio, molti Enp possono essere o sono di diritto Onlus, le associazioni di promozione sociale possono essere a loro volta associazioni riconosciute, associazioni non riconosciute, movimenti o gruppi, e le organizzazioni di volontariato possono assumere, pur con alcuni limiti, qualsiasi forma (e così via): in sostanza, alcune forme giuridiche e alcune tipologie identificate dalla disciplina di settore si intersecano, altre, di fatto, si sovrappongono.

Per questo motivo appare opportuno illustrare il settore articolando la distinzione dei soggetti in funzione di tre variabili di classificazione. Prima di far ciò, preme rimarcare, infine, che molte questioni giuridiche relative, ad esempio, alla personalità giuridica, all'autonomia patrimoniale o alla responsabilità, sono ad oggi controverse in dottrina; tali questioni non saranno però approfondite in questa sede, se non quando strettamente necessario, considerati gli obiettivi espositivi del presente capitolo, i cui contenuti si cercherà di sviluppare attenendosi strettamente alla norma.

Tutto ciò premesso, si riporta di seguito un'elencazione degli Enp, appunto, in funzione di forma giuridica, discipline di settore e discipline di rilievo esclusivamente fiscale, ricordando che un Enp potrebbe appartenere anche a tutte e tre le classi e che l'elemento comune alle stesse resta la finalità non lucrativa dei soggetti che vi rientrano.

Successivamente, in relazione alle classificazioni per forma giuridica e disciplina di settore, per le tipologie che si ritengono più esposte ai rilievi del d.lgs 231/2001, sono indicati i precisi riferimenti normativi e le principali specificità inerenti al loro scopo e costituzione, alle caratteristiche giuridiche, alla struttura organizzativa e agli obblighi formali da espletare e a limiti stabiliti dal legislatore; in relazione alla classificazione per disciplina di rilievo esclusivamente fiscale (e quindi con riferimento alle imprese sociali e alle Onlus), considerata la complessità della materia e gli obiettivi del presente documento, si forniscono alcune indicazioni generali circa la regolamentazione prevista dal legislatore; infine, alle fondazioni e alle associazioni bancarie è dedicato un capitolo specifico del



presente lavoro, in ragione del ruolo ricoperto dalle stesse nel panorama nazionale e delle criticità pertinenti alla loro gestione in rapporto al d.lgs. 231/2001.

A Forma giuridica:

- A.1 associazioni riconosciute (art. 14 e segg., c.c.);
- A.2 fondazioni riconosciute (art. 14 e segg., c.c.);
- A.3 associazioni non riconosciute (art. 36 e segg., c.c.);
- A.4 comitati (art. 39 e segg., c.c.);
- A.5 Cooperative.

B Disciplina di settore:

- B.1 fondazioni e associazioni bancarie (D.Lgs. 20.11.90, n.356, e L. 23.12.98, n.461; D.Lgs. 17.05.1999, n. 153);
- B.2 organizzazioni di volontariato (L. 11.08.1991, n.266);
- B.3 associazioni sportive e società sportive dilettantistiche (L. 16.12.1991, n. 398, e art. 90, L. 27.12.2002, n. 289);
- B.4 enti lirici (D.Lgs. 29.06.1996, n.367);
- B.5 associazioni di promozione sociale.

C Disciplina di rilievo esclusivamente fiscale

- C.1 imprese sociali (D.Lgs. 24.03.2006, n. 155, e decreti ministeriali del 24 gennaio 2008);
- C.2 Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale (Onlus).

Si fa presente che la numerazione dei paragrafi successivi che segue, per le tipologie trattate, riproduce fedelmente quella contenuta nell'elenco sopra riportato.



2. Profilo schematico degli enti

A FORMA GIURIDICA

A.1 Associazioni riconosciute

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Codice civile, articoli 14 e seguenti.

SCOPO E COSTITUZIONE

Le associazioni sono enti costituiti da più persone, fisiche o giuridiche, al fine di perseguire scopi definiti, generalmente di natura altruistica o ideale.

Che l'associazione non abbia finalità di lucro emerge dalle disposizioni di legge in materia: i contributi degli associati sono versati a fondo perduto, non avendo diritto l'associato alla restituzione di quanto versato in caso abbia receduto, sia stato escluso o comunque abbia cessato di appartenere all'associazione; in secondo luogo, nel caso di trasformazione o di scioglimento di un ente, al quale sono stati donati o lasciati beni con destinazione a scopo diverso da quello proprio dell'ente, l'autorità governativa devolve tali beni, con lo stesso onere, ad altre persone giuridiche che hanno fini analoghi.

Lo scopo di natura ideale dell'ente non è in antitesi col fatto che spesso l'associazione eserciti un'attività economica, purché tale attività sia strumentale al perseguimento di quello scopo.

CARATTERISTICHE

È un elemento essenziale dell'associazione la presenza di un gruppo di associati la cui volontà determina le caratteristiche operative dell'ente.

Il riconoscimento costituisce il secondo elemento distintivo di questa tipologia di enti: le associazioni riconosciute come persone giuridiche sono quelle cui la competente autorità ha concesso il riconoscimento, che si perfeziona con l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche.

La personalità giuridica ottenuta con riconoscimento da parte dell'autorità competente rappresenta uno status che implica una serie di conseguenze (benefici). La prima è l'autonomia patrimoniale dell'ente, con riguardo, appunto, alla distinzione e all'autonomia tra il patrimonio dell'associazione e il patrimonio personale degli associati e degli amministratori: gli associati rispondono pertanto delle obbligazioni dell'ente solo nei limiti della quota associativa e degli ulteriori contributi versati. Pertanto i creditori dell'ente non possono chiedere agli associati il pagamento dei debiti contratti dall'associazione né i creditori personali dei singoli associati possono pretendere dall'associazione il soddisfacimento dei crediti vantati.

La seconda conseguenza del riconoscimento è rappresentata dalla concessione di una limitazione di responsabilità degli amministratori per le obbligazioni assunte per conto dell'associazione.



La terza, consiste nella facoltà per l'ente di accettare eredità, legati e donazioni e di acquistare beni immobili.

Altro elemento che contraddistingue le associazioni è la struttura aperta del rapporto associativo: nuovi soggetti possono intervenire nell'associazione già costituita senza che questo comporti un cambiamento nell'atto costitutivo e potendo quindi l'associazione essere composta da un numero illimitato di associati. A tale caratteristica è connessa la circostanza secondo la quale possono far parte dell'associazione quanti abbiano interessi dello stesso tipo di quelli che portarono alla costituzione del rapporto associativo: ciò non implica evidentemente che chiunque abbia tale interesse possa automaticamente vantare il diritto di entrare nell'associazione poiché, trattandosi di un contratto, la proposta di adesione può essere respinta e non c'è obbligo da parte dell'associazione di accettarla; viceversa, questo significa che sarebbe illecito l'atto costitutivo che vietasse l'ingresso di nuovi soci o che lasciasse al mero arbitrio degli amministratori la facoltà di decidere in merito alle nuove ammissioni.

STRUTTURA

L'associazione è caratterizzata da una propria struttura, composta obbligatoriamente da due organi: l'assemblea e gli amministratori.

L'assemblea, formata dagli associati, costituisce l'organo che forma la volontà dell'associazione: tramite il voto, gli associati deliberano a maggioranza e determinano l'attività dell'associazione.

Agli amministratori competono le attribuzioni di amministrazione dell'ente e di esecuzione delle delibere dell'assemblea.

OBBLIGHI

Le associazioni sono soggette a obblighi formali specifici seguenti alla circostanza che per la loro costituzione è obbligatorio stipulare un negozio giuridico per atto pubblico. Tale forma è necessaria anche per modificare o integrare l'atto costitutivo o lo statuto.

Lo statuto può essere un atto distinto o inglobato nell'atto costitutivo, unitamente alle disposizioni di legge. Lo statuto regola la struttura e l'attività dell'ente.

Le associazioni riconosciute sono soggette a obblighi e limiti particolari previsti dal legislatore in tema di amministrazione e di rappresentanza, di assemblea e di deliberazioni degli associati, di recesso e di esclusione degli stessi, di diritti sul patrimonio comune, di trasformazione, di estinzione e di devoluzione dei beni.

Secondo l'art. 20, c.c., l'assemblea delle associazioni deve essere convocata dagli amministratori una volta all'anno per l'approvazione del bilancio. Da ciò discende evidentemente l'obbligo per le associazioni riconosciute di redigere un bilancio, benché il codice civile non contenga disposizioni in tema di bilancio di associazioni e fondazioni.

Nel rispetto dei requisiti previsti dalla legge, le associazioni riconosciute possono divenire anche Onlus, fruendo dei relativi benefici.



A.2 Fondazioni riconosciute

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Codice civile, articoli 14 e seguenti.

SCOPO E COSTITUZIONE

La fondazione è un ente generalmente costituito da un'unica persona, fisica o giuridica, che destina una determinata somma o un determinato patrimonio al fine di perseguire uno scopo definito, di regola altruistico o ideale. I fondatori possono essere più d'uno.

La fondazione può anche essere costituita attraverso una disposizione testamentaria, nel qual caso sorge dopo la morte del fondatore e ha come patrimonio un suo lascito.

A differenza dell'associazione, la fondazione è caratterizzata esclusivamente dall'elemento patrimoniale: fondamentale quindi, oltre allo scopo, è la sussistenza di un determinato patrimonio, mentre a differenza delle associazioni non si riscontra la presenza di un gruppo di associati, ma solo di un'organizzazione che gestisca il patrimonio di cui è dotata per le finalità prefissate.

CARATTERISTICHE

Le fondazioni riconosciute, come le associazioni riconosciute, sono delle persone giuridiche.

Nell'ordinamento italiano la fondazione acquisisce la personalità giuridica solo con il riconoscimento, mancando il quale non dispone di alcuna autonomia patrimoniale, nemmeno imperfetta, a differenza dell'associazione non riconosciuta (sebbene una certa dottrina individui una fondazione non riconosciuta, dotata di una limitata autonomia patrimoniale, nel comitato).

Le fondazioni devono quindi costituirsi per atto pubblico e richiedere il riconoscimento. Ottenuto il riconoscimento e iscritte nel registro delle persone giuridiche, le fondazioni acquistano la personalità giuridica, con conseguente autonomia patrimoniale. Il patrimonio del fondatore diviene pertanto del tutto distinto rispetto al patrimonio della fondazione.

STRUTTURA

Nella fondazione, la cui attività è quindi determinata dalla volontà del fondatore, manca un'assemblea degli associati.

OBBLIGHI

Come per le associazioni riconosciute, la disciplina delle fondazioni è soggetta a vincoli particolari. Ottenuto il riconoscimento o iniziata l'attività, l'atto di fondazione non può più essere revocato dal fondatore; inoltre le fondazioni non possono essere revocate dagli eredi del fondatore.

L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; inoltre esse sono soggette a particolari obblighi e limiti in tema di amministrazione e di rappresentanza, di trasformazione, di estinzione e di devoluzione dei beni.



Nel rispetto dei presupposti e dei requisiti previsti dalla legge, possono divenire anche Onlus, fruendo dei relativi benefici.

A.3 Associazioni non riconosciute

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Codice civile, articoli 36 e seguenti.

SCOPO E COSTITUZIONE

Come per le associazioni riconosciute, anche le associazioni non riconosciute si costituiscono tramite l'accordo tra gli associati, persone fisiche o giuridiche, che si manifesta nel contratto di associazione, ovvero nell'atto costitutivo. Normalmente, quindi, le associazioni non riconosciute sono enti composti da più individui tra loro associati che non hanno richiesto o non hanno comunque ottenuto il riconoscimento, o rispetto ai quali il procedimento di riconoscimento è ancora in corso.

Pertanto la legge non prevede alcuna formalità per il perfezionamento del contratto associativo, il quale potrebbe quindi anche essere valido, se realizzato con semplice scrittura privata o addirittura oralmente.

CARATTERISTICHE

Alla presenza o meno del riconoscimento seguono differenze in tema di formalità di costituzione e di disciplina giuridica applicabile. Le associazioni non riconosciute non sono persone giuridiche e, quindi, non godono di autonomia patrimoniale perfetta; per le obbligazioni assunte in nome e per conto dell'associazione rispondono anche le persone che le hanno contratte; infine è questione discussa se possano accettare legati e donazioni. Nondimeno, anche nelle associazioni non riconosciute si assiste ad una certa separazione tra il patrimonio dell'ente e quello dei suoi associati (autonomia patrimoniale imperfetta) in virtù della quale, per le obbligazioni dell'ente, i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune (costituito dai contributi degli associati e dai beni acquisiti con questi contributi); delle obbligazioni stesse rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'ente. Inoltre, finché dura l'associazione, i singoli associati non possono chiedere la divisione del fondo comune e, ove recedano o siano esclusi, non possono chiedere la restituzione della quota associativa e dei contributi versati.

Non sussistono particolari obblighi di forma, oltre a quelli previsti per l'apporto di particolari categorie di beni (ad esempio, beni immobili); d'altronde non è precluso agli associati adottare appositamente la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico. Tali forme risultano oltretutto obbligatorie, accanto a quella della scrittura privata registrata, unitamente ad altri presupposti e requisiti, ove l'associazione voglia godere dei particolari benefici connessi alla qualifica di Onlus o comunque rientrare tra gli enti che possono usufruire delle agevolazioni fiscali previste in generale per il Terzo settore.



STRUTTURA

Le associazioni non riconosciute godono di ampia libertà di funzionamento nella misura in cui l'ordinamento interno e l'amministrazione sono regolati dagli accordi degli associati, nei limiti dei principi generali e particolari propri del nostro ordinamento. Al fine di evitare accordi fragili, eludibili o ambigui, occorre prestare attenzione e disporre di specifiche competenze in sede di stipula di un accordo finalizzato alla costituzione di un'associazione non riconosciuta, tenendo presente che la maggior flessibilità della struttura rende tale tipologia di enti adatti a perseguire finalità eterogenee: sono infatti di regola associazioni non riconosciute anche i partiti politici, i sindacati, i circoli culturali, le associazioni sportive, e così via. È evidente comunque che, al fine di evitare in un futuro possibili contestazioni riguardo al contenuto dell'accordo e in particolare sugli impegni delle parti, è opportuno che l'atto costitutivo venga redatto per iscritto.

OBBLIGHI

Diversamente da quanto prescrive l'art. 16 c.c. in materia di costituzione di associazioni riconosciute, gli elementi su cui devono obbligatoriamente accordarsi le parti che mirano a costituire un'associazione priva di riconoscimento sono soltanto i seguenti:

- scopo;
- condizioni per l'ammissione degli associati;
- regole sull'ordinamento interno e sull'amministrazione;
- denominazione;
- sede;
- patrimonio.

A.4 Comitati

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Codice civile, articoli 39 e seguenti.

SCOPO E COSTITUZIONE

Il comitato è generalmente costituito da una pluralità di persone che, non disponendo dei mezzi patrimoniali adeguati, promuovono una pubblica sottoscrizione per raccogliere i fondi o altre utilità necessari a realizzare uno scopo particolare, generalmente altruistico o di pubblica utilità: esso può essere costituito per sostenere iniziative altrui, ma anche per proporre di autonome.

Il comitato, dunque, pur caratterizzandosi come l'associazione per la base personale, si distingue dalla medesima per il fatto di essere costituito per un determinato scopo limitato nel tempo.

La legge individua in maniera specifica i comitati di soccorso o di beneficenza e i comitati promotori di opere pubbliche, monumenti, esposizioni, mostre, festeggiamenti e simili, ponendo in risalto il profilo della sottoscrizione e della raccolta di fondi per uno scopo. Comunque è dato alla libertà dei privati di crearne di ulteriori e diversi.



CARATTERISTICHE

Come per le associazioni non riconosciute, il comitato che non abbia richiesto o ottenuto il riconoscimento non gode dell'autonomia patrimoniale propria degli enti riconosciuti.

Gli organizzatori e i gestori dei fondi raccolti sono responsabili personalmente e solidalmente della conservazione dei fondi e della loro destinazione allo scopo annunciato.

In mancanza di riconoscimento, inoltre, i componenti del comitato rispondono personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte, laddove i sottoscrittori sono tenuti soltanto ad effettuare le offerte promesse.

STRUTTURA

Il funzionamento del comitato è determinato in effetti dagli accordi dei promotori, i quali possono regolarne l'attività come ritenuto più opportuno, nei limiti dei principi generali dell'ordinamento.

Qualora i fondi raccolti dal comitato siano insufficienti allo scopo, o questo non sia più attuabile, o vi sia un residuo di fondi una volta raggiunto lo scopo, l'autorità governativa stabilisce la devoluzione dei beni, qualora quest'ultima non sia disciplinata al momento della costituzione.

OBBLIGHI

Analogamente alle associazioni non riconosciute, la norma non prevede obblighi particolari di forma, oltre a quelli previsti per l'apporto di particolari categorie di beni (per esempio, beni immobili). É comunque possibile costituire un comitato con scrittura privata autenticata o con atto pubblico. Tali forme risultano obbligatorie, accanto a quella della scrittura privata registrata, insieme ad altri requisiti, laddove il comitato intenda acquisire la qualifica di Onlus (e i benefici connessi a tale qualifica) o beneficiare di altre agevolazioni fiscali previste per il Terzo settore.

A.5 Cooperative

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Codice civile, artt. 2511 e seguenti.

SCOPO E COSTITUZIONE

Il codice civile definisce le cooperative come società a capitale variabile con scopo mutualistico iscritte in un apposito albo, presso il quale depositano annualmente i propri bilanci. Le società cooperative a mutualità prevalente, in ragione del tipo di scambio mutualistico, sono quelle che:

1. svolgono la loro attività prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi;
2. si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, delle prestazioni lavorative dei soci;
3. si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, degli apporti di beni o servizi da parte dei soci.



Le società cooperative sono state introdotte nel nostro ordinamento dall'art. 45 della Costituzione per permettere il perseguimento di scopi mutualistici, tanto rilevanti quanto quelli lucrativi proprio di altre tipologie di società. I soggetti che aderiscono a una cooperativa non hanno l'obiettivo di perseguire un profitto personale ma di ottenere beni, servizi o occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle praticate dal mercato. Le migliori condizioni sono generate dal passaggio diretto dei beni e dei servizi dal produttore al consumatore, eliminando i costi dei passaggi intermedi.

L'esercizio di un'impresa commerciale non è inconciliabile con lo scopo mutualistico dell'impresa cooperativa, che può pertanto operare anche coi terzi, esercitando in tal modo attività commerciale a scopo di lucro, indipendentemente dal fine mutualistico perseguito in base a disposizioni statutarie.

Peraltro occorre che il fine mutualistico sia anche solo prevalente, e non esclusivo, dell'attività sociale, circostanza per la quale si distingue tra:

- **lucro oggettivo**, ovvero quello della società: tale lucro è consentito e auspicato in quanto la società può vendere anche a terzi i propri beni o servizi e mirare così ad accrescere la propria efficienza e competitività; qualunque sia l'ammontare del fondo di riserva legale, deve essere a questo destinato almeno il trenta per cento degli utili netti annuali; inoltre, il codice prevede che una quota degli utili netti annuali debba essere corrisposta ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, nella misura e con le modalità previste dalla legge.
- **lucro soggettivo**, ovvero quello dei singoli soci: in virtù delle specifiche ragioni dei soci delle cooperative, possono essere distribuiti dividendi, acquistate proprie quote o azioni ovvero assegnate ai soci le riserve divisibili se il rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento della società è superiore ad un quarto, e solo dopo avere soddisfatto le condizioni di cui al punto precedente.

L'atto costitutivo indica modi e percentuale massima di ripartizione dei dividendi tra i soci cooperatori. I soci sovventori, a differenza dei soci cooperatori, partecipano alla società esclusivamente apportando fondi, e ciò con lo scopo di ottenere utili: ma anche in questo caso vi sono limitazioni in merito alla presenza, alla gestione e alla partecipazione agli utili, onde evitare che essi svolgano un ruolo preponderante nella vita della società.

CARATTERISTICHE

La società cooperativa presenta le seguenti caratteristiche:

- la denominazione sociale è libera ma deve contenere l'indicazione di "società cooperativa";
- è richiesta la presenza di almeno 9 soci;
- il numero o le persone dei soci possono variare senza che questo comporti una modifica dell'atto costitutivo; tuttavia, se il numero scende al di sotto del limite la società si scioglie salvo trasformarsi in Piccola società cooperativa. Inoltre, poiché i soci cooperatori devono possedere determinati requisiti attinenti con l'oggetto sociale, le quote o le azioni possono essere cedute solo dietro consenso da parte degli amministratori;
- non è previsto un capitale sociale minimo, tranne che nelle cooperative di credito e di assicurazione; negli altri casi si ha un capitale sociale variabile, le cui modifiche non comportano modificazione dell'atto costitutivo;



- le società cooperative sono sottoposte alle autorizzazioni, alla vigilanza e agli altri controlli sulla gestione previsti dalle leggi speciali;
- per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio.

Disposizioni semplificate previste dall'articolo 21 della legge 7 agosto 1997, n.266 ("legge Bersani") si applicano alla "Piccola società cooperativa", quale forma semplificata di società cooperativa che deve essere composta esclusivamente da persone fisiche in numero non inferiore a tre e non superiore ad otto soci, cui si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni dell'art. 21, le norme relative alle società cooperative e ove, in materia di controllo, si applicano le norme in materia di collegio sindacale previste per la società a responsabilità limitata di cui agli articoli 2488 e seguenti del codice civile.

A differenza delle società di capitali, per le società cooperative vige il principio della cosiddetta "porta aperta" in tema di capitale; il che comporta che non sia necessario un capitale sociale minimo, e che l'ingresso e l'uscita dei soci non richiedano una modifica delle norme statutarie. Sempre in tema di soci, per le assemblee è in linea di principio previsto il sistema di voto cosiddetto "capitario"; salvo la possibilità di limitate eccezioni, infatti, ogni socio ha diritto ad esprimere in assemblea un voto, qualunque sia la quota di capitale posseduta.

In generale, le cooperative perseguono uno scopo mutualistico, e non invece lo scopo di lucro che connota le società di capitali. Lo scopo mutualistico consiste nella gestione di un servizio in favore dei soci, i quali sono i destinatari elettivi, ma non esclusivi, dei beni o dei servizi messi a disposizione dalla cooperativa, a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, in conseguenza dell'eliminazione, nel processo di produzione e distribuzione, dell'intermediazione di altri imprenditori.

I soci sono i destinatari del cosiddetto vantaggio mutualistico, che è caratterizzato da due elementi essenziali: la prestazione nei confronti del socio di beni o servizi da parte della cooperativa e il vantaggio economico, sotto forma di risparmio di spesa o di aumento di retribuzione, che il socio si procura avvalendosi delle prestazioni delle società con normali rapporti di scambio, ovvero prestando la propria attività lavorativa a favore della società.

In sostanza si distinguono le società cooperative a mutualità prevalente e quelle prive di una marcata connotazione mutualistica. Le differenze involgono sia la disciplina applicabile che i requisiti e gli adempimenti richiesti. Questi ultimi appaiono, infatti, ben più gravosi nelle cooperative a mutualità prevalente, ma nei loro confronti operano da contraltare maggiori agevolazioni, di tipo fiscale e non solo. Inoltre scompare la distinzione tra cooperative a responsabilità limitata e illimitata. Le società cooperative comportano sempre la limitazione della responsabilità dei soci, e a esse si applicano le norme previste dal codice civile per le società cooperative, la legislazione speciale e, in via residuale, la disciplina della società per azioni.

Ove ricorrano determinati requisiti di legge, si consente ai soci di scegliere, in quanto compatibile, l'applicazione delle norme dettate per la società a responsabilità limitata (detta adozione risulta invero obbligata ove la società abbia meno di nove soci, ma in tal caso i soci devono essere comunque almeno tre e tutte persone fisiche).

Ulteriori novità sono state dettate in tema di partecipazioni, soci finanziatori, recesso ed esclusione, assemblee e rappresentanza, amministrazioni e controlli, ristorni, bilancio e riserve, trasformazione, scioglimento e devoluzione, nonché in altri numerosi ambiti.

STRUTTURA

Sono previsti i seguenti organi sociali:



1. L'assemblea, cioè la riunione dei soci convocata dagli amministratori (o in caso di loro inattività, dai sindaci) con le formalità previste nell'atto costitutivo per discutere e deliberare sugli argomenti indicati nell'ordine del giorno;
2. gli amministratori. In particolare, è possibile prevedere un amministratore unico o un consiglio di amministrazione, se vi partecipano più soggetti, con la funzione di amministrare e di rappresentare la società nei suoi rapporti con l'esterno;
3. il collegio sindacale. La nomina del collegio sindacale è obbligatoria nei casi previsti dal secondo e terzo comma dell'articolo 2477, nonché quando la società emette strumenti finanziari non partecipativi.

Alle società cooperative, per quanto non previsto dalle norme del codice civile del titolo VI (Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici), si applicano - in quanto compatibili - le disposizioni sulla società per azioni.

L'atto costitutivo può prevedere che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata nelle cooperative con un numero di soci cooperatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di euro. Infine, il codice stabilisce che le cooperative regolate dalle leggi speciali siano soggette alle disposizioni del titolo VI, in quanto compatibili.

OBBLIGHI

Le società cooperative sono società regolate da una disciplina abbastanza complessa; per poter usufruire di una serie di agevolazioni e sgravi fiscali devono adempiere ad alcuni obblighi tra i quali la redazione del bilancio e l'iscrizione nell'apposito albo delle società cooperative tenuto dal Ministero delle Attività produttive (introdotto dal DM 23 giugno 2004, che ha sostituito i Registri prefettizi delle cooperative e lo Schedario generale della cooperazione).

L'albo si costituisce in due sezioni:

1. cooperative a mutualità prevalente (artt. 2512, 2513, 2514 c.c.); questa prima sezione si compone a sua volta delle seguenti sotto sezioni:
 - cooperative a mutualità prevalente di diritto ovvero quelle che, come le cooperative sociali, vengono così qualificate direttamente dalla legge;
 - banche di credito cooperativo considerate a mutualità prevalente se rispettano le norme delle leggi speciali (*ex art. 223-terdecies* disp. att. c.c.);
 - cooperative agricole e loro consorzi, cui viene riconosciuta la prevalenza se la quantità o il valore dei prodotti conferiti dai soci risulta superiore al 50% della quantità o del valore totale dei prodotti (art. 111-*septies* disp. att. c.c.); sono comprese nella categoria delle cooperative agricole di conferimento anche quelle di servizi ai soci in possesso della qualifica di imprenditore agricolo professionale, ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 99/2004;
2. cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente.

Infine, si elencano di seguito le 14 categorie indicate nell'Albo ministeriale, che mostra chiaramente la varietà delle tipologie di attività svolte dalle società cooperative (le quali possono svolgere praticamente ogni tipo di attività economica), cui corrispondono differenti sezioni per l'iscrizione e talvolta una disciplina in parte speciale:



1. cooperative di produzione e lavoro;
2. cooperative di lavoro agricolo;
3. cooperative sociali;
4. cooperative di conferimento prodotti agricoli e allevamento;
5. cooperative edilizie di abitazione;
6. cooperative della pesca;
7. cooperative di consumo;
8. cooperative di dettaglianti;
9. cooperative di trasporto;
10. consorzi cooperativi;
11. consorzi agrari;
12. banche di credito cooperativo;
13. consorzi e cooperative di garanzia e fidi;
14. altre cooperative.

Cooperativa di produzione e lavoro

I soci di queste cooperative sono contemporaneamente imprenditori e lavoratori dell'impresa stessa: sono gli operai che gestiscono la propria forza-lavoro organizzando essi stessi le loro attività; questa forma di cooperativa è sviluppata soprattutto tra gli artigiani e i lavoratori manuali, così come nel settore dei servizi. Si costituisce per permettere ai soci di usufruire di condizioni di lavoro migliori sia in termini qualitativi che economici, rispetto a quelle disponibili sul mercato del lavoro.

Cooperativa di lavoro agricolo

I soci di questa cooperativa sono agricoltori con lo scopo di valorizzare l'elemento economico in loro possesso, la terra. Tale cooperativa si articola nella produzione e nella vendita organizzata dei prodotti del lavoro comune.

Cooperative sociali

Finalità delle cooperative sociali è quella di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini. Si distinguono in due tipi: le cooperative sociali che gestiscono servizi socio-sanitari ed educativi (cooperative sociali di tipo A) e le cooperative sociali che svolgono attività diverse (agricole, industriali, commerciali o di servizi) finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, il cui numero deve costituire almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa (cooperative sociali di tipo B).

Cooperative di conferimento prodotti agricoli e allevamento

Sono costituite da coltivatori e svolgono attività di commercializzazione e trasformazione dei prodotti agricoli conferiti dai soci. Tipici esempi sono le cooperative agricole, le latterie sociali e le cantine sociali.

Cooperativa edilizia di abitazione

Ha per scopo la costituzione e la distribuzione di case ai soci al prezzo di costo, eliminando il profitto dell'imprenditore e traendo vantaggio dalle agevolazioni previste per tali società. Risponde



all'esigenza di soddisfare il bisogno abitativo delle persone, realizzando complessi edilizi che vengono poi assegnati ai soci in proprietà o in diritto di godimento.

Cooperative di pesca

Lo scopo esclusivo di queste società è di cedere i prodotti pescati alla cooperativa affinché li rivenda, evitando così la concorrenza dei grossi mercati ittici e la speculazione sui prodotti pescati.

Cooperativa di consumo

Ha come scopo il soddisfacimento della domanda di beni diretti. Un'impresa di questo tipo tende ad accostare i prezzi di vendita a quelli di costo, cercando di valorizzare l'elemento contributivo dei soci; un tipico esempio di cooperative di consumo sono le grandi catene di distribuzione in forma cooperativa, oppure le cooperative di produzione e distribuzione di energia elettrica.

Cooperative di dettaglianti

Hanno per oggetto l'acquisto e la fornitura di beni e servizi nell'interesse dei soci commercianti al dettaglio, a condizioni competitive.

Cooperative di trasporto

Lo scopo di queste cooperative è di effettuare qualsiasi tipo di trasporto su strada con automezzi della cooperativa, in modo tale da eliminare le agenzie di intermediazione nel settore dei trasporti e di usufruire di tutte le agevolazioni previste nel settore autotrasporti merci conto terzi.

Consorzi cooperativi

Sono formati da società cooperative e altre imprese che, mediante la costituzione di una struttura organizzativa comune, si propongono, per facilitare i loro scopi mutualistici, l'esercizio in comune di attività economiche.

Consorzi agrari

Possono essere definiti quali società cooperative che si propongono la finalità di contribuire all'innovazione ed al miglioramento della produzione agricola, nonché alla predisposizione e gestione dei servizi utili in agricoltura.

Banche di credito cooperativo

Le banche di credito cooperativo (B.C.C.) sono istituti che esercitano attività di credito legate generalmente al territorio in cui operano. I loro soci devono obbligatoriamente risiedere, con carattere di continuità, nel territorio di competenza della banca stessa.

Consorzi e cooperative di garanzia e fidi

Sono generalmente costituiti fra operatori appartenenti allo stesso settore economico, spesso per iniziativa di una specifica associazione di categoria, al fine di agevolare l'accesso al credito degli operatori economici tramite la prestazione in forma solidale di garanzie sui prestiti concessi.

Altre cooperative

Si tratta di cooperative che non rientrano nelle categorie precedenti, come potrebbero essere le cooperative miste (che svolgono contemporaneamente più di una delle attività indicate e appartengono a settori diversi, ma singolarmente costituite) o le cooperative di servizio (che gestiscono in forma associata un'attività al fine di beneficiare dei vantaggi che da ciò possono derivare).



B DISCIPLINA DI SETTORE

B.1 Fondazioni e associazioni bancarie

Per la trattazione di questa tipologia si rimanda all'apposito capitolo del presente lavoro.

B.2 Organizzazioni di volontariato

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Legge 11 agosto 1991, n. 266, "Legge-quadro sul volontariato"

FORMA GIURIDICA POSSIBILE

- Qualunque forma giuridica (purché sia adeguata al perseguimento del fine istituzionale, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico)

SCOPO E COSTITUZIONE

La legge quadro sul volontariato 11 agosto 1991, n. 266 definisce l'organizzazione di volontariato come "organismo liberamente costituito" al fine di svolgere l'attività solidaristica di volontariato, *"che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti"*; la legge fissa le caratteristiche dell'attività di volontariato che *"deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà."*

Inoltre *"L'attività del volontariato non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Al volontario possono essere soltanto rimborsate dall'organizzazione di appartenenza le spese effettivamente sostenute per l'attività prestata, entro limiti preventivamente stabiliti dalle organizzazioni stesse."*

I servizi forniti riguardano soprattutto l'ambito assistenziale, ma anche la prevenzione e la promozione sociale, allo scopo di agire sulle cause che generano emarginazione e degrado sociale delle persone.

Condizione generale per poter godere dei benefici fiscali (oltre l'iscrizione al registro del volontariato di cui all'art. 6) è l'esclusività del fine di solidarietà; un'espressione quest'ultima abbastanza generica, difficile da tradurre sul piano giuridico e, comunque, di recente utilizzo nella nostra legislazione. La solidarietà costituisce comunque una condizione essenziale per le organizzazioni di volontariato, le quali, proprio per loro natura, devono offrire servizi aperti verso i terzi e non soltanto rivolti ai propri aderenti.



CARATTERISTICHE

Le organizzazioni di volontariato sono quindi enti finalizzati a gestire l'erogazione di un servizio a carattere sociale di solidarietà, utilizzando l'attività personale prestata dai volontari, spontanea e gratuita, senza fini di lucro.

La rilevanza della legge va individuata soprattutto nella previsione di specifici benefici che lo Stato accorda alle organizzazioni in possesso dei requisiti prestabiliti, benefici relativi alle esenzioni dalle imposte di bollo e di registro, alle esenzioni sulle donazioni e sulle attribuzioni di eredità, alle erogazioni liberali in denaro, alla non imponibilità delle entrate marginali impiegate per fini istituzionali.

STRUTTURA

La legge stabilisce che le organizzazioni di volontariato possono assumere la forma giuridica che ritengono più adeguata al perseguimento dei loro fini, salvo il limite di compatibilità con lo scopo solidaristico.

In ogni caso le organizzazioni di volontariato possono assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo *“esclusivamente nei limiti necessari al loro funzionamento”*.

OBBLIGHI

Nonostante la libertà di assumere la forma giuridica ritenuta più opportuna per perseguire le proprie finalità, le organizzazioni di volontariato, oltre a quanto disposto dal codice civile per le diverse forme giuridiche che l'organizzazione assume, devono prevedere esplicitamente negli accordi degli aderenti, nell'atto costitutivo o nello statuto, *“l'assenza di fini di lucro, la democraticità della struttura, l'elettività e la gratuità delle cariche associative nonché la gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti, i criteri di ammissione e di esclusione di questi ultimi, i loro obblighi e diritti.”*.

Le organizzazioni di volontariato hanno l'obbligo di redigere il bilancio, dal quale devono trasparire i beni, i contributi o i lasciti ricevuti, e di sottoporlo all'approvazione da parte dell'assemblea degli aderenti.

Infine l'organizzazione di volontariato ha l'obbligo di assicurare i propri aderenti, che prestano attività di volontariato, contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso terzi.

Al fine di accedere ai contributi pubblici, per stipulare le convenzioni con Stato, Regioni, Province autonome, enti locali e altri Enti pubblici e per beneficiare delle agevolazioni fiscali stabilite dalla legge occorre che l'organizzazione di volontariato sia iscritta nei registri generali istituiti dalle Regioni e dalle Province autonome.



B.3 Associazioni sportive e società sportive dilettantistiche

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Legge 16 dicembre 1991, n. 398, “Disposizioni tributarie relative alle associazioni sportive dilettantistiche”
- Legge 27 dicembre 2002, n. 289, “Finanziaria 2003”, art. 90, “Disposizioni per l'attività sportiva dilettantistica”

FORMA GIURIDICA POSSIBILE

- Associazione non riconosciuta
- Associazione riconosciuta
- Società sportive dilettantistiche (società di capitale o di società cooperativa senza scopo di lucro)

QUALIFICA FISCALE POSSIBILE (PER LE ASSOCIAZIONI)

- Onlus

SCOPO E COSTITUZIONE

Nel diritto italiano, l'associazione sportiva rientra tra gli enti regolati dagli artt. 36 e seguenti del codice civile; è questa la forma giuridica che assume tipicamente l'ente associativo che voglia svolgere attività sportiva dilettantistica. Come in altri casi, i motivi alla base della scelta di questa forma giuridica si identificano nella relativa semplicità ed economicità in sede di costituzione e amministrazione e nei rilevanti benefici che la disciplina fiscale attribuisce alla medesima.

Fino al 2002, la possibilità di usufruire del regime fiscale agevolato previsto dalla L. 398/1991 era riservato alle sole associazioni.

Con il D.L. n. 138/2002, il legislatore ha provato a introdurre nell'ordinamento norme di qualificazione che prevedevano per gli enti sportivi dilettantistici la possibilità di adottare, oltre alla forma associativa, anche quella di società di capitali e cooperativa senza scopo di lucro, oltreché una serie di elementi statutari obbligatori da definire mediante successivi regolamenti. Tuttavia, dopo una breve vigenza, la norma non è stata poi convertita. Il legislatore è tornato sull'argomento con la Legge finanziaria 2003 (art.90, L. n. 289/2002), in cui sono state sostanzialmente riproposte le disposizioni di qualificazione previste dal precedente art. 6 del D.L. n. 138/2002. Infine, con vigenza dal 23 maggio 2004, e senza l'emanazione degli annunciati regolamenti, l'art. 4 del D.L. n. 72/2004, modificando il precedente art. 90 della L. n. 289/2002, ha stabilito l'obbligo di redazione degli statuti per atto scritto e ha indicato direttamente i contenuti vincolanti per associazioni e società di capitali sportive dilettantistiche. Secondo quanto previsto dall'art. 90 della L. n. 289/2002, come integrato e modificato dal D.L. n. 72/2004, diventa possibile costituire entità sportive dilettantistiche sia sotto la forma giuridica di “associazione sportiva dilettantistica” (con o senza personalità giuridica) sia sotto la forma di “società sportiva dilettantistica”. Quest'ultima può essere costituita nella forma di società di capitali o di società cooperativa senza scopo di lucro.



In presenza di determinate condizioni, le associazioni sportive dilettantistiche possono assumere la qualifica di Onlus.

Associazioni non riconosciute

La forma sicuramente più diffusa per la costituzione di soggetti sportivi dilettantistici è quella dell'associazione non riconosciuta. Per tale forma organizzativa non è prescritto alcun vincolo di forma giuridica nella redazione dell'atto costitutivo, che, salvo i vincoli di discipline speciali, può dunque avere la forma di scrittura privata o quella orale. Non esistendo vincoli derivanti da disposizioni civilistiche in materia di contenuti statuari, è sufficiente che nell'accordo siano contenute le caratteristiche essenziali per l'esistenza dell'ente e, a differenza delle associazioni riconosciute, non sono richieste la denominazione, la sede e l'indicazione del patrimonio dell'ente.

Pertanto, giacché ai fini fiscali l'associazione rientra nella più vasta categoria degli enti non commerciali, è conveniente che atto costitutivo o statuto siano perfezionati nella forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata.

La scelta della forma non riconosciuta porta con sé i benefici di semplicità ed economicità di costituzione, ma anche alcune limitazioni, in particolare nei casi di organizzazioni di dimensioni rilevanti. L'art. 38 del c.c. stabilisce che per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune. Inoltre, di dette obbligazioni rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione: dunque lo scudo fornito dall'esistenza del patrimonio associativo (fondo comune) per le obbligazioni contratte dai rappresentanti dell'associazione rappresenta una garanzia di limitazione di responsabilità solo qualora consenta il totale soddisfacimento delle obbligazioni contratte. In caso contrario, quanti agiscano per conto dell'ente sono illimitatamente e solidalmente responsabili.

Associazioni riconosciute

Una delle possibili forme organizzative adottabili per il perseguimento della finalità sportivo-dilettantistica è l'associazione riconosciuta, come disciplinata dagli art. 11 e segg. c.c. e dal D.P.R. n. 361 del 10 febbraio 2006. Le associazioni riconosciute persone giuridiche si caratterizzano per la presenza di due elementi fondamentali:

1. uno materiale, dato dall'organizzazione finalizzata al raggiungimento di uno scopo, ovvero dalla presenza di una pluralità di persone, di uno scopo non lucrativo e di un patrimonio;
2. uno formale, dato dal riconoscimento da parte dello Stato per il tramite dell'Ufficio territoriale del Governo di competenza per territorio o delle Regioni, della personalità giuridica.

Società sportive dilettantistiche di capitali senza fine di lucro

Le società sportive dilettantistiche di capitali senza fine di lucro costituiscono la tipologia di soggetti, individuata ai sensi dell'art. 90 della L. 289/2002, destinataria del particolare regime di favore previsto per le associazioni sportive dilettantistiche. Il codice civile le assimila, per quanto attiene alle norme di costituzione e funzionamento, alle ordinarie società commerciali. La disciplina introdotta dall'art. 90 della L. n. 289/2002 ha determinato un problema interpretativo circa la chiara determinazione del concetto di società di capitali. Infatti, civilisticamente l'elemento su cui trova fondamento la distinzione tra le diverse tipologie societarie di persone e capitali è dato dalla diversa rilevanza che si attribuisce alle persone dei soci rispetto ai conferimenti, con la frequente separazione tra compagine sociale e amministratori. Proprio su questa base è possibile procedere all'individuazione delle forme societarie idonee ad assumere la finalità sportiva dilettantistica.



Il dubbio al riguardo sorge a seguito di una precedente formulazione normativa, quella contenuta nell'art. 6 del D.L. 138/2002, ove si indicavano con maggiore dettaglio le forme societarie che potevano assumere l'oggetto sportivo dilettantistico nelle seguenti:

- società per azioni senza scopo di lucro;
- società a responsabilità limitata senza scopo di lucro;
- società cooperativa a responsabilità limitata.

L'art. 90 della L. 289/2002 con il generico riferimento alle società di capitali implica, quindi, la necessità di un'interpretazione ai fini di una corretta e idonea applicazione. In questo senso sembrerebbe ragionevole adottare una scelta interpretativa che escluda dai soggetti riconducibili nel comparto sportivo dilettantistico le società in accomandita per azioni. Infatti, in tale tipologia societaria si riscontra un'imperfetta autonomia patrimoniale con riferimento alle figure dei soci accomandatari, che ai sensi dell'art. 2452 del c.c. rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali e inoltre, ex art. 2455 c.c., sono di diritto amministratori. Se non si escludessero tra le possibili forme societarie adottabili le società in accomandita per azioni, perderebbe di significato la scelta del legislatore di escludere dall'accesso al settore sportivo dilettantistico le società di persone, la cui esclusione, si ritiene debba essere ricondotta alla presenza nelle stesse società di persone generalmente (con l'esclusione dei soci accomandanti delle s.n.c.) della responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte dall'ente nei confronti dei soci.

Per la costituzione delle società sportive di capitale e delle società cooperative senza scopo di lucro è previsto l'obbligo dell'atto pubblico.

In definitiva comunque, benché con l'emanazione della L. 289/2002 le agevolazioni fiscali siano state estese anche alle cooperative e alle società di capitali costituite per svolgere attività sportive dilettantistiche senza scopo di lucro, la forma associativa costituisce ancora il riferimento assolutamente prevalente nel mondo sportivo dilettantistico.

CARATTERISTICHE

Le associazioni sportive possono rientrare nella categoria delle associazioni non riconosciute, previste e disciplinate agli artt. 36 e seguenti del codice civile (nel nostro ordinamento fanno parte di questa categoria anche i partiti politici e i sindacati); sono associazioni non riconosciute tutti quei circoli sportivi costituitisi per volontà di un gruppo di soci fondatori con lo scopo di praticare e diffondere le discipline sportive e che hanno iniziato a praticare tali discipline affiliandosi alla federazione corrispondente.

Per costituire un'associazione sportiva (non riconosciuta) non è obbligatoria la costituzione per atto notarile e non sono previste forme di pubblicità esterna. Le regole di funzionamento dell'associazione sono inserite nei soliti due atti che sanciscono la nascita dell'ente: l'atto costitutivo e lo statuto. L'atto costitutivo evidenzia il momento in cui si crea l'associazione e indica i nominativi dei soci fondatori, la data e il luogo di costituzione. Lo statuto ha natura contrattuale, poiché è un accordo pluriassociativo, e contiene lo schema di gestione dell'associazione (assemblea dei soci, consiglio direttivo e presidente, scopo sociale ed eventuali organi di controllo). Lo statuto può contenere tutte quelle clausole che i soci ritengono opportune per garantire la migliore gestione dell'associazione. Debbono essere, però, necessariamente previste alcune norme tipo, requisiti senza i quali l'associazione non potrebbe ottenere il riconoscimento da parte della propria federazione. La più importante è l'assenza di scopo di lucro. Con tale termine si intende il divieto di distribuire gli



eventuali utili di gestione tra i soci. L'importante è che questo utile venga, necessariamente, reinvestito per finalità associative.

Altro requisito, conseguenza necessaria di quanto appena detto, è l'obbligo, in caso di scioglimento, di devolvere gli eventuali beni residui alla federazione o ad altre associazioni con finalità analoghe.

Lo statuto adottato può essere modificato e adeguato alla nuova realtà dell'associazione, mediante approvazione del nuovo testo da parte dell'assemblea straordinaria dei soci, convocata e costituita secondo le modalità previste dal vecchio statuto.

STRUTTURA

L'associazione è composta da soci fondatori ed effettivi. Sono soci fondatori i firmatari dell'atto costitutivo dell'associazione. Costoro sono esentati dall'impegno di versare la quota sociale e hanno i poteri e le responsabilità sociali, costituiscono le assemblee ordinarie dell'associazione e godono dell'elettorato attivo e passivo. Sono soci effettivi tutti coloro che svolgono attività sportiva all'interno dell'associazione, previa iscrizione alla stessa. I soci effettivi maggiorenni godono, al momento dell'ammissione, del diritto di partecipazione e di voto nelle assemblee sociali. Possono essere soggetti all'elettorato passivo solo dopo due anni di iscrizione all'associazione.

I diritti dei soci sono indicati nell'atto costitutivo. In generale, i soci hanno diritto a frequentare i locali e gli impianti sociali e a ottenere una riduzione sui biglietti d'ingresso alle manifestazioni promosse dall'associazione, secondo le modalità stabilite dall'apposito regolamento. I soci hanno inoltre il dovere di difendere sia nel campo sportivo che in quello civile il buon nome dell'associazione e di osservare le regole dettate dalle Federazioni e dagli organismi sportivi nazionali ai quali l'associazione aderisce. Anche le ipotesi di decadenza dei soci devono essere indicate nell'atto costitutivo.

I soci, generalmente, cessano automaticamente di appartenere all'associazione in caso di mancato rinnovo dell'adesione o per morosità protrattasi per oltre 15 giorni dalla scadenza del versamento richiesto. La cessazione potrà avvenire anche per radiazione deliberata dalla maggioranza assoluta dei componenti il Consiglio direttivo e pronunciata contro il socio che commette azioni ritenute disonorevoli entro e fuori l'associazione, o che, con la sua condotta, costituisce ostacolo all'andamento del sodalizio.

OBBLIGHI

Il codice civile non prevede alcuna forma obbligatoria dell'atto costitutivo per la costituzione di un'associazione sportiva dilettantistica: essa può quindi costituirsi anche mediante contratto verbale.

La costituzione di associazioni o società sportive dilettantistiche comporta la redazione dell'atto costitutivo e dello statuto.

Nell'atto costitutivo vanno indicati, tra l'altro:

- la denominazione sociale (con riferimento alla quale è obbligatorio indicare insieme alla stessa anche la finalità sportiva dilettantistica);
- la sede legale;
- i dati dei soci fondatori.



Lo statuto è il documento che contiene gli obiettivi dell'associazione e le norme che regolano il suo funzionamento.

Per poter beneficiare delle agevolazioni previste dalla legge, è necessario che l'atto costitutivo e lo statuto siano redatti nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o registrata e che includano le seguenti clausole:

- la denominazione;
- l'oggetto sociale con riferimento all'organizzazione di attività sportive dilettantistiche, compresa l'attività didattica;
- l'attribuzione della rappresentanza legale;
- l'assenza di fini di lucro e la previsione che i proventi delle attività non possono, in nessun caso, essere divisi fra gli associati, anche in forme indirette;
- le norme sull'ordinamento interno ispirato a principi di democrazia e di uguaglianza dei diritti di tutti gli associati, con la previsione dell'elettività delle cariche sociali, fatte salve le società sportive dilettantistiche che assumono la forma di società di capitali o cooperative per le quali si applicano le disposizioni del codice civile;
- l'obbligo di redazione dei rendiconti economico-finanziari, nonché le modalità di approvazione degli stessi da parte degli organi statutari;
- modalità di scioglimento dell'associazione o della società;
- obbligo di devoluzione del patrimonio residuo, in caso di scioglimento delle società e delle associazioni, a enti con finalità sportive, sentito l'apposito organismo di controllo.

Per le società sportive di capitali, è previsto altresì:

- il divieto per gli amministratori di ricoprire cariche sociali in altre società o associazioni sportive dilettantistiche che operino nell'ambito della medesima federazione sportiva o disciplina associata se riconosciuta dal Coni ovvero nell'ambito della medesima disciplina facente capo ad un ente di promozione sportiva;
- l'obbligo di osservare le disposizioni del CONI e i regolamenti emanati dalle Federazioni Nazionali o dagli Enti di Promozione Sportiva cui la società intende affiliarsi.

L'atto costitutivo e lo statuto devono essere registrati all'Ufficio locale competente dell'Agenzia delle entrate.

Inoltre, sia per ottenere il riconoscimento dello *status* di "associazione o società sportiva" sia per poter usufruire delle agevolazioni fiscali, è necessaria l'iscrizione nell'apposito Registro nazionale tenuto dal CONI, ente di riferimento di tutto il movimento sportivo italiano. Ogni anno il CONI è tenuto a trasmettere all'Agenzia delle Entrate un elenco delle associazioni e delle società iscritte.

Un ulteriore adempimento, necessario per usufruire delle agevolazioni fiscali, è stato previsto di recente, con il d.l. 185/2008. Esso prevede l'obbligo d'invio all'Agenzia delle entrate del modello EAS, contenente i dati e le notizie rilevanti ai fini fiscali. Restano escluse da tale onere gli enti associativi dilettantistici iscritti nel Registro del CONI che non svolgano attività commerciali.

I benefici fiscali di cui gode l'associazione sportiva dilettantistica in regola con i requisiti di legge sono numerosi e riguardano il regime fiscale agevolato previsto per le associazioni sportive dilettantistiche e disciplinato dalla L. 398/1991, successivamente integrata e modificata, sia per quanto riguarda la determinazione dell'Iva che per le imposte dirette, le agevolazioni per le imposte sul reddito



(imposte dirette e Irap), le agevolazioni per le imposte indirette (Iva, imposta di registro, imposta di bollo e tasse di concessione governativa), il trattamento fiscale dei compensi pagati dalle associazioni (le imposte sui compensi agli sportivi, le somme corrisposte agli amministratori), i benefici sui finanziamenti ricevuti, le sponsorizzazioni, la raccolta dei fondi, le modalità di dichiarazioni fiscali.

B.4 Enti lirici

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, “Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato”

FORMA GIURIDICA POSSIBILE

- Fondazioni di diritto privato disciplinate, per quanto non espressamente previsto dal D.Lgs. 367/1996, dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo.

SCOPO E COSTITUZIONE

Gli enti di prioritario interesse nazionale che operano nel settore musicale, in particolare, gli enti autonomi lirici, le istituzioni concertistiche assimilate (di cui al titolo II della legge 14 agosto 1967, n. 800, e successive modificazioni) e gli altri enti operanti nel settore della musica, del teatro e della danza (identificati sulla base di criteri previamente definiti dal Ministro per i beni e le attività culturali, anche con riferimento alle categorie previste dal titolo III della legge 14 agosto 1967, n. 800, e successive modificazioni) – disciplinati dalla L. 800/1967 come enti pubblici – sono stati trasformati in fondazioni di diritto privato dal D.Lgs. 29 giugno 1996, n. 367, al fine di eliminare le rigidità organizzative determinate dalla natura pubblica e di rendere possibile il reperimento di risorse private oltre a quelle statali (attribuite per lo più attraverso il Fondo unico per lo spettacolo).

CARATTERISTICHE

Tali fondazioni sono enti senza scopo di lucro, che perseguono la diffusione dell'arte musicale e, per quanto di competenza, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività. La novità essenziale della disciplina risiede nell'approccio del legislatore, che attribuisce a tali enti la possibilità, nel perseguimento dei propri fini, di gestire direttamente i teatri loro affidati, conservandone il patrimonio storico-culturale, nonché di realizzare, anche in sedi diverse, nel territorio nazionale o all'estero, spettacoli lirici, di balletto e concerti e di svolgere attività commerciali e accessorie, operando secondo criteri d'imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto del vincolo di bilancio.

STRUTTURA

Le fondazioni lirico-sinfoniche, che hanno personalità giuridica di diritto privato, sono disciplinate dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo, fatte salve le disposizioni particolari



principalmente contenute nel D.Lgs. 367/1996 (in alcune parti emendato tra l'altro dal DL 345/2000), il cui Titolo II stabilisce che lo statuto debba prevedere i seguenti organi:

- il presidente, di diritto il sindaco del Comune nel quale ha sede la fondazione, che ha la legale rappresentanza dell'ente, convoca e presiede il consiglio di amministrazione e cura l'esecuzione delle sue deliberazioni;
- il consiglio di amministrazione, composto da sette a nove membri, compreso il presidente, nominati per quattro anni con le modalità previste dallo statuto (prevedendo, comunque, un rappresentante dell'autorità di Governo competente per lo spettacolo e uno della Regione), che approvi le modifiche statutarie e i bilanci, nomini e revochi il sovrintendente, approvi i programmi di attività artistica da lui predisposti, stabilisca gli indirizzi di gestione economica e finanziaria, elegga al proprio interno il vicepresidente ed eserciti ogni ulteriore potere non attribuito ad altri organi;
- il sovrintendente, scelto tra persone dotate di specifica e comprovata esperienza nel settore, che partecipi alle riunioni del consiglio di amministrazione con diritto di voto (salvo per le deliberazioni relative alla sua nomina e revoca o ai programmi di attività), diriga e coordini, nel rispetto dei programmi approvati, l'attività di produzione artistica e le attività connesse e strumentali, nomini e revochi, sentito il consiglio di amministrazione, il direttore artistico o musicale;
- il collegio dei revisori, composto di tre membri effettivi e un supplente di nomina governativa, che dura in carica quattro anni e vigila sull'amministrazione dell'ente.

Quest'ultimo organo, nominato con decreto del Ministro del tesoro di concerto con l'autorità di Governo competente in materia di spettacolo, è presieduto dal rappresentante del Ministero del tesoro ed esercita il controllo sull'amministrazione della fondazione.

OBBLIGHI

La gestione finanziaria delle fondazioni è soggetta al controllo della Corte dei conti alle condizioni e con le modalità di cui alla legge 21 marzo 1958, n. 259. A differenza degli altri soggetti, le fondazioni lirico-sinfoniche, anche quando non esercitino attività commerciale, devono tenere i libri e le altre scritture contabili prescritti dall'art. 2214 c.c. Il bilancio di esercizio della fondazione è redatto secondo le disposizioni degli articoli 2423 e seguenti c.c., in quanto compatibili.

Il Ministero del tesoro può stabilire specifici schemi di bilancio che tengano conto della particolare attività delle fondazioni e può disporre, in rapporto al totale dell'attivo dello stato patrimoniale o al totale del valore della produzione e dei proventi del conto economico, che il bilancio, prima dell'approvazione, sia sottoposto a certificazione da parte di una società di revisione iscritta nell'albo di cui all'art. 8 del D.P.R. 31 marzo 1975, n. 136, secondo le modalità previste dal medesimo decreto.

Il bilancio deve essere approvato dal consiglio di amministrazione nei termini previsti per le società per azioni e trasmesso, entro trenta giorni dall'approvazione, a cura degli amministratori, al Ministero del tesoro e all'Autorità di Governo competente in materia di spettacolo e depositato presso l'ufficio del registro delle imprese.

Un'importante caratteristica è infine prevista dal decreto legislativo per le fondazioni lirico-sinfoniche in oggetto, che conservano i diritti e le prerogative riconosciuti dalla legge agli enti originari quando:

- a. abbiano assunto l'impegno di inserire nei programmi annuali di attività artistica opere di compositori nazionali;



- b. abbiano assunto l'impegno di prevedere incentivi per promuovere l'accesso ai teatri da parte di studenti e lavoratori;
- c. abbiano assunto l'impegno di coordinare la propria attività con quella di altri enti operanti nel settore delle esecuzioni musicali;
- d. abbiano previsto forme di incentivazione della produzione musicale nazionale, nel rispetto dei principi comunitari.

In particolare, le fondazioni conservano il diritto a percepire i contributi pubblici, ivi compresi quelli statali, regionali, provinciali o comunali, spettanti all'ente prima della trasformazione, fatta salva ogni successiva determinazione della loro misura; continuano a utilizzare, al medesimo titolo dell'ente originario, i locali di proprietà comunale, o comunque pubblica, utilizzati al momento della trasformazione; conservano la qualificazione di particolare importanza eventualmente riconosciuta all'ente originario.

All'autorità di Governo competente in materia di spettacolo spettano le attribuzioni di vigilanza, di verifica del rispetto degli impegni cui è subordinata la conservazione dei diritti e delle prerogative riconosciuti dalla legge agli enti originari e la possibilità di disporre ispezioni, di adottare i provvedimenti previsti dal decreto e di adottare un provvedimento di decadenza dai diritti e dalle prerogative riconosciuti dalla legge agli enti originari di concerto con il Ministro del tesoro.

B.5 Associazioni di promozione sociale

RIFERIMENTI NORMATIVI

- Legge 7 dicembre 2000, n. 383, "Disciplina delle associazioni di promozione sociale"

FORMA GIURIDICA POSSIBILE

- Associazioni riconosciute
- Associazioni non riconosciute
- Movimenti (e loro coordinamenti o federazioni)
- Gruppi (e loro coordinamenti e federazioni)

SCOPO E COSTITUZIONE

Sono considerate associazioni di promozione sociale le associazioni riconosciute e non riconosciute, i movimenti, i gruppi e i loro coordinamenti o federazioni costituiti al fine di svolgere attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati.

La funzione sociale di questo tipo di associazionismo si evince dall'esclusione da tale tipologia di tutte quelle associazioni che abbiano come finalità la tutela esclusiva di interessi economici degli associati (come i partiti politici, le organizzazioni sindacali, le associazioni dei datori di lavoro, le associazioni professionali e di categoria), nonché dei circoli privati e delle associazioni comunque denominate che



dispongano limitazioni con riferimento alle condizioni economiche, oltre che discriminazioni in relazione all'ammissione degli associati.

Le associazioni di promozione sociale si costituiscono con atto scritto.

CARATTERISTICHE

Le attività svolte dalle associazioni di promozione sociale nonché le loro caratteristiche sono simili a quelle delle organizzazioni di volontariato.

Un'importante differenza risiede nel fatto che, laddove le organizzazioni di volontariato non possono remunerare i propri soci (in quanto la L. 266/1991 prevede *"l'incompatibilità tra la qualità di volontario con qualsiasi forma di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte"*), le associazioni di promozione sociale, pur dovendosi avvalere prevalentemente delle attività prestate in forma volontaria, libera e gratuita dai propri associati per il perseguimento dei fini istituzionali, possono, in caso di particolare necessità, assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo, anche ricorrendo a propri associati.

Tali organizzazioni, inoltre, sono caratterizzate prevalentemente dalla valenza mutualistica dei servizi erogati ancorché la loro attività non sia limitata all'esclusiva soddisfazione degli interessi e dei bisogni degli associati, ma possa essere rivolta anche all'ambiente sociale "esterno", attraverso lo sviluppo di iniziative di partecipazione e di solidarietà attiva.

In merito alla responsabilità, per le associazioni di promozione sociale la legge prevede il principio della responsabilità sussidiaria: per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione di promozione sociale, i terzi creditori devono far valere i loro diritti sul patrimonio dell'associazione medesima e, solo in via sussidiaria, possono rivalersi nei confronti delle persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (è quindi modificata la regola vigente per le altre associazioni di una responsabilità solidale senza il *beneficium excussionis*).

Infine, va rilevato che le associazioni di promozione sociale prive di personalità giuridica possono ricevere donazioni e, con beneficio di inventario, lasciti testamentari, con l'obbligo di destinare i beni ricevuti e le loro rendite al conseguimento delle finalità previste dall'atto costitutivo e dallo statuto.

STRUTTURA

Possono assumere la denominazione di associazione di promozione sociale:

- associazioni riconosciute e non riconosciute;
- movimenti (e loro coordinamenti o federazioni);
- gruppi (e loro coordinamenti e federazioni).

Una previsione sul funzionamento delle associazioni di promozione sociale riguarda le norme sull'ordinamento interno, che deve essere ispirato a principi di democrazia e di uguaglianza dei diritti di tutti gli associati, con la previsione dell'elettività delle cariche associative (sebbene, in relazione alla particolare natura di talune associazioni, il Ministro per la solidarietà sociale, sentito l'Osservatorio nazionale dell'associazionismo, possa consentire deroghe a questa disposizione).



OBLIGHI

É obbligatorio per le associazioni di promozione sociale indicare nello statuto:

- a) la denominazione;
- b) l'oggetto sociale;
- c) l'attribuzione della rappresentanza legale dell'associazione;
- d) l'assenza di fini di lucro e la previsione che i proventi delle attività non possono, in nessun caso, essere divisi fra gli associati, anche in forme indirette;
- e) l'obbligo di reinvestire l'eventuale avanzo di gestione a favore di attività istituzionali statutariamente previste;
- f) le norme sull'ordinamento interno ispirato a principi di democrazia e di uguaglianza dei diritti di tutti gli associati, con la previsione dell'elettività delle cariche associative (tuttavia, in relazione alla particolare natura di talune associazioni, il Ministro per la solidarietà sociale, sentito l'Osservatorio nazionale di cui all'articolo 11, può consentire deroghe);
- g) i criteri per l'ammissione e l'esclusione degli associati ed i loro diritti e obblighi;
- h) l'obbligo di redazione di rendiconti economico-finanziari, nonché le modalità di approvazione degli stessi da parte degli organi statutari;
- i) le modalità di scioglimento dell'associazione;
- l) l'obbligo di devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento, cessazione o estinzione, dopo la liquidazione, a fini di utilità sociale.

L'iscrizione nel registro nazionale delle associazioni di promozione sociale a carattere nazionale, che svolgono attività in almeno cinque regioni e in almeno venti province del territorio nazionale, o nei registri regionali o provinciali - per le province autonome di Trento e di Bolzano - di tutte le associazioni considerate di promozione sociale, che svolgono attività, rispettivamente, in ambito regionale o provinciale, non rappresenta un obbligo, ma è la condizione necessaria per stipulare le convenzioni e per usufruire dei benefici e delle agevolazioni fiscali e creditizie previsti dalla legge nazionale e dalle leggi regionali e provinciali.

Come occorre risulti nello statuto, tali organizzazioni hanno l'obbligo di redigere un rendiconto economico-finanziario e di prevedere le modalità di approvazione degli stessi da parte degli organi statutari.

C DISCIPLINA DI RILIEVO ESCLUSIVAMENTE FISCALE

C.1 Impresa sociale

Per quanto invece concerne la qualifica di impresa sociale, la disciplina organica di tale istituto è stata introdotta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 e rappresenta la risposta alle istanze di ampliamento e maggiore definizione delle forme di imprenditorialità sociale che erano venute maturando a partire dall'inizio degli anni '90.

In buona sostanza, sulla base di un principio di tendenziale neutralità e idoneità astratta a produrre utilità sociali di tutte le tipologie organizzative esistenti, possono acquisire la qualifica di impresa



sociale sia gli enti disciplinati dal libro I - associazioni riconosciute e non, comitati e fondazioni - sia quelli del libro V del codice civile - società di persone, società di capitali, società cooperative e consorzi - restandone invece esclusi gli imprenditori individuali, le amministrazioni pubbliche (disciplinate dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2000) e le organizzazioni i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e servizi in favore dei soli soci, associati o partecipi. Per le amministrazioni pubbliche di cui sopra, il d.lgs. 155/2006 pone, poi, l'ulteriore divieto di esercitare attività di direzione e coordinamento, nonché di detenere il controllo dell'impresa sociale, pena la possibilità di annullare ogni atto contrario (art. 4, comma 4, d.lgs. 155/2006) e addirittura perdere la qualifica di impresa sociale (art. 16, comma 4, d.lgs. 155/2006). Tale divieto viene esteso anche alle imprese private con finalità lucrative.

Oltre al criterio dell'assenza dello scopo di lucro - da intendersi ovviamente in termini di lucro soggettivo e non oggettivo - per l'osservanza del quale è fatto divieto di distribuire, anche in forma indiretta, utili e avanzi di gestione comunque denominati, nonché fondi e riserve a favore di amministratori, partecipanti, lavoratori o collaboratori, altre caratteristiche dell'impresa sociale desumibili dal quadro normativo di riferimento sono:

- la democraticità della gestione (gestione c.d. "*multistakeholder*"), cioè la previsione di forme di coinvolgimento dei lavoratori e dei destinatari delle attività nella gestione dell'impresa;
- la tendenziale apertura al coinvolgimento nell'organizzazione di tutti coloro che siano portatori dei medesimi interessi perseguiti dall'ente (principio di non discriminazione);
- la partecipazione dei beneficiari finali alla valutazione dei risultati;
- la rendicontazione sociale effettuata tramite il bilancio sociale, al fine di consentire a chiunque sia interessato la verifica del raggiungimento dei risultati.

La scelta del legislatore è stata, dunque, quella di dettare una disciplina flessibile che lasci spazio all'autonomia privata e consenta di attrarre le forme tipologiche più diverse, nel rispetto, tuttavia, dei limiti rigorosi della natura privata dell'ente collettivo, dell'assenza dello scopo di lucro e dell'esercizio di un'attività imprenditoriale *public service*, cioè a favore di tutti i potenziali fruitori.

Peraltro, questa impostazione di fondo della normativa richiamata è certamente conforme al panorama del Terzo Settore presente in Italia, così come sopra delineato, che vede la convivenza di soggetti orientati esclusivamente ad erogare servizi per la comunità di riferimento (enti non profit puri) con soggetti che svolgono un'attività produttiva a fini sociali (enti non profit misti).

C.2 Onlus

Gli enti non lucrativi possono configurarsi sotto il profilo tributario come enti non commerciali o enti commerciali.

Le qualifiche fiscali di cui alla precedente lettera C sono accomunate dal fatto che consistono entrambe in categorie organizzative che possono essere acquisite da parte di varie organizzazioni private, che esercitano stabilmente e principalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale senza alcuno scopo di lucro.

In particolare, la definizione di ONLUS (Organizzazioni non lucrative di utilità sociale) rappresenta una veste fiscale che può essere assunta da una serie di soggetti appartenenti al mondo del *non profit*



(associazioni, comitati, fondazioni, società cooperative ed altri enti di carattere privato con o senza personalità giuridica) a condizione che si adeguino a determinati vincoli statutari e che operino nell'esclusivo perseguimento di finalità solidaristiche in determinati settori di attività individuati dalla normativa (d.lgs. n. 460 del 1997). In altre parole, per acquisire la qualifica di ONLUS - che, dunque, non è una nuova tipologia giuridica di ente, ma una qualità rilevante in sede tributaria - il d.lgs. 4.12.1997, n. 462 individua delle previsioni statutarie molto rigide, indicando dettagliatamente i settori in cui deve svolgersi l'attività, e prescrive l'esclusivo perseguimento di fini di solidarietà sociale. Al rispetto di tali requisiti viene connesso il riconoscimento di una serie di incentivi di carattere fiscale.

Per alcuni soggetti, quali gli enti pubblici, le società commerciali diverse da quelle cooperative, le fondazioni bancarie, i partiti ed i movimenti politici, i sindacati, le associazioni dei datori di lavoro e di categoria, l'acquisizione della qualifica di ONLUS è espressamente esclusa, mentre ad altri, di seguito riportati, tale qualifica è attribuita automaticamente (c.d. ONLUS di diritto, individuate dall'art. 10, comma 8, d.lgs. n. 460 del 1997):

- organizzazioni di volontariato;
- organizzazioni non governative;
- cooperative sociali;
- consorzi di cui all'art. 8 della Legge 8 novembre 1991, n. 381 che abbiano la base sociale formata per il 100% da cooperative sociali.

Le ONLUS, che possono dunque essere le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica che rispettino i requisiti dettati dalle ulteriori disposizioni del decreto, devono essere iscritte nelle apposite anagrafi regionali gestite dalle Direzioni Regionali dell'Agenzia delle Entrate, ad eccezione delle c.d. ONLUS di diritto, le quali sono iscritte presso i registri regionali nel caso di organizzazioni di volontariato, presso l'elenco gestito dal Ministero degli Esteri in caso di ONG, presso l'Albo delle società cooperative gestito dal Ministero dello Sviluppo economico tramite le Camere di Commercio in caso di cooperative sociali e consorzi di cooperative sociali.



III. LA PREDISPOSIZIONE DEL MODELLO ESIMENTE: LE FASI DI COSTRUZIONE

1. Premessa: caratteristiche e requisiti dei modelli organizzativi

L'interpretazione estensiva in relazione al concetto di protocollo e agli obiettivi generali del modello di organizzazione, gestione e controllo (MOG) ai sensi del d.lgs. 231/2001, rende quest'ultimo molto vicino ad un più generale strumento di *corporate governance* e di controllo interno che può configurarsi in perfetta sintonia con alcuni dei più importanti *framework* di riferimento per il governo del rischio². La costruzione di un MOG rappresenta un processo complesso, che richiede lo svolgimento delle seguenti attività:

1. *check-up* preliminare e valutazione del Sistema di Controllo Interno (SCI);
2. individuazione dei processi/attività a rischio-reato;
3. *risk assessment*;
4. definizione di principi e procedure di controllo;
5. elaborazione del codice etico e del sistema disciplinare.

Tuttavia, prima di esaminare le fasi di costruzione di un MOG (vedi *infra*), è doveroso premettere che, poiché l'ambito applicativo della norma include un novero di soggetti estremamente ampio, non esiste una *one-best way* per la redazione dei modelli, i quali, al contrario, dovranno essere elaborati tenendo conto delle caratteristiche peculiari dell'organizzazione che lo dovrà adottare ed efficacemente attuare. Tale approccio è probabilmente ancor più valido in relazione agli enti appartenenti al terzo settore: come già rilevato in precedenza, i soggetti che operano in quest'ambito sono i più disparati ed eterogenei (dai comitati alle associazioni di volontariato, dalle associazioni alle cooperative sociali, dalle fondazioni bancarie alle imprese sociali), ragion per cui, per ciascuno di loro è necessaria un'analisi specifica ed approfondita della natura giuridica, del tipo di attività svolta, degli obblighi, della struttura organizzativa e così via.

Poiché finora la disciplina in esame e la dottrina in materia sono state ad appannaggio quasi esclusivamente di imprese di tipo commerciale, adattare alle realtà del non profit i dettami normativi del Decreto richiede uno sforzo di astrazione e rielaborazione: ai fini della redazione del modello, anche le prassi maggiormente consolidate e diffuse, racchiuse nelle linee guida finora emanate dalle principali associazioni di categoria, hanno quantomeno trascurato un mondo ampio ed eterogeneo come quello del terzo settore. Di conseguenza, in mancanza di schemi ed approcci specifici per il non profit, per l'elaborazione di un adeguato MOG è opportuno traslare *framework* e principi prettamente aziendalistici, fatte salve le dovute distinzioni connesse alle peculiari caratteristiche degli enti in questione.

In generale, ai fini della costruzione di un modello che svolga in maniera efficace la propria azione preventiva e che possa essere effettivamente considerato come un elemento esimente in fase

² Tra questi si menziona, ad esempio, l'*Enterprise Risk Management* (ERM): tale approccio definisce il sistema di gestione del rischio come "un processo, posto in essere dal consiglio di amministrazione, dai dirigenti e da altri operatori della struttura aziendale, utilizzato per la formulazione delle strategie in tutta l'organizzazione, progettato per individuare eventi potenziali che possono influire sull'attività aziendale, per gestire il rischio entro i limiti del c.d. 'rischio accettabile' e per fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi aziendali".



giudiziale, alcune indicazioni di massima (ancorché non esaustive) provengono, in maniera congiunta, dal decreto stesso, dalla dottrina, dalla giurisprudenza e da alcuni documenti di prassi.

Sulla base del tenore letterale delle norme contenute negli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza e la prassi hanno individuato nei concetti di idoneità, efficacia, adeguatezza, specificità e dinamicità quelle peculiarità che gli riconoscono la funzione “esimente”. Inoltre, appare opportuno sottolineare come i requisiti sopra menzionati si intenderanno rispettati solo in presenza di alcuni elementi: le attività di analisi e i meccanismi di gestione del rischio dovranno essere elaborati e integrati tra loro secondo un approccio *customizzato*, avendo riguardo alle peculiarità dell’ente, al sistema di controllo interno già esistente, alle aree e ai processi “sensibili”, del settore di riferimento, alla cultura presente all’interno dell’organizzazione, e così via. Siffatta impostazione è ampiamente condivisa, trovando il consenso e il sostegno delle Linee Guida delle principali associazioni di categoria e, soprattutto, di numerose pronunce giurisprudenziali, tra cui l’ormai noto “decalogo 231”³.

Infine, poiché la quasi totalità degli elementi in materia 231 (sentenze, linee guida, dottrina) fa riferimento ad una prospettiva di tipo aziendalistico e commerciale, si ritiene che gran parte dei paradigmi relativi all’efficacia dei sistemi di controllo e ai meccanismi di gestione del rischio possa essere applicata anche ad organizzazioni che non perseguono scopi lucrativi, attesa anche la coincidenza, per entrambe le macrotipologie di soggetti, dei reati presupposto, delle sanzioni e di tutti gli altri aspetti dell’impianto normativo in questione. Pertanto, l’elaborazione di un modello esimente per gli enti appartenenti al terzo settore sconta tutte le criticità “ordinarie” relative a tale attività, unitamente alle complicazioni e alla complessità connesse alla natura giuridica e al tipo di attività svolta da tali soggetti. Ad ogni modo, si fa presente come nel prosieguo della trattazione, soprattutto in riferimento a *framework* e *best practices* internazionali, si utilizzi in alcuni casi il termine “azienda”, da interpretare in maniera estensiva, assimilandolo più che altro alla nozione di “ente” proposta dalla norma.

A tale scopo, è necessario che i *framework* ed i principi menzionati, nonché le azioni che ne derivano, siano adottati più specificamente in “ottica 231”, così che tutte le operazioni siano finalizzate ed impostate in base ai criteri del Decreto: soprattutto per ciò che concerne l’analisi dei rischi, essa deve essere reinterpretata spostando la prospettiva di analisi dai pericoli inerenti alla mera efficacia ed efficienza delle *operations*, verso la possibilità di commissione di uno dei reati contenuti nel catalogo definito dalla norma. In linea generale, le attività sopra elencate sono volte ad effettuare alcune verifiche: partendo dall’analisi generale dell’ente e del sistema di controllo interno esistente, è possibile identificare le attività operative ed i fattori di rischio, procedendo così ad un *matching* tra le aree organizzative e le fattispecie di reato, giungendo ad una vera e propria “mappatura” delle aree a rischio. Attraverso queste azioni è possibile ottenere un giudizio sulla situazione attuale dei rischi all’interno della realtà imprenditoriale (c.d. *as-is analysis*). La successiva valutazione dei rischi conduce alla determinazione di una soglia di rischio ottimale o “accettabile” (*to be*), nonché all’individuazione delle azioni di *risk response* necessarie a pervenire almeno al raggiungimento del livello di rischio prescelto.

2. Analisi e valutazione del sistema di controllo interno

La costruzione del modello inizia da una necessaria fase preliminare di *check-up*, che si propone come fine quello di pervenire ad una conoscenza generale dell’ente in questione. Una delle difficoltà principali che si incontrano nello studio delle organizzazioni operanti nel settore non profit è la vasta

³ Ordinanza cautelare del GIP del Tribunale di Milano (dott.ssa Secchi) depositata il 9 novembre 2004.



eterogeneità degli enti che ne fanno parte abbinata alla varietà dei campi dell'economia in cui questi organismi operano: dalla beneficenza alla ricerca scientifica, dall'educazione alla sanità, dalla cultura allo sport, e così via.

In tale fase potrebbe essere utile evidenziare aspetti, quali:

- la struttura organizzativa, amministrativa e contabile;
- il tipo di attività/settore;
- le dimensioni (volume d'affari, numero dei dipendenti, ecc.);
- l'esistenza di eventuali rapporti di controllo;
- la presenza di lavoro volontario;
- la necessaria esistenza del vincolo di non distribuibilità del profitto.

Il *check-up* di carattere generale prosegue in maniera più specifica ed "orientata", procedendo all'analisi dei presidi e dei controlli preventivi di cui l'ente è già dotato, valutando il sistema di controllo interno (SCI) già esistente e la sua efficacia in relazione a tre tipi di obiettivi fondamentali:

- efficacia, efficienza ed economicità delle attività operative (*obiettivi operativi*): essi concernono le performance reddituali dell'organizzazione, il suo equilibrio finanziario, nonché la protezione e valorizzazione dei propri asset, al fine di salvaguardare il patrimonio dell'ente nel medio/lungo periodo. Ovviamente, tale aspetto, per gran parte delle organizzazioni che non perseguono uno scopo lucrativo, assume certamente un rilievo inferiore rispetto alle società commerciali; in ogni caso, soprattutto per alcune tipologie di soggetti (fondazioni bancarie, associazioni, enti ecclesiastici), un efficiente perseguimento degli obiettivi operativi è fondamentale, in quanto la tutela del patrimonio è certamente una priorità assoluta per una sana e corretta gestione.
- Attendibilità del sistema informativo (*obiettivi di informazione*), che attiene prevalentemente alla predisposizione e pubblicazione di documenti contabili ed economico-finanziari affidabili, raramente rintracciabili nell'ambito delle organizzazioni appartenenti al terzo settore: bilanci di esercizio, bilanci infrannuali, indici di bilancio, altri indicatori sintetici sulla gestione sono infatti di difficile reperimento, poiché gran parte degli operatori del non profit non sono obbligati alla redazione e comunicazione di simili elaborati.
- Conformità alle normative di riferimento (*obiettivi di conformità*) al fine di garantire che i soggetti muniti di potere decisionale e di firma agiscano in ossequio alle leggi e ai regolamenti cui l'organizzazione è sottoposta.

Le ultime due tipologie di finalità, di per sé rilevanti per qualsiasi tipo di ente, rivestono un'importanza ancora più marcata in relazione a soggetti operanti nell'ambito del terzo settore. Per tali organizzazioni, infatti, è opportuno far riferimento alle nuove teorie e alle nuove *best practices* manageriali, sempre più orientate verso un approccio gestionale che contempli come fine ultimo la creazione di valore allargato, che coinvolga tutti i portatori di interesse, affinché legittimino le azioni dell'organizzazione nel proprio contesto di riferimento. Se è vero che anche le aziende commerciali sono considerate sempre più come "istituzioni sociali a finalità plurime"⁴, una simile definizione è a maggior ragione aderente ai soggetti appartenenti all'ambito del non profit, che hanno in finalità di tipo sociale la loro *raison d'être*. Tali sviluppi, unitamente alla elevata rapidità con

⁴Cfr. A.B. CARROLL, *Business and Society: Ethics and Stakeholder Management*, 3rd ed. Cincinnati: South-Western College Publishing/International Thompson Publishing, 1996.



cui le informazioni vengono veicolate ai consumatori e a tutti gli *stakeholders*, rendono opportuno includere tra le finalità del sistema di controllo interno anche obiettivi di "legittimazione sociale".

In generale, se fosse possibile definire una gradazione nell'importanza di tali obiettivi, per la maggior parte dei soggetti appartenenti al terzo settore, l'obiettivo verosimilmente più rilevante è costituito proprio dalla legittimazione di tutti gli *stakeholders* con cui interagisce: il venir meno di tale obiettivo creerebbe un notevole danno reputazionale che, pur in mancanza di provvedimenti di tipo penale/amministrativo, potrebbe mettere in pericolo la stessa sopravvivenza dell'ente (si pensi ad organizzazioni che finanziano la propria attività prevalentemente attraverso donazioni, destinazione del 5 per mille e così via).

Nell'ambito della valutazione dei presidi e dei meccanismi di prevenzione esistenti, è opportuno richiamare le migliori pratiche e le più significative esperienze internazionali: nei primi anni Novanta, alcune delle più prestigiose associazioni professionali americane istituirono una commissione di studio, denominata *Committee of Sponsoring Organizations (CoSO)* con lo scopo di elaborare un modello di riferimento per il disegno dei sistemi di controllo interno. L'ipotesi posta a fondamento del *framework* in analisi è che sia ragionevole attendersi che un valido SCI possa supportare il management nel perseguimento degli obiettivi prefissati attraverso il coinvolgimento di tutte le risorse a vario titolo impegnate nella gestione dell'organizzazione. Secondo la prospettiva del CoSO, l'accoglimento di una visione sistemica del controllo interno impone che, ai fini di progettazione e diagnosi, se ne riconoscano le diverse componenti, prestando particolare attenzione alla qualità delle relazioni che le avvincono. Nella visione del CoSO, le componenti del sistema di controllo interno sono cinque e possono essere identificate come segue:

1. ambiente di controllo (*control environment*);
2. valutazione del rischio (*risk assessment*);
3. attività di controllo (*control activities*);
4. informazione e comunicazione (*information & communication*);
5. monitoraggio continuo (*monitoring*).

L'ambiente di controllo determina il clima nel quale le persone svolgono la loro attività e le proprie funzioni di controllo, costituendo dunque il cardine su cui poggia l'intero sistema. In questo ambiente, il management valuta i rischi per la realizzazione degli obiettivi stabiliti. Le attività di controllo servono ad assicurare che siano attuate le direttive del management necessarie per fronteggiare i rischi. Le relative informazioni sono raccolte e comunicate a tutta l'organizzazione. L'intero processo è monitorato e subisce le modifiche richieste, se necessario⁵.

Ai fini della redazione del modello organizzativo ai sensi del Decreto 231, l'analisi di ciascuna componente del SCI risulta indispensabile per comprendere al meglio l'effettiva attività e l'ambito di riferimento dell'ente, per individuare le aree a rischio reato e prevedere gli specifici protocolli diretti a prevenire la commissione dei reati stessi. Come parte della loro metodologia di valutazione, alcune organizzazioni confrontano i loro SCI con quelli di altre realtà, realizzando una procedura che viene comunemente definita *benchmarking*. Infine, le *disfunzioni*⁶ del SCI, accertate attraverso il monitoraggio, devono essere portate all'attenzione del soggetto responsabile che ha l'autorità di

⁵Cfr. PRICEWATERHOUSE COOPERS, *Il sistema di controllo interno. Un modello integrato di riferimento per la gestione dei rischi aziendali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004, 19.

⁶ Il termine viene qui utilizzato in senso lato, come un elemento del SCI che merita particolare attenzione. Una disfunzione può, pertanto, rappresentare una carenza rilevata, potenziale o reale, oppure un'occasione per rafforzare il SCI al fine di accrescere la probabilità di realizzare gli obiettivi aziendali; sul punto si veda PRICEWATERHOUSECOOPERS, *op. cit.*, 89.



provvedere alle adeguate azioni correttive ed è necessario che ciò avvenga nel più breve tempo possibile. Attraverso l'utilizzo delle tecniche di valutazione sopra citate, è possibile esprimere un giudizio sull'efficacia delle singole componenti del SCI che consente, di conseguenza, di stimare l'adeguatezza dell'intero sistema, confrontando lo *score* ottenuto dall'organizzazione in esame con valori-soglia precedentemente stabiliti.

3. Individuazione dei processi/attività a rischio-reato

L'azione preliminare alla individuazione delle "attività nel cui ambito possono essere commessi reati", è costituita dalla identificazione e dall'analisi dei processi in cui la gestione operativa dell'organizzazione si estrinseca, unitamente alla individuazione dei fattori di rischio che possono influenzarli.

Le principali tecniche di identificazione del rischio utilizzate nell'ambito dei processi di *risk management* "si basano su interviste con persone di funzione apicale, *check-list* documentali, *what-if-analysis*"⁷. Grazie a queste attività, sarà possibile individuare i processi posti in essere dall'ente, identificare i generici fattori di rischio a cui la gestione operativa può essere esposta, per poi isolare e identificare gli specifici fattori di commissione di uno degli illeciti previsti dal Decreto 231.

In seguito al *check-up* preliminare, alla valutazione del sistema di controllo interno e al più approfondito esame delle informazioni reperite tramite l'analisi dei documenti acquisiti in fase di *check-up* e la somministrazione di questionari/interviste, sarà possibile individuare le aree maggiormente esposte a pericoli in maniera abbastanza completa e circostanziata. Ad esempio, il *risk manager* potrebbe già in prima battuta identificare come a rischio l'area finanziaria, se riscontrasse che:

- non esistono procedure formalizzate per la gestione delle donazioni;
- non esistono procedure formalizzate per la rendicontazione delle somme ricevute;
- in passato si sono già verificati casi di reati o comunque eventi critici in tale area.

Successivamente, ad una prima individuazione delle aree potenzialmente a rischio reato, è necessario approfondire la conoscenza di tali aree attraverso l'effettuazione di ulteriori interviste e/o la somministrazione di questionari volti a reperire informazioni più specifiche e a valutare l'eventuale presenza di alcuni meccanismi di controllo interno che possono fungere da deterrente per la commissioni di reati, quali:

- separazione delle funzioni;
- meccanismi di autorizzazione, approvazione e firma;
- controlli incrociati;
- controlli fisici.

Attraverso la somministrazione di questionari e l'effettuazione di interviste e colloqui, è possibile far emergere criticità e rischi che, generalmente, un mero esame documentale non consente di stimare: specialmente nei casi in cui, come spesso accade negli enti del terzo settore, l'organigramma (se presente) non coincide con il sociogramma, non esiste un manuale delle procedure o una struttura ben definita, un'adeguata comprensione dei processi operativi e delle dinamiche organizzative può

⁷ Cfr. N. COSTANTINO - M. FALAGARO, *La redazione del modello organizzativo: adempimenti formali e sostanziali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3 - 2009, 195.



essere ottenuta solo attraverso un confronto diretto con coloro i quali operano all'interno della realtà oggetto di indagine.

Ovviamente tali strumenti, pur potendo essere impostati su una struttura di base comune, dovranno essere predisposti in maniera specifica ed adattati alla realtà dell'organizzazione oggetto di analisi, al settore di riferimento, alla natura giuridica, alla tipologia dei principali *stakeholder*, e così via. Al fine di confermare i rischi emersi in fase di esame dei documenti ed eventualmente di individuarne di nuovi, sarebbe opportuno porre quesiti volti ad evidenziare e valutare:

- le falle o le distorsioni presenti nelle procedure attualmente in essere;
- la cultura ed i principi etici diffusi all'interno dell'organizzazione;
- la soddisfazione dei membri che la compongono;
- la filosofia e lo stile di direzione;
- le modalità di interazione tra i responsabili delle varie funzioni;
- le modalità di comunicazione e condivisione tra figure in posizione apicale e subordinata;
- il grado di separazione delle funzioni;
- le prassi che influenzano lo svolgimento dei vari processi.

In definitiva, l'analisi in questione risulta di grande utilità in quanto, oltre ad identificare il rischio reato a cui sono soggette le aree più "sensibili", consente di riconoscerne le modalità di commissione, rilevando casi concreti che, nell'ambito della gestione ordinaria dell'organizzazione, possono dare luogo ad un reato. Un'attività di indagine così come delineata finora, nel caso degli enti appartenenti al terzo settore, risulta verosimilmente addirittura più importante rispetto ad aziende commerciali: queste ultime, infatti, al crescere della dimensione, dei volumi di fatturato e della complessità gestionale, tendono naturalmente a dotarsi di procedure più o meno formalizzate, di protocolli prestabiliti⁸. Gli operatori del terzo settore, invece, si trovano molto spesso a gestire una "massa critica" rilevante in termini economici e di complessità organizzativa, a cui in molti casi non fa da contraltare un sistema di controllo interno adeguato, o un opportuno grado di formalizzazione delle attività e dei processi operativi⁹.

Le azioni da svolgere in questa fase, dunque, si estrinsecano in una procedura di *matching* tra le diverse aree organizzative e gestionali in precedenza identificate ed i reati presupposto, che consente di effettuare una prima scrematura degli illeciti potenzialmente configurabili, anche attraverso l'elaborazione di un'apposita matrice (Figura 1). Al fine di realizzare un modello idoneo, adeguato e di tipo *tailor made*, appare opportuno procedere alla selezione e all'analisi dei soli illeciti che, in base all'attività e alla struttura dell'ente, possono essere effettivamente commessi: un MOG che preveda una procedura di *risk assessment* e protocolli di difesa rispetto ad illeciti assolutamente lontani dalla realtà analizzata non esprime zelo e scrupolo professionali, bensì, al contrario, superficialità e scarsa customizzazione del processo di valutazione del rischio. La figura seguente fornisce un esempio di *matching* tra le aree organizzative e le tipologie di reati verso la pubblica amministrazione.

L'iter di identificazione dei rischi e di valutazione delle aree maggiormente esposte al pericolo di commissione di illeciti deve proseguire con un maggiore livello di dettaglio, facendo riferimento

⁸ Tale attitudine si estrinseca, in molti casi, nell'acquisizione di certificazioni da parte di organismi terzi (si pensi, come già accennato, a tutta la famiglia delle ISO).

⁹ Si pensi, ad esempio, ai partiti politici, i quali, ancorchè strutturati come associazioni non riconosciute, prive, dunque, di controlli ed obblighi pubblicitari stringenti, gestiscono patrimoni e flussi economici molto ingenti.



anche ai processi identificati in precedenza, analizzando altresì le singole attività che li compongono¹⁰. Tale fase si conclude con la stesura di un documento all'interno del quale vengono descritti i pericoli collegati ai processi sensibili, così come emerso dall'analisi effettuata. Più specificamente, è opportuno altresì individuare, nell'ambito delle aree a rischio, i soggetti in posizione apicale o subordinata che, in relazione alle loro responsabilità ed autonomia decisionale, possono incorrere nella commissione di fatti illeciti. Tale analisi può essere schematizzata attraverso l'utilizzo della matrice rappresentata in Tabella 1, che esemplifica la corrispondenza tra i processi sensibili nell'ambito dei reati verso la Pubblica Amministrazione ed i soggetti preposti al loro svolgimento e controllo.

4. Risk assessment

Ultimata la fase di identificazione dei rischi, attraverso l'individuazione delle aree e dei processi sensibili, nonché dei soggetti coinvolti in determinate operazioni, occorre procedere alla loro valutazione. Valutare il grado di rischio di un'attività ai fini del Decreto 231 significa analizzare la probabilità che l'evento o il comportamento che si cerca di evitare possano verificarsi all'interno dell'ente compromettendone la gestione operativa, l'equilibrio economico-finanziario o, addirittura, la stessa esistenza, soprattutto nel caso in cui le sanzioni che dovessero essere comminate appartengano alla categoria delle sanzioni interdittive e la sua attività dipendesse proprio da quelle autorizzazioni revocate o dalle interdizioni disposte con la sentenza di condanna. Come si vedrà più specificamente nel prosieguo, il rischio può essere scomposto in quattro componenti:

- il potenziale pericolo che l'evento negativo possa verificarsi;
- la probabilità del verificarsi di tale accadimento;
- le conseguenze e l'impatto dell'evento;
- l'esposizione al rischio, data dal prodotto tra la probabilità che il rischio si manifesti e il suo impatto potenziale sull'organizzazione.

L'analisi di tali fattori è fondamentale al fine di garantire il *trade-off* ottimale tra riduzione dei rischi e costi del controllo. Tale fase è necessaria sia dal punto di vista economico che gestionale, in quanto, all'interno di organizzazioni di qualsiasi tipo, non è pensabile ridurre i rischi a zero senza incorrere in un aumento considerevole degli oneri connessi al controllo, sia in termini economici (maggiori costi) che organizzativi (rischio di paralizzare o rallentare eccessivamente il normale svolgimento dell'attività). In tal modo sarà possibile classificare i rischi secondo un ordine di priorità, così da orientare l'attenzione del management e la scelta delle soluzioni di gestione più adeguate. In generale, le metodologie potenzialmente utilizzabili per la misurazione dei fattori di rischio sono molteplici e possono essere ricondotte a tecniche di tipo quantitativo e qualitativo.

¹⁰ Corre l'obbligo di evidenziare il concetto di processo preso in considerazione in questa sede, che è possibile definire come "un insieme organizzato di attività e di decisioni, finalizzato alla creazione di un output effettivamente domandato dal cliente, e al quale questi attribuisce un valore ben definito". I processi sono quindi delle "aggregazioni di attività finalizzate al raggiungimento di uno stesso obiettivo"; per esempio tutte le attività svolte per trasformare le materie prime in prodotti finiti costituiscono il processo di produzione. Sul punto, in ogni caso, si tornerà in seguito.



Figura 1 - La matrice aree / tipologie illecito

Modello di salvaguardia 231		REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE											
AREE A RISCHIO	N.	Malversazione ai danni dello stato	Indebita percezione di erogazioni pubbliche	Truffa	Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche	Frode informatica	Concussione	Corruzione per atto un atto d'ufficio	Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio	Corruzione di una persona incaricata di un pubblico servizio	Corruzione in atti giudiziari	Istigazione alla corruzione	Peculato, concussione, corruzione ed istigazione alla corruzione di membri della CE e di funzionari della CE e di Stati esteri
		Identificazione rischi (la "x" evidenzia l'effettiva esposizione del processo al verificarsi del reato corrispondente)											
Gestione patrimoniale e finanziaria	1												
Raccolta e distribuzione beni	2												
Ricerca e innovazione	3												
Tutela ambientale	4												
Amministrazione	5												
Gestione dipendenti e volontari	6												
Gestione donazioni e sovvenzioni	7												
Comunicazione e marketing	8												
Rapporti commerciali	9												



Tabella 1 - Matrice delle responsabilità: processi sensibili/soggetti incaricati

		Alta direzione		Area funzionale			Area operativa			
		Presidente	Amm. delegato	Gestione personale e segreteria	Amm., finanza e controllo		Direttore operativo (Chief Operating Officer)			
					Information Technology	Amministr.	Qualità	Marketing e vendite	Logistica e acquisti	Area service
	Descrizione processi sensibili reati vs PA									
1.	Negoziante/stipulazione/esecuzione contratti e/o concessioni con soggetti pubblici									
2.	Gestione dei rapporti con soggetti pubblici per l'ottenimento di autorizzazioni e licenze									
3.	Gestione dei rapporti con soggetti pubblici per aspetti riguardanti la sicurezza e l'igiene sul lavoro									
4.	Gestione dei rapporti con soggetti pubblici per l'assunzione di personale appartenente a categorie protette									
5.	Acquisizione e/o gestione di contributi, sovvenzioni o finanziamenti concessi da soggetti pubblici									
6.	Gestione dei provvedimenti amministrativi necessari allo svolgimento di attività strumentali a quelle tipiche									
7.	Installazione, manutenzione, aggiornamento o gestione di sistemi/soluzioni informatiche e/o software per soggetti pubblici									
8.	Attività occasionali ad alta interazione con la P.A.									



Le tecniche di tipo quantitativo si basano principalmente sulla valutazione di indicatori economici e matematico-statistici come, ad esempio, indici di bilancio, rischi di guasto agli impianti, numero di pezzi difettosi prodotti, ecc. In generale, alcune delle tecniche maggiormente utilizzate assegnano la misura della probabilità calcolando il rapporto tra il numero di eventi favorevoli e il numero di eventi possibili “equiprobabili”, o come limite della serie storica di un elevato numero di eventi simili. È opportuno evidenziare, tuttavia, come nello specifico ambito della responsabilità amministrativa degli enti, l'utilizzo esclusivo di simili metodi potrebbe essere fuorviante o addirittura non praticabile, in quanto essi si addicono prevalentemente a contesti ripetitivi e poco dinamici, e non ad organizzazioni complesse ed in continuo divenire. Gli approcci di tipo qualitativo, invece, sono caratterizzati da un'impostazione maggiormente soggettiva, influenzata dall'esperienza dei consulenti e del management.

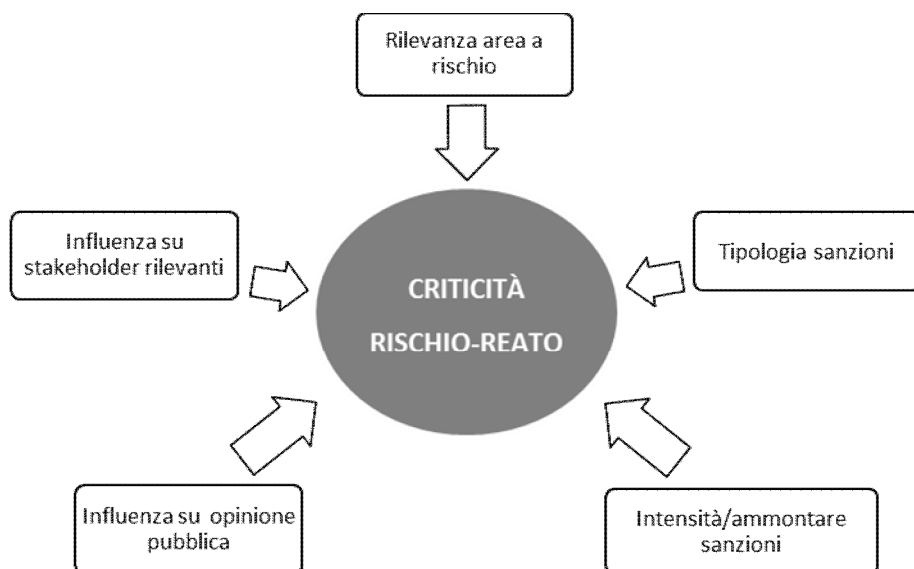
In relazione alla stima delle probabilità che gli eventi identificati si verifichino, tale operazione viene normalmente realizzata attraverso il ricorso a tecniche di natura maggiormente formalizzata (modelli matematici/probabilistici), pur potendo comunque essere integrate da analisi di tipo qualitativo condotte dal management e dall'incaricato del *risk assessment*. Al fine di garantire la massima coerenza tra le variabili esaminate (impatto e probabilità), la scala adottata per la loro definizione e valutazione deve essere la stessa, in modo da ottenere risultati omogenei ed attendibili e da poter costruire matrici per l'analisi congiunta impatto-probabilità.

È necessario sottolineare, tuttavia, come la scelta della scala in base alla quale suddividere in classi il valore assunto dalle variabili in oggetto sia frutto di un apprezzamento soggettivo da parte del team di lavoro. Ovviamente, attesa la difficoltà oggettiva di giungere ad una stima puntuale dell'impatto e della probabilità, le procedure in esame sono volte principalmente a definire un *range* in cui entrambi i fattori possano essere collocati. In ottica 231, la valutazione del rischio di commissione dei reati previsti dal decreto è finalizzata all'analisi della tipologia, entità, criticità e probabilità di manifestarsi in relazione ai singoli processi ed in riferimento ai loro responsabili (*process owner*) sulla base delle informazioni in precedenza acquisite. Anche in questo caso è opportuno ricorrere all'utilizzo di questionari ed interviste, che costituiscono un utile strumento a definire la criticità di un reato e la probabilità che lo stesso si verifichi. Il primo fattore può essere definito come una combinazione di più elementi, come, ad esempio, l'importanza dell'area a rischio per l'ente, l'ammontare e la tipologia delle sanzioni a cui l'organizzazione potrebbe essere soggetta, l'influenza sugli *stakeholders* più rilevanti e sull'opinione pubblica in generale (Figura 2).

Una valutazione multidimensionale della criticità del rischio-reato è quanto mai opportuna per gli operatori del terzo settore: simmetricamente a quanto evidenziato in precedenza in relazione alla valutazione del sistema di controllo interno, aggiungendo agli obiettivi tradizionali anche quelli di legittimazione, anche in questa fase è necessario tenere in considerazione la peculiare natura di questa categoria di soggetti. Essi, infatti, non dovranno analizzare solo componenti *hard* del rischio-reato, quali l'intensità e la tipologia delle sanzioni, ma altresì elementi *soft* quali l'influenza sull'opinione pubblica e su altri *stakeholders* rilevanti per l'attività dell'ente. In tale ottica, dunque, anche gli illeciti che non generano la comminazione di sanzioni estremamente incisive (come reati societari ed abusi di mercato, per i quali non sono previste sanzioni interdittive), possono diventare particolarmente critici se impattano in maniera rilevante sull'opinione pubblica e sulla percezione che gli interlocutori hanno dell'ente in questione. Nella valutazione della criticità del rischio-reato, dunque, è opportuno che gli operatori del terzo settore ponderino in maniera adeguata le sue diverse componenti sulla base delle proprie peculiarità.



Figura 2 - Fattori che influenzano la criticità del rischio-reato



La **probabilità** indica una misura della possibilità che il reato venga commesso alla luce della struttura organizzativa e delle procedure esistenti, nonché dell'efficacia del SCI, analizzabile ancorando la sua definizione anche ad alcuni criteri oggettivi; allo scopo di supportare ed agevolare la stima di tale variabile, può essere di estrema utilità fare riferimento alla matrice aree/tipologie illecito in precedenza analizzata: in base al tipo di attività e alla "sensibilità" delle aree funzionali alle diverse tipologie di reato, è possibile determinare, in via preliminare, una misura della probabilità di accadimento di una fattispecie delittuosa.

Quanto maggiore è la "densità" di categorie di illeciti che coinvolgono aree e processi dell'ente, tanto più questo è potenzialmente esposto alla commissione degli stessi. Ovviamente, tale stima (definibile come valutazione "lorda") deve essere combinata con l'intensità e l'efficacia del sistema di controllo interno e dei presidi già in essere all'interno dell'organizzazione, al fine di ottenere il valore concreto ed effettivo da attribuire alla probabilità. La valutazione della validità del SCI, attribuibile sulla base dei fattori già menzionati, è sintetizzabile in un giudizio qualitativo (es.: alta, media, bassa), modificando e (verosimilmente) mitigando la frequenza in precedenza stabilita consente di ottenere una misura della probabilità "netta".

La valutazione del rischio reato può essere effettuata anche utilizzando un approccio "tridimensionale", considerando tre fattori determinanti nella formazione del cosiddetto *risk priority number* (o indice di priorità del rischio)¹¹:

- la gravità (del reato): **G**;
- la probabilità con cui il rischio di commissione del reato può manifestarsi: **P**;
- la possibilità di rilevare il rischio da parte dei controlli: **R**.

Ad ogni componente sarà assegnato un punteggio variabile da 1 a 5, consentendo in tal modo di elaborare uno *score* per ogni processo/attività, individuando quelli più critici attraverso l'Indice di

¹¹ Sul punto, si veda D. FERRARA, *Governance e modelli di gestione del rischio. Guida alla realizzazione di modelli di gestione e organizzazione per la mitigazione del rischio ai sensi del d.lgs.231/01*, Franco Angeli, Milano, 2009, 81 e ss..

Priorità del Rischio (IPR).

$$IPR = G \times P \times R$$

Tabella 2 – Attribuzione Indice di Priorità del Rischio

Area Sensibile:						Data:		Rev.	
Processo:				Responsabile:					
Attività	Descrizione rischio	Responsabile rischio	Valutazione del rischio				Accettabilità rischio		
			G	P	R	IPR	A	M	B

È da sottolineare come, qualunque metodologia di valutazione si adoperi, il giudizio sulla criticità/priorità di un rischio reato sia strettamente connesso al concetto di **rischio accettabile**. La definizione di tale soglia, ai fini della disciplina in esame, è imprescindibile allo scopo di porre un limite alla quantità ed alla complessità dei meccanismi di controllo e di prevenzione. Come già accennato, infatti, in mancanza dell'individuazione del livello di accettabilità, il numero e la tipologia di tali misure sarebbero potenzialmente infiniti. La combinazione tra rilevanza dei rischi, efficacia dei controlli esistenti e livello di accettabilità desiderato, sarà oggetto di accurata valutazione all'interno della cosiddetta *gap analysis*, dalla quale emergerà l'*action plan* da seguire per il completamento dell'audit e lo sviluppo delle eventuali ulteriori fasi metodologiche.

As is analysis

La valutazione del livello di rischio di commissione di uno dei reati previsti dal d.lgs. 231/01 (c.d. "rischio-reato") nell'ambito dei processi operativi, è una fase fondamentale dell'iter di adeguamento del MOG. A tal proposito, è indispensabile che chi conduce il processo di valutazione del rischio-reato riesca a distinguere in maniera chiara la differenza tra "rischio lordo" e "rischio netto" di commissione del reato. Il motivo della necessità di identificare e valutare separatamente le due tipologie di rischio individuate è evidente: ragionando sul solo rischio netto si sottostimerebbe la rischiosità del processo e si potrebbe essere indotti a sottovalutare (o a trascurare) l'importanza del corretto funzionamento del sistema di controllo.

La distinta valutazione del rischio lordo, del sistema dei controlli e del conseguente rischio netto, per ciascun processo/attività sensibile, è invece indispensabile per orientare l'azione di vigilanza dell'organo di controllo interno; quest'ultimo, infatti, dopo aver pianificato gli interventi necessari per colmare gli eventuali gap del sistema di controllo, dovrà focalizzarsi, a parità di rischio netto, principalmente sui processi con il più elevato livello di rischio lordo (Tabella 3).



Tabella 3 – Valutazione del rischio residuo e dell'esposizione netta

Valutazione del rischio di commissione dei reati presupposto ex d.lgs. 231/01			ATTIVITA'					
			Negoziante, stipula, esecuzione di contratti e convenzioni	Ottenimento di concessioni, autorizzazioni e licenze	Gestione di adempimenti, verifiche, ispezioni relative alla tutela ambientale	Rilevazione delle strutture edilizie scolastiche	Gestione della sicurezza fisica dei server dell'ente	Selezione fornitori e gestione acquisti
			1	2	3	4	5	6
Art. d.lgs. 231/2001	Descrizione reato	IMPATTO	Matching categoria di reato / attività a rischio: n° fattispecie di reato possibili					
24	Indebita percezione di erogazioni, truffa [...]	46	1	4	1	1	1	1
24 bis	Delitti informatici e trattamento illecito di dati	33	0	0	0	0	4	0
25	Concussione e corruzione	60	4	4	4	3	0	4
25 ter	Reati societari	10	0	0	1	0	0	0
25 septies	Omicidio colposo o lesioni gravi [...]	88	0	2	0	0	0	0
25 octies	Ricettazione, riciclaggio [...]	100	3	0	0	0	0	3
25 undecies	Reati ambientali	67	3	3	3	0	0	2

RISCHIO "LORDO" (probabilità)	32%	38%	26%	12%	15%	29%
Efficacia presidi esistenti	m	m	b	m	m	b
RISCHIO NETTO (probabilità)	19%	23%	21%	7%	9%	24%

ESPOSIZIONE "LORDA" (impatto X probabilità)	25	27	14	5	5	22
ESPOSIZIONE NETTA (impatto X probabilità)	15	16	11	3	3	18



Per ogni processo/attività ritenuta sensibile, dunque, in seguito alla stima dell'impatto conseguente alla commissione dell'illecito, della probabilità lorda e netta che tale evento si verifichi, è possibile stimare l'esposizione netta (o rischio residuo) connessa allo svolgimento di determinate attività operative. Il passaggio dal rischio lordo a quello netto rappresenta uno step fondamentale e di elevata complessità nel percorso che porta alla corretta implementazione del modello esimente. Tale fase, denominata anche **as is analysis** costituisce l'output delle azioni da porre in essere precedentemente analizzate (Tabella 4), vale a dire:

- *check-up* preliminare;
- somministrazione di questionari ed effettuazione di interviste volte alla valutazione del SCI;
- individuazione delle attività e dei processi in cui si estrinseca l'attività dell'ente;
- identificazione dei fattori di rischio;
- mappatura aree e processi sensibili in relazione ai reati potenziali;
- misurazione dei rischi e stima dell'esposizione dei singoli fattori di rischio.

Tabella 4 – Riepilogo *as is analysis*

FASE	DESCRIZIONE	OUTPUT DI FASE
1) <i>Check-up</i> preliminare	Acquisizione documentazione e conoscenza generale dell'ente	Documento sintetico che riepiloghi ed analizzi, in via preliminare, la struttura organizzativa, il <i>business model</i> e la necessità del modello.
2) Valutazione SCI	Analisi componenti del sistema di controllo interno esistente	<i>SCORE</i> del Sci e dei singoli elementi, confronto con risultato massimo potenziale ed analisi fattori di debolezza
3) Identificazione attività e processi	Analisi delle <i>operations</i> e suddivisione in componenti specifiche	Mappa delle operazioni
4) Individuazione fattori di rischio	Ricerca e selezione di eventi e variabili da monitorare al fine di difendere i risultati conseguibili allo stato attuale o ipotizzati in fase di pianificazione.	<i>Screening</i> degli elementi che possono costituire un rischio per l'ente
5) Mappatura aree sensibili e processi a rischio	<i>Matching</i> tra le aree ed i processi identificati ed i reati per i quali sussiste un effettivo pericolo di commissione	- Matrice aree-tipologie illeciti - Matrice delle responsabilità
6) Valutazione rischio reato	Analisi del rischio di commissione di uno dei reati presupposto	- Matrice impatto-probabilità - Indice di Priorità del rischio (IPR)



L'esame in questione, in definitiva, si configura come una "analisi dell'esistente", vale a dire una stima delle misure già attuate dall'organizzazione per controllare i fattori di rischio rilevati, volta alla valutazione dell'efficacia concreta e dell'efficienza generale di tali meccanismi. I risultati dell'*as is analysis*, ovviamente, devono essere contestualizzati e confrontati con le singole fattispecie di reato previste dal d.lgs. 231/2001, procedendo ad un *matching* tra le funzioni e le attività dell'organizzazione e i reati al cui rischio di commissione esse sono maggiormente esposte. In questa fase, dunque, è necessario esprimere un giudizio preliminare sul grado di rischio associato alle varie attività sulla base dei controlli esistenti, nonché ad individuare i responsabili operativi, decisionali e autorizzativi di ciascuna funzione analizzata. Le valutazioni appena citate possono essere raccolte in una scheda di sintesi che ne richiami gli elementi fondamentali, come rappresentato nella Tabella 5.

Giova sottolineare come l'*as is analysis*, oltre ad essere l'*output* delle attività appena elencate, rappresenta altresì l'*input* per altri importanti *step* del processo di implementazione del modello, primo fra tutti la valutazione dei presidi da definire come contrasto all'insorgenza del rischio reato, oggetto di approfondimento qui di seguito.



Tabella5 – Scheda *as is analysis*

Soggetto			Giudizio preli- minare	Controlli esistenti						Valuta- zione dei controlli	Ruolo della funzione					
Processo principale				Esistenza di proce- dure	Aggior- namento proce- dure	Esistenza di deleghe	Cono- scenza e comuni- cazione	Segrega- zione dei compiti	Controlli Primari e monito- raggio		Solo operativo	Decisio- nale	Autoriz- zativo	Monito- raggio	Sanzio- natorio	Training e comuni- cazione
Funzioni	Processi elementa- ri/attività	Reati potenziali														
Funzione A	Attività 1	Reato (a)	A							Ineffi- caci		X				
Funzione B	Attività 2	Reato (b)	M				✓			Da mi- gliorare					X	
Funzione C	Attività 3	Reato (c)	B		✓	✓		✓	✓	Efficaci	X					

Legenda: A = alto; M = medio; B = basso



Dall'analisi dell'esistente alle azioni di risk response e control activities

La valutazione della situazione dei controlli attuale (*as-is*) deve essere confrontata con il livello auspicabile e ritenuto ottimale di efficacia ed efficienza di protocolli e standard di controllo (*to-be*). Nel caso in cui si riscontri una discrepanza tra questi due aspetti (*gap*), è opportuno analizzare tale difformità e procedere alla effettuazione delle opportune azioni di contrasto al rischio. Tali "risposte al rischio", in via generale, possono essere classificate come segue:

- **evitare** (*risk avoidance*): attuare tale azione significa cancellare le attività da cui nasce il rischio;
- **mitigare** (*risk reduction/mitigation*): ridurre il rischio consiste nel porre in essere azioni mirate a limitarne la frequenza, l'impatto o entrambi gli aspetti, portando l'esposizione al di sotto della soglia di accettabilità;
- **trasferire** (*risk transferring/sharing*): attraverso questo tipo di risposta, il management cerca di condividere il rischio, trasferendolo in capo a parti terze, realizzando uno spostamento verso un soggetto disponibile a farsene carico;
- **accettare** (*risk acceptance*): indica di non intraprendere nessuna azione in relazione ad un particolare rischio e che le relative conseguenze sono accettate nel caso in cui si manifestassero.

Al fine di implementare un modello 231 che apporti reali benefici all'attività dell'ente, è opportuno effettuare altresì un'analisi dell'attività operativa e delle opportunità che l'organizzazione deve essere comunque in grado di cogliere. Nella definizione e/o miglioramento delle procedure, pertanto è opportuno far riferimento ad un concetto già in precedenza richiamato in relazione alle generiche attività di valutazione del rischio, vale a dire quello di *risk appetite*. Le Linee Guida di Confindustria, a tal proposito, introducono il concetto di rischio accettabile anche per la costruzione dei modelli ex d.lgs. 231/2001 (Figura 3); dal punto di vista teorico generale, come già accennato, definire tale parametro non è operazione ardua: il rischio è ritenuto accettabile quando i controlli aggiuntivi "costano" più della risorsa da proteggere. Nell'ambito del Decreto 231, invece, la mera logica aziendalistica ed economica di analisi dei costi non può e non deve essere l'unico parametro di riferimento.

In altri termini, poiché ogni attività di controllo e monitoraggio presenta dei costi, come quelli appena evidenziati, sarà necessario, attraverso la valutazione del rischio, comparare detti costi con gli oneri conseguenti alla commissione del reato (sanzione pecuniaria, interdittiva, pubblicità negativa, ecc.) per ricavare da tale confronto la scelta se effettuare o meno le verifiche in questione. Pertanto, ai fini dell'applicazione delle norme del Decreto, è importante che i vertici dell'ente definiscano al meglio una **soglia effettiva di accettabilità**: tale operazione è fondamentale ai fini dell'implementazione del modello e delle azioni di *risk response* da mettere in campo; solo se il rischio residuo è considerato superiore a quello accettabile, sarà necessario intervenire attraverso operazioni di *risk reduction/risk mitigation* che, nel caso di specie, si estrinsecheranno prevalentemente nella realizzazione di appositi protocolli e meccanismi di controllo.

In ogni caso, al fine di evitare di danneggiare le attività operative dell'ente attraverso l'istituzione di procedure eccessivamente rigorose che avrebbero l'effetto di paralizzarne il regolare svolgimento, è necessario utilizzare come riferimento il generale principio, invocabile anche nel diritto penale, dell'esigibilità concreta del comportamento, sintetizzato dal brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur*: in prospettiva 231, in relazione ai presidi ed ai controlli da istituire per fronteggiare il rischio di commissione delle fattispecie di reato contemplate nella norma, la soglia concettuale di accettabilità è rappresentata da un **sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non intenzionalmente e/o fraudolentemente**. Tale concetto è altresì una naturale conseguenza del dato



letterale del Decreto, che, come condizione esimente dalla responsabilità dell'ente, cita la fattispecie in cui *"le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione"* (art. 6, co. 1, lett. c).

La definizione della soglia di accettabilità, dunque, è dirimente per determinare su quali attività/processi intervenire e quali *operations*, invece, possono essere considerate già adeguatamente presidiate rispetto alla possibilità di commissione di illeciti.

Figura 3 - Fattori che influenzano la criticità del rischio-reato



5. Principi e procedure di controllo

In seguito alla mappatura dei processi a rischio e alla fase di identificazione e valutazione dei rischi su cui il management reputa necessario intervenire prioritariamente, qualora essi risultino di entità superiore alla soglia di accettabilità, risulta necessario progettare gli opportuni sistemi di controllo finalizzati alla loro riduzione o eliminazione. Il sistema dei controlli che si intende adottare costituisce la parte concreta e visibile del modello organizzativo e quella che interviene in maniera più incisiva sulle pratiche operative e sulla *routine* dell'ente, in alcuni casi modificandole radicalmente.

Nel processo di implementazione delle componenti che dovranno essere attuate per garantire l'efficacia del modello (c.d. **protocolli**), il Decreto non detta alcuna disposizione specifica in riferimento alle modalità di redazione ed al suo contenuto; d'altra parte, viene attribuito alle Associazioni di categoria un compito estremamente difficile e complesso, ovvero quello di individuare le linee guida idonee ad ispirare i modelli organizzativi, che devono essere efficaci ed efficienti per le organizzazioni destinatarie, le quali presentano caratteristiche tra loro differenti, ad



esempio per settore di attività, natura giuridica, dimensioni in termini di numero di dipendenti, volume d'affari, numero di soci, ecc.

Tale compito è stato portato a termine, in primo luogo, da Confindustria, che nel marzo 2002 ha approvato le "*Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*", aggiornate successivamente nel maggio 2004 e nel marzo 2008, in virtù delle modifiche normative apportate al Decreto; in seguito, l'Associazione Bancaria Italiana, Confindustria e Farmindustria hanno anch'esse fornito rispettivamente a banche, società di commercio ed industrie farmaceutiche le linee di comportamento da seguire per la redazione dei modelli. Nel corso degli anni anche altre associazioni di categoria hanno provveduto a dettare norme e indicazioni per i propri aderenti, mentre nell'ambito del terzo settore, a tutt'oggi, non si riscontrano interventi simili.

Si sottolinea ancora una volta, comunque, come il modello organizzativo non possa essere generico e standardizzato, ma debba essere opportunamente *customizzato* e personalizzato in riferimento alle caratteristiche peculiari dell'ente. Considerato, quindi, il quadro normativo di riferimento e le linee guida delle associazioni di categoria, il modello, per essere ritenuto idoneo a svolgere la propria funzione esimente, deve presentare i seguenti meccanismi di controllo:

- una corretta definizione della struttura organizzativa con precisi meccanismi di segregazione dei poteri;
- una precisa individuazione di protocolli, procedure e principi di controllo;
- formazione del personale e divulgazione del modello;
- un monitoraggio continuo del modello;
- un Codice Etico con riferimento ai reati considerati;
- un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;
- un autonomo Organismo di Vigilanza.

Ciascuna delle suddette componenti del sistema generale dei controlli sarà analizzata in maniera più dettagliata nel prosieguo.

La struttura organizzativa e i sistemi di deleghe

La progettazione di un modello esimente richiede necessariamente l'individuazione dei soggetti che a vario titolo sono coinvolti nella gestione dell'ente, nonché la corretta attribuzione dei poteri di firma e delle relative responsabilità decisionali (la struttura organizzativa). A tal fine, è necessario, in prima battuta, attribuire ruoli e responsabilità alle persone interessate all'attuazione del modello, determinando, in particolare quali soggetti abbiano poteri gestionali, per quali tipologie di attività e per quale importo.

Questa attribuzione di poteri e responsabilità dovrà essere effettuata per tutte le aree di attività, così come in precedenza individuate, e non solo per quelle esposte a rischio reato. In sintesi, un'efficace struttura organizzativa dovrà:

- consentire una chiara e definita suddivisione di compiti e responsabilità tra coloro che operano nell'organizzazione, evitando assolutamente i vuoti di potere e quanto più possibile eventuali sovrapposizioni di ruoli e competenze;



- evitare di concentrare troppi poteri decisionali in capo a pochi individui e ricercare quanto più possibile una segregazione dei poteri per ciascuna funzione;
- garantire che quanto progettato sia effettivamente e concretamente attuato.

Un adeguato modello organizzativo, quindi, deve poter generare al suo interno delle procedure che consentano di controllare la corretta assegnazione di responsabilità ed i processi di approvazione e di autorizzazione interna. Diviene così fondamentale che l'autorizzazione a porre in essere un'operazione sia il risultato di una serie di approvazioni a catena, affidate rigorosamente a funzioni distinte, sia all'interno della stessa categoria di attività, sia, a maggior ragione, nell'ambito di diverse aree di attività¹².

Di conseguenza, uno dei principali presidi di controllo è rappresentato dal sistema di **segregazione delle funzioni** o dei ruoli, che definisce un insieme di regole tese a determinare la separazione tra chi assume la decisione e chi la autorizza, tra chi esegue tale decisione e chi ne controlla la successiva esecuzione; tale processo favorisce la tracciabilità delle operazioni realizzate e consente di evidenziare eventuali anomalie interne. La previsione di un sistema di segregazione dei ruoli all'interno delle singole fasi che scandiscono i diversi processi è teso a far sì che un illecito possa essere commesso solo con la partecipazione di più soggetti, ovvero attraverso l'elusione fraudolenta del modello. Pertanto, tale strumento, nell'ambito del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001, è volto a preservare l'ente da condotte fraudolente e ad assicurare l'efficienza della sua gestione.

In virtù di tali considerazioni appare chiaro quanto sia importante l'implementazione di un efficace sistema di segregazione delle funzioni, realizzabile, in particolare, tramite:

- la strutturazione dei processi effettuata in modo da assicurare la separazione tra chi esegue, chi autorizza, chi registra e chi controlla una determinata operazione;
- la formalizzazione di un sistema di deleghe che identifichi poteri di firma e poteri autorizzativi;
- la definizione delle linee e dei rapporti gerarchici, dei flussi informativi tra i vari livelli e la contestuale attribuzione di responsabilità;
- la tracciabilità dei processi;
- una normativa strutturata ed adeguatamente diffusa (organigramma, mansionario, ecc.) nell'ambito dell'intera organizzazione.

In definitiva, il processo di implementazione di un sistema di segregazione dei ruoli si realizza attraverso l'esecuzione delle seguenti operazioni:

- a) descrizione del processo operativo;
- b) identificazione delle fasi e delle attività che lo compongono;
- c) individuazione del rischio collegato al reato potenziale, del *process owner* e del relativo meccanismo di controllo;
- d) mappatura della segregazione dei ruoli.

¹² Ad esempio, le operazioni di natura commerciale dovrebbero necessariamente passare al vaglio dei responsabili della Funzione Amministrazione e Finanza.



Protocolli, procedure e principi di controllo

Il d.lgs. 231/2001 stabilisce, all'art. 6, che i modelli di organizzazione, gestione e controllo, per essere considerati idonei ed efficaci, debbano *"prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire"*.

L'elaborazione e/o la costruzione di tali protocolli, pertanto, costituisce parte integrante del modello; in merito, in mancanza di specifiche istruzioni riguardanti la loro definizione da parte della normativa in oggetto, è opportuno fare riferimento ancora una volta alle indicazioni fornite dalle principali Associazioni di categoria. In particolare, le Linee Guida di Confindustria inseriscono i protocolli tra le componenti di un più ampio sistema di controllo preventivo. Inoltre, l'Associazione Italiana Internal Auditors (AIIA) ritiene che il contenuto dei protocolli comprenda anche codici etici e procedure formalizzate chiamate a svolgere i seguenti ruoli:

- garantire trasparenza, tracciabilità e riconoscibilità ai processi decisionali ed operativi;
- prevedere meccanismi di controllo vincolanti (verifiche, autorizzazioni, ecc.) che siano in grado di limitare l'assunzione di decisioni arbitrarie o inadeguate;
- facilitare il compito di vigilanza dell'organismo interno nonché degli altri organi di controllo esterni ed interni eventualmente presenti.

In relazione ai concetti di protocollo e procedura, è necessario in questa sede analizzarne la natura ed il reale significato, effettuando le dovute distinzioni. Nello specifico, il protocollo rappresenta, in via generale, i modelli di comportamento primari da seguire nell'esecuzione di un dato processo (e, quindi, implicitamente, nelle attività che attengono a tale processo). La procedura, invece, rappresenta la parte del protocollo che configura nel dettaglio le modalità operative con cui si intende realizzare una determinata operazione, sulla base di predeterminati criteri di fondo contenuti all'interno del protocollo. Quest'ultimo, dunque, si colloca su un piano o livello "gerarchico" più generico rispetto alla procedura, in quanto individua i principi generali cui devono improntarsi i procedimenti operativi dell'ente (quindi, le "elaborazioni" dei metodi di svolgimento dei processi, vale a dire le "procedure")¹³. Alla luce di quanto appena evidenziato, è possibile interpretare il termine **protocolli** come un insieme di principi generali e specifiche procedure di controllo volti a prevenire la commissione di uno dei reati previsti dal d.lgs. 231/2001.

Come sopra rilevato, i **principi di controllo** costituiscono il punto di riferimento per l'implementazione delle singole procedure specifiche. In particolare, le Linee Guida di Confindustria individuano tre elementi fondamentali:

- *principio della tracciabilità*, in base al quale **"ogni operazione, transazione, azione deve essere: verificabile, documentata, coerente e congrua"**. Ciò significa che ogni iniziativa dovrà essere caratterizzata da un adeguato supporto documentale che favorisca i controlli e garantisca l'opportuna evidenza delle operazioni;
- *principio della segregazione delle attività (segregation of duties)*, che afferma che **"nessuno può gestire in autonomia un intero processo"**: le attività di cui esso si compone, infatti, non devono essere interamente assegnate allo stesso soggetto ma suddivise tra più attori. In base a tale principio, dunque, è opportuno strutturare le procedure operative in modo tale da garantire la separazione tra le fasi di decisione, autorizzazione, esecuzione, registrazione e controllo delle operazioni riguardanti le attività e, più specificamente, quelle ritenute sensibili, ovvero soggette ad un rischio reato;

¹³ Cfr. F. LEDDA, *op. cit.*.



- *principio della supervisione*, che riguarda principalmente l'Organismo di Vigilanza: la sua attività di supervisione e l'effettuazione delle verifiche di sua competenza deve essere documentata e attestata dal sistema di controllo.

Formazione del personale e divulgazione del modello

Successivamente alla progettazione e adozione del MOG da parte dell'organo amministrativo, è necessario porre in essere un'accorta fase di formazione del personale e di divulgazione del modello a tutti coloro che operano nell'ambito dell'organizzazione, differenziando le attività in base ai ruoli ricoperti dai destinatari all'interno dell'ente, a seconda che essi siano o meno coinvolti in processi sensibili.

L'attività di formazione dei soggetti in posizione apicale è gestita direttamente dal team di lavoro che ha progettato ed implementato l'intero modello; invece, in relazione ai soggetti in posizione subordinata, la formazione è di competenza del responsabile delle Risorse Umane in stretta cooperazione con l'Organismo di Vigilanza. Gli strumenti da utilizzare, che devono essere esplicitamente richiamati all'interno del modello, sono rappresentati dall'effettuazione di corsi, seminari di aggiornamento e/o programmi di formazione, la partecipazione ai quali è obbligatoria.

La divulgazione del modello deve partire dai vertici esecutivi e raggiungere l'intera organizzazione, con l'obiettivo di far conoscere principi di comportamento, standard e procedure adottate. Un processo di comunicazione chiaro, autorevole e concreto è assolutamente necessario negli enti di dimensioni rilevanti, per le quali le regole e le procedure fissate devono trovare univoca applicazione anche in settori operativi e in aree geografiche differenti.

Deve, infine, essere sottolineata la necessità di comunicare il contenuto del documento anche agli stakeholder esterni, sia per migliorare l'immagine dell'organizzazione (fondamentali per gli operatori del terzo settore), sia per fini operativi (è il caso della comunicazione a fornitori e clienti della modifica intercorsa nelle procedure per la chiusura dei contratti). In questo caso, risulta favorevole:

- la pubblicazione del modello sul sito Internet dell'ente;
- la comunicazione a clienti, fornitori, consulenti e partner dell'avvenuta adozione del modello e dell'obbligo di adeguarsi ai suoi principi, mediante l'introduzione di un'apposita clausola contrattuale.

Monitoraggio sul funzionamento e aggiornamento periodico del modello

Il processo di gestione del rischio non è di tipo statico, ma deve tenere in considerazione i cambiamenti che si verificano all'interno dell'organizzazione, nel suo ambiente di riferimento e nel settore nel quale opera. Nuovi rischi possono, infatti, sorgere, così come vecchi rischi scomparire, rendendo inadeguate le tecniche di *risk management* introdotte in sede di definizione della mappatura dei processi a rischio reato.

A tal proposito, tra i compiti specifici che la normativa attribuisce all'Organismo di Vigilanza figura quello di curare l'**aggiornamento del modello**, ossia fare in modo che lo stesso si mantenga adeguato sotto il profilo della solidità e funzionalità e risponda in maniera sostanziale e concreta all'analisi e valutazione del rischio reato.

Infine, sempre allo scopo di garantire efficacia all'attuazione del modello, è opportuno porre in essere un'attività di **monitoraggio** continuo circa il suo corretto funzionamento e sul rispetto degli standard di comportamento contenuti nel Codice etico. La revisione periodica potrebbe consentire di



scoprire eventuali errori di valutazione relativi alla definizione della criticità dei rischi, oppure all'adeguatezza o al tipo di strumenti utilizzati per la loro gestione prima che si manifestino eventi non previsti. L'obiettivo dell'attività di monitoraggio, quindi, è garantire che il modello organizzativo sia costantemente aggiornato e adeguato rispetto alla specifica struttura organizzativa, ai mutamenti del contesto competitivo ed alle modifiche che dovessero essere apportate alla normativa di riferimento.

6. Codice etico e sistema disciplinare

Il Codice etico

Un elemento fondamentale nell'implementazione di un modello per la riduzione del rischio-reato è lo sviluppo, all'interno dell'organizzazione, di un clima culturale che dissuada dalla commissione dei reati. A tal fine, un'importante operazione consiste nella redazione del Codice etico, nel quale si racchiudono gli impegni e le responsabilità morali nella conduzione delle attività svolte dalle persone che operano nell'ente o entrano in contatto con essa, al fine di:

- conservare e diffondere il rapporto di fiducia con i principali *stakeholders* (organi sociali, personale, clienti, fornitori, enti pubblici, associazioni di categoria, ecc.);
- scongiurare comportamenti non etici.

Il Codice etico esplicita, inoltre, i valori a cui tutti gli amministratori, dipendenti, associati e collaboratori a vario titolo dell'organizzazione devono ispirarsi, accettando responsabilità, ruoli e regole della cui violazione essi assumono personalmente la responsabilità verso l'ente. A differenza degli altri strumenti di *corporate governance* oggetto di analisi, il Codice etico è l'unico documento che, a prescindere dalla complessità del soggetto cui si riferisce, deve essere sempre presente in caso di adozione del modello esimente. Esso si articola solitamente nei seguenti livelli:

- *premessa*, che fornisce una definizione del Codice etico e incorpora la missione e la visione etica dell'organizzazione;
- *destinatari ed ambito di applicazione*, ove bisogna indicare tutti i soggetti tenuti ad adeguare le proprie azioni e i propri comportamenti ai principi, agli obiettivi e agli impegni previsti dal Codice;
- *principi etici*, che determinano quali aspettative degli *stakeholders* dovranno essere considerate in via prioritaria e il livello di soddisfazione che si vuole garantire a queste attese;
- *norme di comportamento e rapporti con gli stakeholder*, il cui obiettivo è evitare comportamenti opportunistici e devianti non in linea con la visione e i principi etici dell'ente, suddivisi in divieti e standard di condotta;
- *procedure di attuazione, controllo e diffusione del codice*, che rappresentano una componente essenziale di ogni modello, in quanto mirano a diffonderlo all'interno e all'esterno dell'organizzazione, a farlo rispettare e a garantirne l'efficacia nel tempo;
- *meccanismi disciplinari*, ovvero la previsione di sanzioni in caso di violazione delle regole di comportamento indicate nel Codice.

Ove le dimensioni e le caratteristiche dell'organizzazione lo consentano, a presidio e garanzia della corretta interpretazione e dell'adeguata applicazione del Codice, può essere istituito un organo, vale



a dire il comitato etico, inteso come il soggetto interno preposto alla valutazione del passaggio/verifica dai valori enunciati ai comportamenti posti in essere ed effettivamente riscontrati.

Esso ha il compito di diffondere la conoscenza e la comprensione del codice all'interno dell'organizzazione, monitorare l'effettiva applicazione dei principi contenuti nel documento, ricevere segnalazioni in merito alle violazioni e comunicare le relative sanzioni (contestualmente all'OdV, secondo le direttive stabilite dal regolamento di funzionamento). Le procedure e gli obblighi contenuti nel Codice etico devono considerarsi alla stregua di obbligazioni contrattuali assunte dal prestatore di lavoro ai sensi e per gli effetti dell'art. 2104 c.c.. I livelli in cui si articola il codice, in precedenza menzionati, possono essere più sinteticamente ripartiti in tre sezioni:

- principi etici generali;
- regole di comportamento etico;
- norme di attuazione.

L'impostazione seguita è confermata dalle Linee Guida di Confindustria, dove viene dedicato ampio spazio al Codice etico e ai contenuti minimi che lo stesso deve presentare in relazione ai presupposti del d.lgs. 231/2001. Per gli operatori del terzo settore, l'approvazione del documento in questione potrebbe essere considerato come un *must* a prescindere dall'adozione del modello: soggetti giuridici senza scopo di lucro dovrebbero assumere solidi principi etici e di buone pratiche come base per lo svolgimento di qualsiasi attività. In questo senso, l'adozione del MOG non fa altro che rafforzare e rendere "ufficiale" la necessità dell'elaborazione e condivisione del Codice etico all'interno dell'organizzazione.

Il sistema disciplinare

Secondo quanto previsto dal d.lgs. 231/2001 (artt. 6 e 7), con riferimento sia ai soggetti in posizione apicale sia ai soggetti sottoposti ad altrui direzione, per le finalità del MOG è necessario porre in essere un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure ivi contenute.

Tuttavia, anche per quanto riguarda l'elaborazione del sistema disciplinare, la normativa non suggerisce né i destinatari, né le sanzioni, né i requisiti, ma si limita a fornire previsioni di tipo generico; pertanto, spetta agli operatori del settore, alla dottrina e alla giurisprudenza definirne i contenuti nel rispetto delle norme esistenti, in particolare in relazione a quanto stabilito in materia di contrattazione collettiva e di sicurezza sul lavoro. In merito, le prime indicazioni dottrinali e giurisprudenziali, affermano che il sistema disciplinare:

1. si aggiungerà a quello eventuale esterno (penale o amministrativo), volto a sanzionare il trasgressore del modello organizzativo indipendentemente dal fatto che, da quella violazione, sia scaturita la commissione di un reato;
2. dovrà essere elaborato per iscritto;
3. sarà adeguatamente diffuso, mediante una puntuale e capillare informazione e formazione dei destinatari;
4. dovrà essere conciliabile con le norme, legislative e contrattuali, che regolano i rapporti intrattenuti dall'ente con ciascuno dei soggetti ai quali si applica il modello;



5. prevederà sanzioni la cui irrogazione deve essere caratterizzata dai principi di specificità, tempestività ed immediatezza, nonché dall'idoneità a svolgere un'azione deterrente avendo una specifica funzione preventiva e non meramente ed esclusivamente punitiva;
6. dovrà garantire il contraddittorio con il soggetto a cui è stato contestato il comportamento.

Più specificamente, un sistema disciplinare dovrebbe contenere:

- le violazioni sanzionabili;
- I soggetti sanzionabili;
- le procedure di applicazione delle sanzioni.



IV. INDIVIDUAZIONE DEI SOGGETTI A RISCHIO

1. Premessa

L'attrazione dei soggetti del terzo settore all'interno della disciplina stabilita dal d.lgs. 231/2001 è giustificata da diversi elementi, tra cui, in primo luogo, la citata sentenza del 22 marzo 2011 del GIP di Milano, che è stata a suo modo rivoluzionaria per l'attrazione netta e senza mezzi termini, all'interno del perimetro applicativo del Decreto 231, anche di soggetti giuridici che svolgono attività con scopo non lucrativo. L'ordinanza ha "squarciato il velo" costituito dall'appartenenza di tali enti ad una "zona franca" che appariva, in tutta onestà, poco giustificabile.

Oltre al caso analizzato dal tribunale meneghino, infatti, soprattutto negli ultimi tempi, si sono registrati, purtroppo non in maniera infrequente, casi di organizzazioni senza scopo di lucro coinvolte nella commissione di reati di vario genere.

1) Alcuni dei più recenti scandali riguardano soggetti che operano nell'ambito della **sanità**: oltre al caso della "Croce San Carlo Onlus", in precedenza menzionato, il settore sanitario è stato protagonista di due casi di assoluto rilievo per la rilevanza degli illeciti contestati e per i soggetti che, secondo le prime indagini, dovrebbero averli commessi:

- Fondazione San Raffaele: in questo caso, le accuse vanno dall'associazione a delinquere, alla frode, alla bancarotta; secondo i p.m. ammonterebbe a circa 45 milioni di euro la cifra di denaro distratta dalle casse del San Raffaele, attraverso la realizzazione di una serie di operazioni – tra cui l'acquisto di un aereo di lusso per 35 milioni di euro – e la contestuale creazione di "fondi neri" transitati soprattutto su conti esteri. Se dovesse riscontrarsi che parte di tali fondi fosse stata destinata a politici o pubblici funzionari, ovviamente si configurerebbero anche le ipotesi di corruzione, e l'attrazione nell'ambito 231 sarebbe ancor più innegabile.
- Fondazione Maugeri: anche in questa circostanza gli illeciti contestati riguardano la distrazione di somme di denaro, quantificate dai p.m. in circa 56 milioni di euro, che sarebbero poi entrate nelle disponibilità di consulenti e società fittizie, allo scopo di creare fondi neri all'estero e di elargire tangenti ad un politico. I reati contestati vanno, a vario titolo, dal riciclaggio all'appropriazione indebita aggravata, dall'associazione per delinquere alla frode fiscale e all'emissione di fatture false.

2) Vicende illecite hanno interessato anche le **associazioni** che operano nel mondo dello **sport dilettantistico**, in special modo in ambito calcistico. Di particolare interesse risulta il caso dell'Arzignano Grifo Calcio a 5, un'associazione sportiva dilettantistica (ASD) protagonista di un giro di fatture false giustificate da attività di sponsorizzazioni, al fine di consentire vantaggi fiscali alle società (fittiziamente) sponsorizzate e di creare fondi di risorse finanziarie non tracciate. L'evasione fiscale complessiva ammonta a circa 50 milioni. La Guardia di Finanza ha appurato che parte delle somme di denaro frutto della frode (oltre 3 milioni di euro) venivano impiegate per pagare in nero calciatori di calcio a 5, e quindi formalmente dilettanti, che riuscivano a percepire compensi anche per 15 mila euro al mese oltre ad ottenere una lunga serie di utilità varie.

Poiché i calciatori dilettanti non potrebbero percepire compensi veri e propri (bensì solo meri rimborsi spese), tale fattispecie configura certamente un vantaggio per la società (integrando dunque i requisiti per l'applicabilità del d.lgs. 231/2001). Inoltre, sono stati accertati trasferimenti di contanti in violazione della normativa antiriciclaggio per 47,8 milioni di euro, l'introduzione



illegale di denaro in Italia per 17 milioni e vari episodi di bancarotta fraudolenta, estorsione, furto, appropriazione indebita, falso interno bancario, indebito utilizzo di carte di credito, ricettazione di assegni rubati, truffa e tentata truffa aggravata. Il quadro accusatorio, pertanto, appare certamente molto articolato.

- 3) Tra tutti quelli sottoposti all'attenzione mediatica generale, probabilmente i casi più clamorosi riguardano soggetti che, non solo statutariamente non perseguono scopo di lucro, ma svolgono anche funzioni "di rilievo costituzionale", vale a dire i **partiti politici**. Tali organizzazioni, costituite sotto forma di associazioni non riconosciute, hanno mostrato la fragilità di un sistema di controlli interni quasi inesistente. Le condotte fraudolente e gli illeciti perpetrati rientrano nel catalogo dei reati stabilito dal Decreto, ad esempio all'art. 24 (malversazione), con buone probabilità che il quadro accusatorio conduca all'ampliamento anche verso l'art. 25 (nell'ipotesi, ad esempio, di episodi di corruzione).
- 4) Di recente, anche una **fondazione bancaria** è stata coinvolta in vicende poco chiare riguardanti l'istituto di credito del quale detiene una consistente partecipazione azionaria, accusato di manipolazione del mercato.

Purtroppo, i casi appena segnalati sono solo i più attuali ed eclatanti, ma bastano ad evidenziare come, in molti casi, dietro la natura giuridica di enti non lucrativi (associazioni, organizzazioni di volontariato, fondazioni), possano celarsi soggetti giuridici ed economici che non hanno nulla da invidiare a società commerciali in termini di flussi finanziari gestiti, di patrimoni amministrati, di consistenza occupazionale, di numero e rilevanza degli *stakeholders* con cui interagiscono. Di conseguenza, quando la "massa critica" di un'organizzazione non profit diventa rilevante, è quantomeno opportuno dotare l'ente di un sistema di organizzazione, di gestione e dei controlli interni solido ed efficace.

Inoltre, poiché gran parte degli operatori del terzo settore sono potenzialmente a rischio di commissione di uno dei reati previsti dal d.lgs. 231/2001, in molti casi è certamente auspicabile che l'introduzione di adeguati meccanismi di prevenzione sfoci nell'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dalla norma.

2. Attività sensibili e reati potenziali

Come evidenziato nei paragrafi precedenti, l'implementazione del modello di organizzazione, gestione e controllo comporta una completa revisione delle procedure e una complessiva rivisitazione di tutti i processi e dei meccanismi di *corporate governance* che regolano l'attività dell'ente.

In ogni caso, anche se potenzialmente tutti i soggetti possono essere considerati a "rischio 231", appare chiaro come l'adozione del modello, pur se sempre consigliabile ed auspicabile per garantire l'efficientamento delle procedure e il miglioramento della trasparenza verso l'esterno, sia assolutamente opportuna e diventi quasi un obbligo al ricorrere di alcuni requisiti dell'ente e di determinate circostanze operative. Anche la citata sentenza che ha esteso la responsabilità ex d.lgs. 231/2001 alle imprese individuali (Cass. Pen., 20 aprile 2011, n. 15657), evidenzia tra gli elementi dirimenti la presenza di una struttura organizzativa articolata, grazie alla quale il contributo del singolo operatore non è indispensabile per l'esecuzione delle attività.

Traslando tale impostazione ai soggetti del terzo settore, anche in questo caso è possibile ipotizzare una soglia oltre la quale l'adozione del modello diventa irrinunciabile. Tale livello dipende da una serie di elementi, che riguardano non solo l'aspetto organizzativo, ma anche, come sottolineato in



precedenza, il tipo di attività svolta, l'ammontare di risorse finanziarie e patrimoniali gestite, e così via.

Individuare dei criteri oggettivi per definire il grado di "sensibilità" ai rischi derivanti dal Decreto 231 per gli operatori del mondo non profit è certamente un'impresa non semplice, attesa la mancanza di parametri oggettivi o legislativamente stabiliti in materia. Ad ogni modo, è possibile identificare alcuni elementi che possono far aumentare il livello di rischio a cui un'organizzazione è potenzialmente esposta, facendo sempre riferimento alle fattispecie contemplate nel catalogo dei reati contenuto nella norma. Alcuni di tali criteri sono sintetizzati di seguito:

- 1) **tipo di attività svolta:** è chiaro come questo parametro sia assolutamente dirimente per comprendere quali siano gli illeciti, tra quelli previsti dal decreto, che nell'ambito delle attività svolte dall'ente potrebbero verificarsi. Ad esempio, alcune società cooperative che operano nel settore dei trasporti, dell'edilizia o della produzione in generale, sosterranno rischi connessi ai reati relativi alla sicurezza sul lavoro sicuramente più elevati rispetto ad un ente lirico che gestisce strutture teatrali e organizza eventi culturali; le fondazioni bancarie, che in molti casi detengono partecipazioni azionarie di società quotate in borsa, sono soggette al rischio di commissione degli illeciti previsti dall'art. 25-sexies del d.lgs. 231/2001 (abuso di informazioni privilegiate e manipolazioni del mercato).
- 2) **Complessità organizzativa:** al crescere della "consistenza occupazionale" dell'ente, dei livelli gerarchici, del numero degli associati e delle sedi operative, della complessità dei processi da governare, aumenta la possibilità dell'esistenza di falle all'interno del sistema di prevenzione in vigore e diventa più difficile garantire la trasparenza, la separazione delle funzioni e delle responsabilità, nonché la tracciabilità delle operazioni.
- 3) **Consistenza patrimoniale e flussi economico-finanziari:** soggetti che gestiscono ingenti patrimoni, siano essi immobili (si pensi agli enti ecclesiastici, ai musei) o valori mobiliari (es. organizzazioni internazionali di raccolta fondi) e sono caratterizzati da elevati volumi di affari corrono certamente rischi maggiori rispetto ad operatori che gestiscono attività di dimensioni più ridotte. Soprattutto per gli enti strutturati in forma societaria potrebbero configurarsi, infatti, anche i reati contemplati dall'art. 25-ter, quali la formazione fittizia del capitale, la indebita restituzione dei conferimenti, la illegale ripartizione degli utili e delle riserve, e così via. Oltre al volume d'affari *tout court*, un altro fattore da tenere nella dovuta considerazione è costituito dall'eventualità di ingenti movimentazioni di denaro contante: come accennato, operatori che beneficiano di donazioni o raccolgono risorse da parte dei sostenitori in maniera non tracciabile potrebbero, infatti, dare vita a reati di riciclaggio o creare "fondi neri" da destinare ad attività illecite.
- 4) **Natura giuridica e rapporti con la P.A.:** molti dei soggetti appartenenti al terzo settore interagiscono con la Pubblica Amministrazione per una serie di ragioni, che vanno dalla fruizione di sovvenzioni pubbliche (ad esempio, partiti politici), all'ottenimento dell'accreditamento nell'ambito socio-sanitario (ad esempio, soggetti convenzionati con l'ASL, le IPAB, ecc.) e così via. Appare evidente come soggetti che basano la propria attività sul rilascio di specifiche autorizzazioni o licenze piuttosto che sull'ottenimento di contributi a fondo perduto siano certamente molto esposti al rischio di commissione di reati contemplati dagli artt. 24 e 25 (es. truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche, corruzione, ecc.). Tali rischi sono ancor più elevati per enti che godono di particolari benefici (di tipo fiscale e non solo) derivanti da requisiti certificati da parte di organismi pubblici (si pensi alla verifica sulla qualità di Onlus o al controllo sulla mutualità prevalente per le cooperative).



- 5) **Tipologia di controlli** a cui il soggetto è sottoposto: per la valutazione dei rischi connessi alla commissione di alcuni dei reati-presupposto, la mancanza di obblighi stringenti in relazione al controllo e alla rendicontazione contabile o al rispetto dei vincoli gestionali e di scopo, è ovviamente un fattore che incrementa la probabilità che un illecito possa effettivamente verificarsi.

Alcuni dei criteri sopra analizzati possono essere meglio esplicitati e raggruppati in diversi **parametri quantitativi** (o *dimensioni*), ai quali si è ipotizzato di attribuire uno *score* in base ai valori registrati.

Altri criteri di tipo “**qualitativo**” sono stati trattati come variabili binomiali (SI/NO), con conseguente polarizzazione anche del grado di rischio.

Il rischio connesso a determinati fattori è considerato medio e non alto in virtù della mancanza di sanzioni interdittive connesse alla fattispecie di reato che una determinata attività configurerebbe (ad esempio, per i reati societari e per il *market abuse*).

DIMENSIONE	LIVELLO DI RISCHIO		
	Basso	Medio	Alto
Economico-patrimoniale			
- Attivo patrimoniale	< € 1.000.000 ¹⁴	> € 1.000.000	> € 4.400.000 ¹⁵
- Flussi finanziari in entrata	< € 400.000 ¹⁶	> € 400.000	> € 8.800.000 ²
Organizzativa			
- Numero dipendenti	< 20 ¹	> 20	> 50 ²
- Numero soci / volontari	< 500 ¹⁷	> 500	> 1.000

¹⁴ Parametro derivante dall'analisi dell'art. 2159, comma 2, C.C., il quale stabilisce che al di sotto di tale soglia le cooperative possono optare per la forma di società a responsabilità limitata in luogo del regime “naturale” di società per azioni.

¹⁵ Soglia per la possibilità di redazione del bilancio in forma abbreviata ex art. 2435-bis c.c.

¹⁶ Limite al di sotto del quale è possibile optare per il regime di contabilità semplificata da parte delle imprese che svolgono attività di servizi, così come disposto dal D.L. 70/2011, che ha modificato l'art. 18 del DPR 600/73.

¹⁷ Valore sancito dall'art. 2525, comma 3, c.c. in relazione alla possibilità di elevare fino al 2% del capitale sociale delle cooperative la quota di partecipazione che ciascun socio può detenere.



	LIVELLO DI RISCHIO			Principale reato presupposto
DIMENSIONE	Basso	Medio	Alto	
Amministrativa				
- Obblighi redazione bilancio o documento analogo	Sì	No		Art. 25-ter
- Obbligo controllo contabile	Sì		No	Art. 25-ter
- Altri obblighi informativi	Sì	No		Art. 25-ter
- Assunzione lavoratori irregolari	No	Si		Art. 25-duodecies
Natura e rapporti con la P. A.				
- Qualifica di Onlus / altre agevolazioni fiscali	No		Sì	Artt. 24-25
- Godimento di sovvenzioni pubbliche	No		Sì	Artt. 24-25
- Vincoli alle attività istituzionali	No	Si		Artt. 24-25
- Ottenimento di licenze, autorizzazioni, ecc.	No		Sì	Artt. 24-25
Tipologia di attività				
- Rischi relativi ad attività di terrorismo	No		Sì	Art. 25-quater
- Rischi connessi a reati contro la personalità individuale	No		Sì	Art. 25-quinquies
- Interazione con soggetti quotati su mercati regolamentati	No	Si		Art. 25-sexies
- Rischi inerenti alla sicurezza sul lavoro	No		Sì	Art. 25-septies
- Livello di flussi finanziari in contanti sul totale delle transazioni	< 33%	< 66%	> 66%	Art. 25-octies
- Rischi relativi a reati ambientali	No		Si	Art. 25-undecies

Attribuendo ai diversi livelli crescenti di rischio, un punteggio pari, rispettivamente, ad 1, 3 e 5, è possibile stabilire delle soglie per valutare lo *score* raggiunto dall'ente oggetto di analisi, ipotizzando una suddivisione come quella che segue:

- tra 1 e 15, livello di rischio basso;
- tra 16 e 30, livello di rischio medio-basso;
- tra 31 e 45, livello di rischio medio;
- tra 46 e 70, livello di rischio medio-alto;
- tra 71 e 85, livello di rischio alto.



Ovviamente, in base al punteggio ottenuto, sarà necessario elaborare una strategia di *risk response* adeguata che, soprattutto negli ultimi due casi, non può in alcun modo apparire diversa dalla decisione di adottare un modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs.231/2001.

Per comprendere al meglio il funzionamento del meccanismo di *scoring* sopra evidenziato, può essere utile un **esempio pratico**, prendendo come riferimento il caso di un partito politico, giuridicamente costituito sotto forma di associazione non riconosciuta. I dati relativi alle dimensioni economico-patrimoniale e finanziaria sono i seguenti:

- Attivo patrimoniale > € 4.400.000
- Flussi finanziari in entrata > € 4.400.000
- Numero dipendenti > 50
- Numero associati > 1.000
- Movimentazioni in contanti tra il 33% ed il 66% del totale delle transazioni

Per ciò che concerne gli altri aspetti organizzativi e gestionali, i principali elementi sono sintetizzati nella tabella seguente.

CALCOLO SCORING

	LIVELLO DI RISCHIO			Principale Reato presupposto
DIMENSIONE	Basso	Medio	Alto	
Amministrativa				
- Obbligo redazione bilancio o documento analogo		No		Art. 25-ter
- Obbligo controllo contabile			No	Art. 25-ter
- Altri obblighi informativi		No		Art. 25-ter
- Assunzione lavoratori irregolari		No		Art. 25-duodecies
Natura e rapporti con la P. A.				
- Qualifica di Onlus /altre agevolazioni fiscali			Sì	Artt. 24-25
- Godimento di sovvenzioni pubbliche			Sì	Artt. 24-25
- Vincoli alle attività istituzionali	No			Artt. 24-25
- Ottenimento di licenze, autorizzazioni, ecc.			Sì	Artt. 24-25
Tipologia di attività				
- Rischi relativi ad attività di terrorismo	No			Art. 25-quater
- Rischi connessi a reati contro la personalità individuale	No			Art. 25-quinquies
- Interazione con soggetti quotati su mercati regolamentati	No			Art. 25-sexies



- Rischi inerenti alla sicurezza sul lavoro	No			Art. 25-septies
- Livello di flussi finanziari in contanti sul totale delle transazioni		33% - 66%		Art. 25-octies
- Rischi relativi a reati ambientali	No			Art. 25-undecies

Come è facile ipotizzare, anche un partito con una struttura di medie dimensioni può agevolmente superare le soglie considerate a rischio in relazione alla sfera economico-patrimoniale e organizzativa. Per ciò che concerne la “sensibilità” rispetto ai vari reati presupposto, le aree maggiormente interessate alla commissione di illeciti che possono integrare responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 sono prevalentemente quelle relative ai rapporti con la pubblica amministrazione: poiché la sopravvivenza stessa dei partiti dipende in misura significativa dal finanziamento pubblico ricevuto dallo Stato (c.d. rimborsi elettorali), appare chiaro come l’ente possa trarre vantaggio da una non corretta rendicontazione delle spese, dalla raccolta di firme secondo modalità non conformi alla legge e così via.

Un altro aspetto da tenere in considerazione riguarda la possibilità di gestire ingenti movimentazioni in contanti, derivanti, ad esempio, da raccolte fondi, *convention*, e così via. Tale fattispecie espone l’ente alla possibilità di commissione di reati connessi ad attività di riciclaggio, oltre a quelli di ricettazione (si pensi alla possibilità di effettuare donazioni, lasciti, ecc.).

Sulla base dei dati analizzati e dei punteggi assegnati, l’ente sottoposto a verifica ha ottenuto uno **score pari a 54**, che lo colloca nella fascia di rischio medio-alta e suggerisce l’adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo, al fine di rafforzare i propri meccanismi di controllo e le procedure organizzative e di *corporate governance*.

2.1. Reati potenziali e soggetti coinvolti

Una volta appurata l’opportunità/necessità di adozione del modello, attraverso un’analisi del tipo di attività svolta, della complessità organizzativa dell’ente, della sua “massa critica” in termini patrimoniali ed economico-finanziari, è indispensabile individuare i soggetti maggiormente coinvolti nella gestione e quelli che fanno riferimento ad aree ed attività ritenute a rischio. Tale operazione può essere effettuata attraverso alcune delle attività contemplate nel paragrafo precedente in relazione alla fase di *risk assessment*, che conduce allo sviluppo di un elaborato sintetico (Tabella 1) che consente di identificare coloro i quali sono incaricati dei processi maggiormente a rischio.

Ovviamente, come già sottolineato, tale processo deve essere svolto in maniera altamente *customizzata*, avendo riguardo alla particolare tipologia di ente al quale si intende applicare il modello: per una esaustiva individuazione dei soggetti appartenenti alle singole entità del terzo settore si rimanda alla parte generale dedicata alla struttura di ciascuno.

2.2. Strumenti di prevenzione e procedure di controllo

L’elaborazione delle procedure di controllo può essere definita come l’individuazione della corretta modalità di svolgimento di un processo operativo. Nell’ambito del presente lavoro, le procedure di controllo si estrinsecano fondamentalmente nella identificazione e analisi di quattro elementi per ogni processo sensibile:



- fattispecie di reati ipotizzabili tra quelli contemplati dal decreto;
- funzioni coinvolte/soggetti attivi del reato;
- modalità di commissione del reato;
- attività di controllo specifiche.

A livello operativo si può fare ricorso, tra gli altri, agli strumenti in precedenza descritti e, in particolare, al sistema di segregazione dei ruoli, che consente di individuare le specifiche fasi dei processi oggetto di analisi, i soggetti coinvolti, le responsabilità attribuite a ciascuno di essi e le misure preventive da porre in essere al fine di limitare la probabilità di commissione di un reato. Per maggiore facilità di comprensione si fornisce di seguito un'esemplificazione di procedure di controllo operative relative all'iscrizione all'anagrafe unica da parte di una ONLUS. Come già in precedenza accennato, si procede innanzitutto all'**analisi del processo** e alla sua disaggregazione nelle attività principali che lo compongono, rappresentata dal *flow-chart* riportato nella figura seguente.

Reati ipotizzabili

I reati ipotizzabili nell'ambito del processo in questione sono, ad esempio, quelli di **truffa, corruzione e indebita percezione di erogazioni ai danni dello Stato**, che trovano origine nell'ottenimento di condizioni privilegiate attraverso la presentazione di dichiarazioni o documenti non veritieri, ovvero attraverso la corruzione del pubblico ufficiale preposto alla verifica dei requisiti. In seguito all'individuazione dei reati potenziali, si procede alla redazione delle *schede delle operazioni* in cui combinare, per ogni attività, il reato ipotizzato, il *process owner* ed il relativo controllo di competenza (Tavola 1). Attraverso tale fase è possibile evincere il secondo e il terzo fattore della procedura di controllo, così come sopra definiti.

Soggetti coinvolti

I soggetti attivi del reato possono essere coloro i quali, all'interno o all'esterno dell'organizzazione, hanno rapporti con le autorità chiamate a deliberare sulla sussistenza dei requisiti, sull'erogazione di eventuali contributi e dei finanziamenti agevolati, tra i quali è possibile annoverare sia gli enti pubblici, sia le banche concessionarie.

Gli attori in questione sono quelli che intrattengono i succitati rapporti in virtù del potere di rappresentanza di cui godono in via stabile e duratura e, dunque:

- amministratori;
- direttori generali o responsabili di singole funzioni interne, in relazione alle deleghe ricevute e alle mansioni che sono chiamati a svolgere in base al rapporto di lavoro subordinato o professionale che li lega all'ente stesso e, quindi, ad esempio:
 - dipendenti aventi rapporti con l'esterno;
 - intermediari o professionisti che operano nell'interesse dell'organizzazione in forza di un mandato temporaneo o di un incarico relativo allo svolgimento di determinate prestazioni.



Figura 4 - Rappresentazione grafica dei flussi di attività del processo di iscrizione all'anagrafe unica delle ONLUS

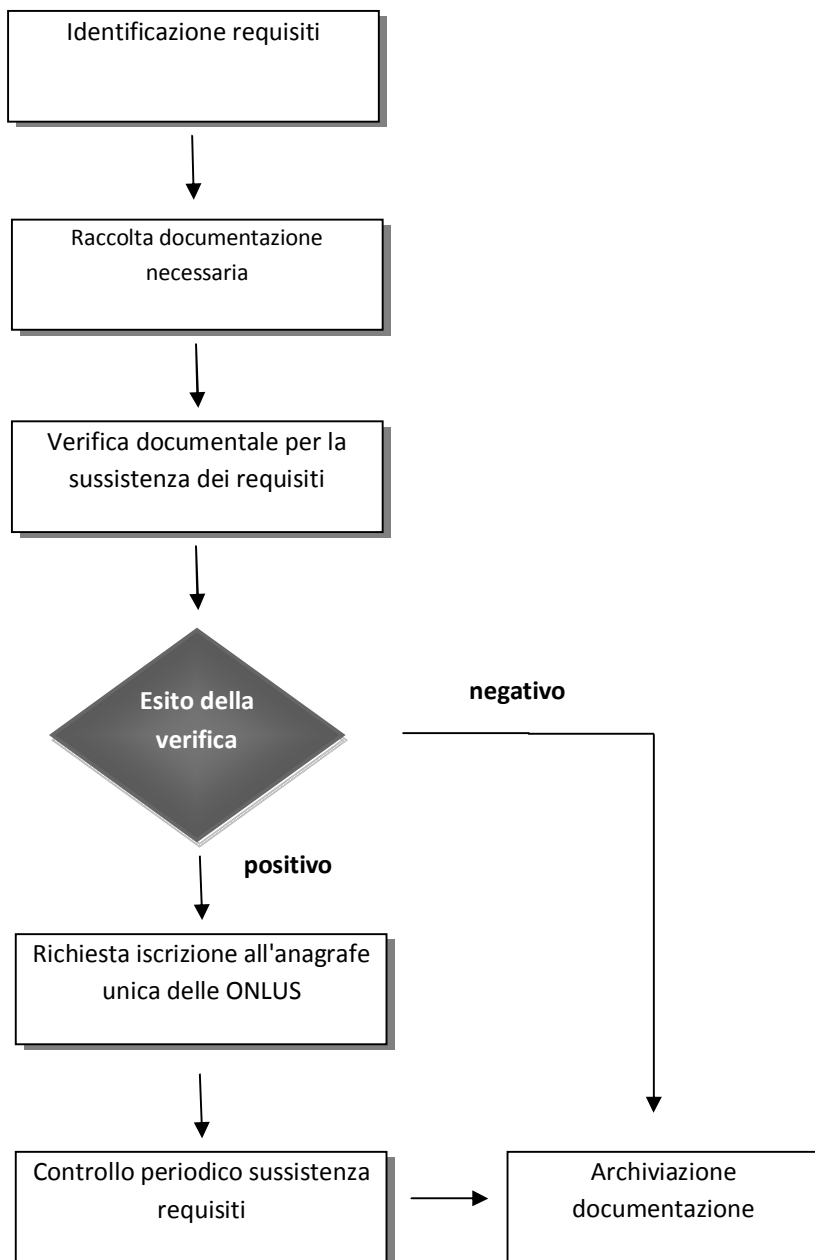




Tavola 1 - Scheda delle operazioni: iscrizione all'anagrafe unica delle ONLUS

Fase / attività	Processowner	Rischi	Controlli
Individuazione requisiti	Responsabile area legale	La partecipazione potrebbe sottendere atti corruttivi	Controllo fonti normative per verificare requisiti soggettivi
Raccolta documentazione	Responsabile amministrativo / presidente	Produzione di documentazione o dichiarazioni false	Controllo formale della documentazione predisposta e da presentare
Verifica documentale per la sussistenza dei requisiti	Responsabile amministrativo/ Responsabile area legale	Atti corruttivi (corruzione valutatori), presentazione dichiarazioni o documentazione falsa	Presentazione della domanda da parte di almeno due rappresentanti dell'ente
Richiesta iscrizione all'anagrafe unica delle ONLUS	Responsabile amministrativo/ Responsabile area legale	Atti corruttivi (corruzione valutatori), presentazione dichiarazioni o documentazione falsa	Presentazione della domanda da parte di almeno due rappresentanti dell'ente; confronto tra documentazione prodotta e presentata
Controllo periodico sussistenza requisiti	Responsabile amministrativo/presidente	False dichiarazioni per favorire indebita fruizione di agevolazione	Controllo processo di rendicontazione da parte del responsabile amministrativo
Archiviazione documentazione	Direttore amministrativo	La documentazione potrebbe non essere archiviata correttamente per occultare eventuali atti illeciti	Controllo processo di archiviazione

Modalità di commissione del reato

L'analisi dei reati ipotizzabili, unita all'identificazione dei soggetti che potrebbero commetterli, è di supporto all'individuazione delle effettive e concrete modalità di commissione dell'illecito, che, nell'esempio proposto, potrebbe avvenire attraverso:

- la presentazione di documenti o dichiarazioni false, ovvero l'omissione di comunicazione di informazioni che possano pregiudicare il riconoscimento dei requisiti;
- la promessa o l'offerta di denaro o altra utilità fatta al soggetto pubblico, al fine di ottenere vantaggi o priorità nell'assegnazione del beneficio;
- la destinazione, totale o parziale, di eventuali fondi agevolati ottenuti a scopi diversi da quelli prescritti; è da rilevare come il reato si configuri anche nel caso in cui l'investimento o la spesa oggetto di agevolazione vengano effettivamente realizzati, ma i contributi percepiti non siano utilizzati per la loro specifica copertura e vengano impiegati per sostenere altri investimenti o altri oneri.



Attività di controllo specifiche

Le specifiche attività di controllo relative alla fattispecie illecita in esame devono essere, ovviamente, strettamente connesse alla natura del soggetto, alla tipologia di riconoscimento, alle agevolazioni cui quest'ultimo dà luogo e così via. Tali controlli consistono in verifiche che interessano i seguenti elementi:

- *requisiti* per l'ottenimento del riconoscimento. È necessario valutare che vi sia rispondenza tra le caratteristiche del richiedente ed i requisiti soggettivi previsti dalle norme di agevolazione (es. tipologia di attività, categoria di utenti serviti, requisiti dei lavoratori, ecc.) e che l'investimento che s'intende effettuare sia compreso tra i progetti considerati agevolabili;
- *iter dell'istruttoria*, finalizzato alla stima della completezza della documentazione richiesta, nonché della corretta presentazione della domanda;
- *veridicità dei documenti presentati*, per accertare la rispondenza della documentazione alla realtà dell'ente;
- *separazione dei ruoli* tra chi:
 - individua i requisiti;
 - predispone la documentazione necessaria;
 - sottopone la domanda di iscrizione;
 - verifica periodicamente la sussistenza dei requisiti;
 - effettua il controllo e la rendicontazione delle attività svolte.

Tale ultima attività di controllo viene esplicitata nella Tavola 2, in cui si fornisce un esempio di segregazione delle attività nell'ambito del processo in questione.

Attraverso una opportuna separazione delle funzioni, dunque, è possibile mitigare il rischio di commissione dei reati nello svolgimento di alcuni processi sensibili; in particolare, una procedura che impedisca ad un unico soggetto di svolgere e controllare tutte le attività che compongono un processo, costituisce certamente uno strumento in grado di ridurre la probabilità che un illecito si verifichi.

Tuttavia, come in precedenza sottolineato, in molti casi gli operatori del terzo settore non dispongono di una struttura organizzativa adeguata alla tipologia di attività svolta, alle risorse movimentate, al numero e alla rilevanza degli *stakeholders* con cui interagiscono. La creazione di procedure formalizzate e di un'organizzazione adeguata si configura, dunque, come un'operazione fondamentale, propedeutica all'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. 231/2001: la sua implementazione, di conseguenza, oltre che costituire, in sede giudiziaria, uno schermo alla responsabilità sancita dalla norma, si configurerebbe come una piccola rivoluzione culturale e gestionale per i soggetti appartenenti al mondo del non profit, in grado di garantire un solido sistema di *corporate governance* ed efficaci meccanismi di prevenzione dei reati, adeguando gli standard di controllo alla complessità dell'attività svolta e ai rischi a cui gli enti sono esposti.

Tavola 2 - Mappatura della separazione dei ruoli: iscrizione all'anagrafe unica delle ONLUS

Attività	Esecuzione	Autorizzazione	Registrazione dati	Controllo
Individuazione requisiti	Responsabile area legale			
Raccolta documentazione	Responsabile amministrativo	Presidente decide se sottoporre la richiesta		Presidente verifica il possesso dei requisiti e l'idoneità dell'ente a sottoporre la richiesta
Verifica documentale per la sussistenza dei requisiti	Responsabile amministrativo/ responsabile area legale		<i>Account</i> inserisce nel sistema i dati dell'ente	
Richiesta iscrizione all'anagrafe unica delle ONLUS	Responsabile amministrativo	Presidente autorizza la sottomissione della richiesta	<i>Account</i> registra documentazione presentata	<i>Account</i> e responsabile area legale verificano corrispondenza tra documentazione a giustificativa e documentazione effettivamente presentata
Controllo periodico sussistenza requisiti	Responsabile amministrativo / responsabile area legale			Presidente verifica la sussistenza del possesso dei requisiti
Archiviazione documentazione	<i>Account</i> / Responsabile amministrativo		Resp. progetto e Direttore amministrativo registrano le transazioni economiche conseguenti	



V. L'ORGANISMO DI VIGILANZA

1. Premessa

Ai fini di una corretta comprensione del ruolo dell'organo deputato allo svolgimento delle funzioni di vigilanza sui modelli organizzativi in caso di loro adozione da parte di enti non profit, occorre preliminarmente evidenziare che il codice civile non prevede in tali enti la presenza di soggetti incaricati del controllo¹⁸.

Nondimeno, in alcuni casi la presenza di un soggetto indipendente con compiti di controllo è richiesta dalla disciplina speciale o da quella tributaria; al riguardo, l'art. 25 del citato d.lgs. 460/1997 dispone, al punto 5, che il bilancio debba recare una relazione di controllo sottoscritta da uno o più revisori iscritti nel registro dei revisori legali dei conti se i proventi dell'Onlus abbiano superato per due anni consecutivi l'importo di € 1.032.913,80, aggiornato in relazione alla perdita di valore della moneta.

Analogamente, il d.lgs. 155/2006 (Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118) dispone che l'atto costitutivo di un ente qualificato impresa sociale debba prevedere la nomina di uno o più sindaci in caso di superamento di due dei limiti di cui all'art. 2435-bis, primo comma, c.c., ridotti della metà. In tal caso, l'organo obbligatoriamente nominato dovrà svolgere le seguenti funzioni:

- controllo sull'osservanza della legge e dello statuto;
- controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione;
- controllo sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile;
- monitoraggio dell'osservanza delle finalità sociali, con indicazione delle risultanze nel bilancio sociale.

Si precisa poi che anche la legislazione locale può imporre, in relazione a taluni enti non profit, la nomina di soggetti deputati al controllo generale o al monitoraggio di determinate attività. In ogni caso, al di là delle specifiche previsioni normative che impongono la nomina di un organo di controllo, deve evidenziarsi che lo svolgimento della relativa attività non è in alcun modo disciplinato né dalla legge né da specifiche fonti professionali. In un simile contesto si inserisce la vigilanza sui modelli organizzativi eventualmente adottati dall'ente ai fini della *compliance* alla normativa 231.

2. I requisiti e la composizione dell'OdV

L'art. 6, co. 1, lett. b) del d.lgs. 231/2001 dispone l'affidamento delle funzioni di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo ad un organo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo. Allo stesso organo la norma affida il compito di curare l'aggiornamento del modello.

Il legislatore, tuttavia, non individua il soggetto competente alla nomina dell'OdV.

¹⁸ Sul punto si rinvia a CNDCEC, *Controllo indipendente ed erogazioni liberali per gli enti non profit*, a cura della Commissione 'Rendicontazione economico-finanziaria e gestione delle aziende non profit', 2011, in www.commercialisti.it, ove il tema è approfondito nel dettaglio.



Secondo l'opinione prevalente, che appare assolutamente condivisibile, la relativa competenza deve essere attribuita all'organo amministrativo: in tal senso depone il testo normativo che, con riferimento all'adozione e all'efficace attuazione del modello, individua quale organo competente "l'organo dirigente". Del resto, attese le funzioni ad esso attribuite, la nomina dell'OdV ben può ritenersi rientrante negli atti di tipo organizzativo, normalmente attribuiti all'organo cui compete la gestione dell'ente.

Come accennato, la norma si limita a definire l'OdV come un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

Se ne è desunto che in capo allo stesso debbano sussistere i seguenti requisiti:

a) autonomia

intesa quale libertà di azione e di autodeterminazione. A tal fine, si ritiene che l'OdV debba essere esonerato da mansioni operative che ne comprometterebbero l'obiettività di giudizio. Esso deve poter svolgere le proprie funzioni in assenza di qualsiasi forma di interferenza e condizionamento da parte dell'ente e, in particolare, dell'organo amministrativo. Non bisogna dimenticare, infatti, che il controllo dell'OdV deve essere effettuato anche nei confronti dell'organo dirigente che lo ha nominato. A tal fine, l'art. 6, comma 2 del decreto dispone che i modelli di organizzazione e gestione debbano prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli. L'autonomia, in quanto assenza di qualsiasi dipendenza funzionale, deve dunque essere intesa anche quale potere di accesso a tutte le informazioni utili ai fini dello svolgimento dell'attività di controllo;

b) indipendenza

elemento non espressamente richiamato dal d.lgs. 231/2001, ma che individua una condizione necessaria di non soggezione ad alcun legame di sudditanza nei confronti della società e, per essa, del suo management. In altre parole l'individuazione dell'indipendenza quale requisito essenziale dell'OdV è motivata dalla necessità che quest'ultimo adotti scelte oggettivamente non sindacabili;

c) professionalità

cioè idoneità allo svolgimento delle funzioni assegnate dalla legge all'organismo di vigilanza. A tal fine all'OdV è richiesto il possesso di un insieme di conoscenze sia aziendalistiche sia giuridiche, in quanto la vigilanza sui modelli e l'aggiornamento periodico degli stessi sono funzioni che richiedono necessariamente una preparazione multidisciplinare. In particolare, per quanto concerne gli aspetti aziendalistici, l'OdV dovrà possedere al proprio interno le competenze occorrenti all'esercizio delle necessarie attività ispettive e di analisi del sistema di controllo. In relazione agli aspetti giuridici, poi, si ritiene che l'esercizio dell'attività di vigilanza e controllo richiesta dalla legge, essendo finalizzata alla prevenzione dei reati elencati dal decreto, non possa prescindere dal possesso di specifiche conoscenze in ambito penalistico, civilistico e societario. A ciò va aggiunta, nel caso di specie, la necessaria e approfondita conoscenza del settore non profit, attesa la sua peculiarità;

d) continuità d'azione

intesa quale incessante operatività dell'OdV, al quale i codici di comportamento elaborati dalle associazioni di categoria richiedono, soprattutto nelle imprese di medie e grandi dimensioni, lo svolgimento esclusivo e a tempo pieno di un'attività di monitoraggio sul modello.

Con riferimento ai requisiti sopra elencati, nel caso di OdV a composizione plurisoggettiva si pone il problema di stabilire se gli stessi debbano essere individuati in capo all'OdV inteso collegialmente, o se invece debbano essere posseduti da ciascun suo singolo componente.



Dai codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria si ricava:

- che l'autonomia e l'indipendenza sono requisiti da riferire ai singoli componenti dell'OdV, ove essi siano stati scelti tra soggetti esterni all'ente. Viceversa, nel caso di OdV a composizione mista, l'indipendenza dovrà essere necessariamente valutata con riferimento all'organo nella sua collegialità, non essendo possibile richiederne il possesso ai componenti di provenienza interna;
- che la professionalità è requisito che, pur dovendo connotare necessariamente l'organo, è "opportuno" che sia posseduto anche da ciascun singolo componente dello stesso. Al riguardo, è pressoché pacifico che il requisito della professionalità possa essere ripartito tra i vari componenti dell'OdV, in modo che l'organo nel suo complesso possieda tutte le professionalità necessarie per il corretto svolgimento delle funzioni ad esso assegnate dalla legge.

Pertanto, le Linee Guida di Confindustria contengono alcune precisazioni proprio in merito ai requisiti di professionalità dei componenti dell'OdV; si tratta di indicazioni che in via analogica si ritiene possibile estendere anche all'ipotesi di OdV nominato nell'ambito di un ente non profit.

In particolare, oltre alle competenze professionali, ai componenti dell'OdV è richiesto il possesso di requisiti formali come l'onorabilità, l'assenza di conflitti d'interesse e di relazioni di parentela con gli organi sociali e con il vertice dell'ente, che garantiscano ulteriormente l'autonomia e l'indipendenza necessaria per l'espletamento delle loro funzioni. Detti requisiti potranno essere definiti anche mediante rinvio a quanto previsto per altri settori della normativa societaria (si pensi ai requisiti di professionalità richiesti ai componenti del collegio sindacale dall'art. 2397 c.c.). In ogni caso, è consigliabile che tali requisiti vengano specificati nel modello organizzativo.

Anche la giurisprudenza formatasi sul tema ha attribuito fondamentale importanza all'individuazione, in capo all'OdV, dei requisiti di autonomia, indipendenza e professionalità, "bocciando" quei modelli organizzativi che sono risultati eccessivamente lacunosi e generici in relazione a tale aspetto.

Con riferimento alla composizione, nella prassi l'OdV si configura come organismo monocratico, ovvero e più frequentemente plurisoggettivo; in tale ultimo caso la composizione più comune è quella che prevede la presenza di soggetti (normalmente tre) con professionalità distinte, tali da poter integrare tutte le competenze specifiche necessarie per un corretto svolgimento delle funzioni attribuite. Allo stato attuale, in mancanza di un dispositivo di legge esaustivo, prevale infatti l'opinione che l'OdV debba essere costituito *ad hoc*, non esistendo all'interno degli enti assoggettati alla normativa 231 un soggetto in possesso di tutti i requisiti all'uopo richiesti.

Su questo punto ci si limita ad osservare che l'individuazione dei componenti dell'OdV non può prescindere da un'attenta analisi dello specifico contesto nel quale esso è chiamato ad operare.

Anche dalla giurisprudenza formatasi sull'argomento emerge un orientamento favorevole alla costituzione di un organismo *ad hoc* per l'esercizio delle funzioni di vigilanza. Tale organismo dovrebbe essere formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, da individuare eventualmente, ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità.

Nondimeno, va evidenziato che la legge 12 novembre 2011, n. 183 (c.d. legge di stabilità) ha aggiunto all'art. 6 del d.lgs. 231/2001 il comma 4-bis, che attribuisce al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo di gestione la possibilità di svolgere le funzioni dell'OdV. Ciò al fine di evitare diseconomie duplicazioni di organi all'interno degli enti e, conseguentemente, razionalizzare il sistema complessivo dei controlli. Ne discende che, ove l'ente non profit abbia già



istituito un organo di controllo (monocratico o collegiale) in ossequio a specifiche previsioni piuttosto che volontariamente, nulla osta a che a tale organo vengano attribuite anche le funzioni di vigilanza 231. In tale ipotesi, tuttavia, particolare attenzione dovrà essere posta alla verifica del possesso, da parte dei componenti dell'organo di controllo dell'ente, delle competenze tecniche necessarie per un corretto espletamento dell'attività di monitoraggio sul modello organizzativo e per la cura del suo aggiornamento. Di conseguenza, è quantomeno dubbia la possibilità di attribuire le suddette funzioni all'eventuale collegio dei revisori incaricato del solo controllo contabile dell'ente.

Nella tabella di seguito riportata si riepilogano sinteticamente le diverse possibilità fino ad oggi emerse in materia di composizione dell'OdV.

ORGANO DI VIGILANZA 231
CARATTERISTICHE
✓ Deve essere interno all'ente ✓ Deve assicurare continuità al processo di vigilanza sulla reale efficacia del modello ✓ Deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo ✓ Deve (preferibilmente) essere un organismo collegiale, al fine di garantire l'imparzialità del proprio operato
CHI PUÒ SVOLGERE LE FUNZIONI DELL'OdV?
✓ L'organo dirigente, solo negli enti di piccole dimensioni (art. 6, comma 4) ✓ Il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato per il controllo sulla gestione (art. 6, comma 4bis) ✓ Un organismo <i>ad hoc</i>, la cui disciplina sia rimessa all'organo amministrativo che lo nomina, ovvero allo stesso organismo in sede di autoregolamentazione
CHI NON PUÒ SVOLGERE LE FUNZIONI DELL'OdV?
✓ L'organo amministrativo (CdA, amministratore unico, amministratore delegato) ✓ Tutti i soggetti che, in qualità di dipendenti dell'ente, svolgono mansioni per le quali non è opportuno l'affidamento agli stessi di funzioni di controllo sul proprio operato (ad es. il responsabile per la sicurezza sul lavoro)

3. I poteri e le funzioni

Con riferimento alle funzioni dell'OdV, la norma è piuttosto vaga, limitandosi a prevedere un generico dovere di vigilanza sull'osservanza dei modelli e di aggiornamento degli stessi. La lacuna legislativa è stata sin dall'inizio parzialmente colmata facendo riferimento alla normativa statunitense denominata *Federal Sentencing Guidelines*¹⁹, nonché alle Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria in ossequio a quanto disposto dall'art. 6, comma 3, del decreto.

Si ritiene, pertanto, che l'OdV debba:

¹⁹ Promulgate nel 1991 dalla *United States Sentencing Commission* e attualmente in fase di modifica.



- ✓ vigilare sulla rispondenza tra quanto astrattamente previsto dal modello e i comportamenti concretamente tenuti dai soggetti obbligati al rispetto dello stesso;
- ✓ valutare la capacità del modello a prevenire i comportamenti illeciti e, dunque, verificarne la stabilità;
- ✓ monitorare l'efficacia del modello nel tempo, verificando che esso mantenga i propri requisiti di validità. Può infatti accadere che un modello, adottato in un certo contesto storico, in un momento successivo non risulti più idoneo alla prevenzione di rischi precedentemente non esistenti;
- ✓ comunicare le violazioni del modello di cui sia venuto a conoscenza all'organo dirigente, affinché quest'ultimo possa applicare le sanzioni previste;
- ✓ sollecitare l'aggiornamento del modello, ove i risultati delle analisi svolte giustifichino variazioni e/o adeguamenti.

Affinché possa svolgere efficacemente le funzioni elencate, l'OdV dovrà essere dotato di una adeguata regolamentazione, inerente le modalità di convocazione, riunione e deliberazione, e dovrà inoltre poter disporre di un *budget* adeguato.

L'esercizio delle funzioni appena descritte presuppone una conoscenza di tutte le informazioni rilevanti ai fini della vigilanza. Ecco perché, tra i poteri attribuiti all'organo, dovrà figurare necessariamente quello di accesso senza limiti a tali informazioni. Di contro, in capo a tutti i soggetti che operano nell'ente dovrà essere posto l'obbligo di fornire le informazioni utili al fine di consentire all'organo di svolgere le proprie mansioni nel miglior modo possibile. In particolare, è opportuno che l'OdV riceva flussi informativi periodici da parte di tutte le funzioni interessate, nonché segnalazioni inerenti la stessa attuazione del modello.

L'importanza di un adeguato scambio di informazioni emerge con tutta evidenza in relazione al rapporto con l'organo di controllo dell'ente: sul punto si rinvia alla norma 5.5 dei Principi di comportamento del Collegio sindacale redatti dal CNDCEC, avente ad oggetto proprio i flussi informativi tra OdV e Collegio sindacale.

Anche la giurisprudenza ha sottolineato l'importanza del predetto obbligo informativo, evidenziando la necessità che nell'ambito del modello organizzativo esso trovi espressa e specifica disciplina.

I flussi informativi attivati nell'ambito dei modelli organizzativi dovranno essere "bidirezionali". Infatti, se da un lato l'OdV deve essere costantemente informato di quanto accade nell'ente, dall'altro esso stesso dovrà periodicamente relazionarsi con l'organo dirigente e con gli organi di controllo, al fine di indirizzarne l'azione, con riferimento alle rispettive competenze.

4. La responsabilità

Il tema della responsabilità dell'OdV è stato completamente trascurato dal legislatore.

Di fronte a tale lacuna normativa è lecito interrogarsi sul tipo di responsabilità che si configura in capo allo stesso nel caso in cui ometta di esercitare - ovvero eserciti in modo insufficiente - le funzioni di controllo e di vigilanza sul funzionamento dei modelli organizzativi.

Al riguardo, occorre innanzi tutto evidenziare che all'OdV non sono attribuiti concreti poteri di gestione: esso, come già detto, verifica l'effettiva funzionalità del modello, ne valuta la capacità preventiva dei reati, ne predispone l'aggiornamento. L'adozione e la concreta attuazione del modello sono invece riservate all'organo dirigente ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a).



All'OdV, dunque, competono esclusivamente compiti di controllo, finalizzati ad assicurare il funzionamento e l'osservanza del modello e non già ad impedire il compimento degli illeciti.

Esaurita questa indispensabile premessa, occorre focalizzare l'attenzione sui rischi che potrebbero derivare da un atteggiamento di "dolosa inerzia" da parte dell'OdV rispetto al compimento di delitti derivanti da un'inosservanza del modello di cui lo stesso fosse a conoscenza.

In particolare, si è valutata la possibilità che l'OdV sia chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., a titolo di concorso omissivo nei reati commessi da soggetti appartenenti all'ente. La norma citata dispone che "non impedire l'evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo".

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'obbligo giuridico di impedire l'evento è connesso all'esistenza di una specifica posizione di garanzia del soggetto nei confronti di un determinato bene giuridico.

Occorre dunque chiedersi se sia ravvisabile una tale posizione in capo all'OdV; meglio ancora, se esiste in capo all'OdV un obbligo giuridico di impedire la commissione dei reati che un efficace modello organizzativo avrebbe dovuto prevenire: dall'analisi dei poteri ad esso attribuiti, tale eventualità può escludersi categoricamente.

L'OdV non esercita infatti alcun potere di gestione attiva, in quanto, come sottolineato, non è in grado di intervenire sull'organizzazione interna dell'ente. Le sue funzioni di verifica dell'efficacia del modello e di aggiornamento dello stesso si esauriscono nella possibilità di effettuare proposte e sollecitazioni all'organo dirigente, unico deputato a prendere decisioni sul modello. L'OdV è, in altre parole, un organo che svolge funzioni di impulso e critica nei confronti dell'organo dirigente, dal quale esso è nominato e revocato, che è l'unico vero garante del funzionamento e della gestione del modello. L'esercizio delle funzioni di controllo può ritenersi corretto nella misura in cui sia idoneo a prevenire reati dipendenti da un difetto o da una carenza di organizzazione e non quando gli stessi derivino invece da una elusione fraudolenta del modello.

Per tale motivo si ritiene che debba escludersi una responsabilità dell'OdV ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.: dall'esame delle disposizioni emerge infatti che l'obbligo di vigilanza posto in capo all'OdV non consiste nell'impedire l'azione illecita. Tale obbligo sussiste solo quando il soggetto è posto nella posizione di garante del bene giuridico protetto. All'OdV sono devoluti compiti di controllo esclusivamente in ordine al funzionamento e all'osservanza del modello, nonché all'aggiornamento dello stesso e all'eventuale adeguamento in caso di modifiche degli assetti aziendali di riferimento. Nessun compito di controllo, invece, in merito alla realizzazione dei reati.

Quanto detto non esclude che possa configurarsi una responsabilità penale dei singoli componenti dell'OdV, ove gli stessi abbiano preso parte direttamente, attraverso l'omissione delle proprie funzioni di vigilanza, ad un illecito compiuto da altri. In tal caso, tuttavia, la norma da invocare sarebbe l'art. 110 c.p. che disciplina il concorso di persone nel reato e che presuppone non solo la volontaria partecipazione alla condotta criminosa posta in essere dal soggetto agente, ma anche un apporto causalmente collegato alla mancata realizzazione dell'evento, sotto il profilo sia materiale sia morale.

In ogni caso il mancato adempimento delle funzioni dell'OdV, il cui corretto svolgimento costituisce uno dei presupposti necessari per l'esonero dell'ente dalla responsabilità amministrativa, potrà determinare una responsabilità civile, oltre che disciplinare, dei componenti inadempienti. Tale responsabilità civile potrà avere natura contrattuale, in virtù dell'incarico conferito, ovvero extracontrattuale (ex art. 2043 c.c.).

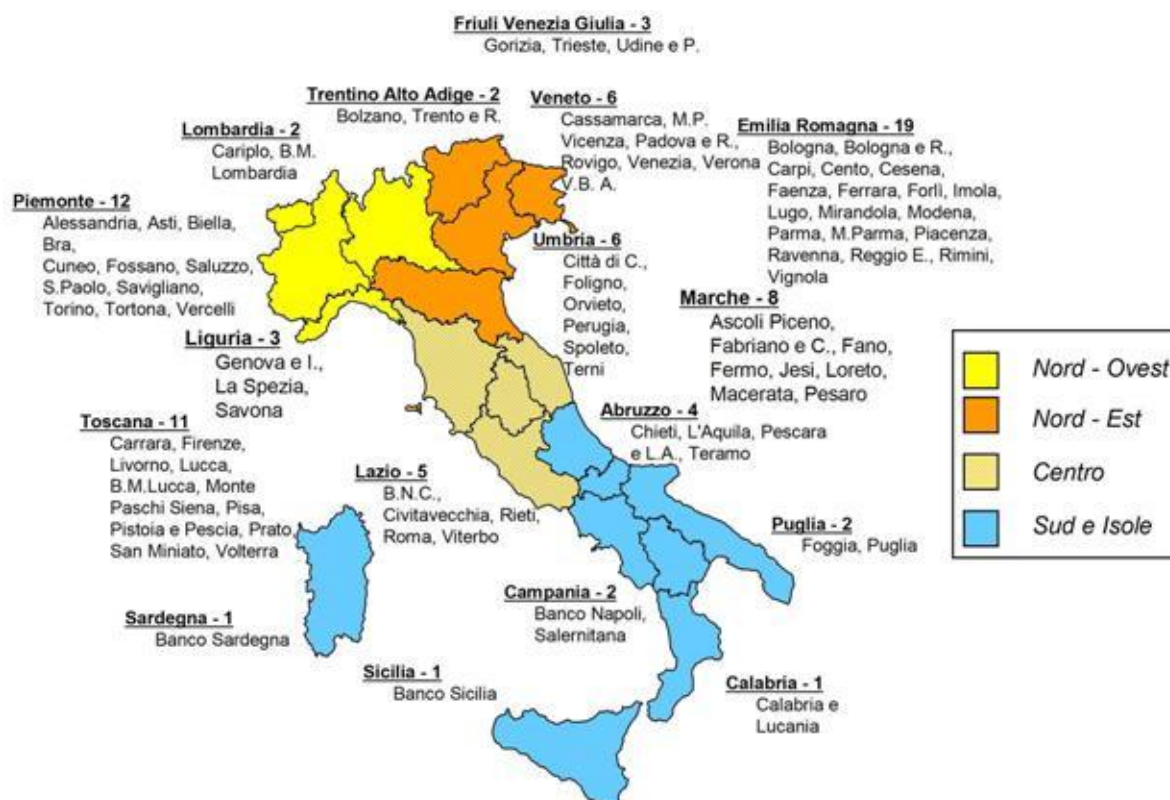


APPENDICE: LE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA (FOB)

1. Le dimensioni economico-patrimoniali e organizzative delle FOB

Le fondazioni di origine bancaria (FOB) costituiscono un sottoinsieme significativo nell'ambito dell'eterogeneo fenomeno degli enti non profit, anche dal un punto di vista della dimensione economico-patrimoniale e organizzativa.

In Italia nell'anno 2010 hanno operato 88 FOB, la cui distribuzione geografica è la seguente²⁰:



Dall'ultimo Rapporto (sedicesimo) attualmente disponibile e consultabile dell'Associazione delle Fondazioni e delle Casse di Risparmio S.p.a. (ACRI)²¹ riferito all'esercizio 2010 emerge che il **patrimonio netto contabile** delle FOB ammonta complessivamente a **50.161 milioni di euro** (pari all'84,3% del totale passivo di bilancio).

La tabella che segue evidenzia la distribuzione del patrimonio netto contabile in relazione sia alle aree geografiche sia alle dimensioni delle FOB:

²⁰ Fonte: Associazione delle Fondazioni e delle Casse di Risparmio S.p.a. (ACRI)

²¹ I dati e le informazioni che seguono sono tratte dal XVI Rapporto sulle fondazioni di origine bancaria – anno 2010 – attualmente disponibile e consultabile sul sito www.acri.it.



Distribuzione del patrimonio delle fondazioni per gruppi dimensionali													
Gruppi	Fondazioni piccole		Fondazioni medio-piccole		Fondazioni medie		Fondazioni medio-grandi		Fondazioni grandi		Totale		Dim. Media
Aree geografiche	mln €	n°	mln €	n°	mln €	n°	mln €	n°	mln €	n°	mln €	n°	mln €
Nord Ovest	153	4	111	1	782	4	554	2	17.873	6	19.472	17	1145
Nord Est	117	5	437	4	981	6	2.992	8	10.154	7	14.681	30	489
Centro	335	7	627	7	1.157	7	2.001	5	9.622	4	13.743	30	458
Sud e Isole	71	2	535	5	160	1	645	2	853	1	2.264	11	206
Totale	677	18	1.710	17	3.079	18	6.193	17	38.502	18	50.161	88	570
Media	38		101		171		364		2.139		570		

Il totale dei **proventi** delle FOB riferiti all'esercizio 2010 ammonta a 1.986,3 milioni di euro. I dividendi derivanti da partecipazioni nelle società conferitarie ammontano a 707 milioni di euro mentre i dividendi da altre partecipazioni ammontano a 246 milioni di euro.

I proventi derivanti dalle gestioni patrimoniali registrano un risultato positivo di 360 milioni di euro mentre i proventi derivanti dagli strumenti finanziari si attestano a 545,2 milioni di euro, di cui 276,2 milioni di euro per utili da negoziazione e 269 milioni di euro per interessi. La tabella che segue illustra la composizione, in termini percentuali, dei proventi complessivi suddivisi per tipologia:

Composizione percentuale del totale dei proventi per tipologia										
Tipo di provento	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Dividendi da Conferitaria	57,0	64,4	42,8	41,6	38,7	36,7	51,4	78,5	26,0 *	35,6
Altri proventi	43,0	35,6	57,2	58,4	61,3	63,3	48,6	21,5	74,0	64,4
Ris. gest. patrimoniali	10	-0,9	15,0	16,5	13,9	9,6	9,5	-6,5	20,2	18,1
Dividendi da altre part.	11,2	8,4	8,7	8,1	11,3	17,3	15,1	21,8	10,6	12,4
Ris. gest. inv. finanziari	24,5	17,6	28,1	25,6	28,7	28,9	20,1	-5,7	35,1	27,5
Altri prov. ord. e str.	6,3	10,5	5,4	8,2	7,4	7,4	3,9	11,9	8,1*	6,4
Totale	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

* Gli scrip dividend sono stati inclusi fra i dividendi da Conferitaria. Classificando gli scrip dividend fra gli altri proventi gli indici sono rispettivamente 19,0% e 15,1%

La **redditività** del patrimonio delle FOB si attesta, per il 2010, al 4,0%. Nella tabella che segue si riportano alcuni indicatori relativi alla redditività del patrimonio delle FOB:

Alcuni indicatori di redditività del patrimonio e di specifiche tipologie di investimento											
Indicatori	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Proventi/Patrimonio x 100	5,5	4,9	5,0	5,2	5,0	6,3	7,3	8,0	5,4	5,1	4,0
Prov. fin./inv. fin. medi x 100	4,8	3,1	1,9	3,8	3,7	5,0	5,6	4,5	0,2	4,7	3,4
Div. soc. conf./part. soc. conf. x 100	6,7	6,4	9,3	6,5	6,9	8,5	10,2	14,8	15,7	3,1	2,9

I **costi di funzionamento** delle FOB nell'anno 2010 sono pari a 217 milioni di euro con un'incidenza sui proventi totali del 10,9%. Considerando anche i 33,5 milioni di euro di costi relativi alla gestione



degli investimenti, gli oneri complessivi si attestano a 250,5 milioni, con un'incidenza sui proventi totali pari al 12,6%.

L'avanzo di esercizio relativo all'anno 2010 è stato di 1.477,2 milioni di euro. Nel corso dell'esercizio 2010, l'attività erogativa delle FOB è stata pari a 1.366,6 milioni di euro, mediante 27.084 interventi suddivisi nei seguenti settori:

Attività erogativa delle fondazioni nell'esercizio 2010		
Settori ammessi	Mln €	%
Arte, attività e beni culturali	423,1	31,0
Volontariato, filantropia e beneficenza	234,4	17,2
Ricerca scientifica e tecnologica	171,1	12,5
Educazione, istruzione e formazione incluso l'acquisto di prodotti editoriali per la scuola	135,1	9,9
Sviluppo locale ed edilizia popolare locale	110,9	8,1
Salute pubblica medicina preventiva e riabilitativa	107,9	7,9
Crescita e formazione giovanile	55,8	4,1
Assistenza agli anziani	43,7	3,2
Protezione e qualità ambientale	32,7	2,4
Famiglia e valori connessi	26,1	1,9
Attività sportiva	11,7	0,9
Realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità	4,4	0,3
Protezione civile	4,0	0,3
Patologie e disturbi psichici e mentali	2,4	0,2
Prevenzione e recupero delle tossicodipendenze	1,0	0,1
Diritti civili	1,0	0,1
Religione e sviluppo spirituale	0,7	0,0
Sicurezza alimentare e agricoltura di qualità	0,3	0,0
Prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica	0,2	0,0
Protezione dei consumatori	0,0	0,0
Realizzazione di infrastrutture	0,0	0,0
TO TALE	1.366,6	100,0

Considerando, invece, la **dimensione organizzativa**, nel 2010 le FOB hanno complessivamente impegnato nelle loro strutture operative 1.014 persone, di cui l'80% a tempo pieno, con un costo complessivo di 63,8 milioni di euro.

Il numero medio di dipendenti per FOB è pari a circa 11,5. Il personale in organico è di 819 unità mentre il numero delle collaborazioni esterne è pari a 139 unità.

Di seguito alcune tabelle riepilogative relative alla distribuzione del personale impiegato dalle FOB:



Distribuzione del personale impiegato in relazione alla natura del rapporto di lavoro

Natura del rapporto di lavoro	2010		2009	
	Unità	%	Unità	%
Organico proprio dell'Ente	819	81,0	789	80,6
Organico distaccato dalla Banca Conferitaria	41	4,0	39	4,0
Organico in service	15	1,0	20	2,0
Collaborazioni esterne	139	14,0	132	13,4
TOTALE	1.014	100,0	980	100,0

Distribuzione del personale impiegato in relazione al ruolo organizzativo

Ruolo organizzativo	2010		2009	
	Unità	%	Unità	%
Direzione	106	10,0	103	11,0
Responsabilità e coordinamento intermedio	170	17,0	160	16,0
Specialistico	299	29,0	269	27,0
Operativo/esecutivo	439	43,0	448	46,0
TOTALE	1.014	100,0	980	100,0

Distribuzione del personale impiegato delle fondazioni per gruppi dimensionali

Gruppi di fondazioni	Unità	%	% media
Classe dimensionale			
Fondazioni grandi (18)	534	53,0	29,6
Fondazioni medio-grandi (17)	178	18,0	9,8
Fondazioni medie (18)	129	13,0	7,6
Fondazioni medio-piccole (17)	107	11,0	6,3
Fondazioni piccole (18)	66	7,0	3,6
Sistema fondazioni	1.014	100,0	11,5
Ripartizione geografica			
Nord Ovest (17)	303	30,0	17,8
Nord Est (30)	351	35,0	11,7
Centro (30)	262	26,0	8,7
Sud e Isole (11)	98	10,0	8,9



Al fine di comprendere le dimensioni complessive del fenomeno delle FOB e della loro rilevanza anche nell'ambito del sistema economico nazionale si riportano i prospetti riepilogativi relativi allo Stato Patrimoniale e al Conto Economico delle 88 FOB:

Tab. 2.6 - STATO PATRIMONIALE - Sistema Fondazioni				
ATTIVO	31/12/2010		31/12/2009	
	milioni di €	%	milioni di €	%
Immobilizzazioni materiali e immateriali	1.611,8	2,7	1.384,6	2,4
Attività finanziarie:	56.794,5	95,4	55.520,8	94,6
partecipazioni nella conferitaria	25.306,9	42,5	23.865,5	40,7
partecipazioni in altre società	6.018,8	10,1	6.249,9	10,7
partecipazioni in società strumentali	820,6	1,4	737,7	1,3
strumenti finanziari (incluse le operazioni pct)	24.648,3	41,4	24.667,7	42,1
Crediti, ratei e risconti attivi	390,8	0,7	459,2	0,8
Disponibilità liquide	615,9	1,0	1.216,3	2,1
Altre attività	90,2	0,2	80,6	0,1
Totale dell'attivo	59.503,2	100,0	58.661,6	100,0

PASSIVO	31/12/2010		31/12/2009	
	milioni di €	%	milioni di €	%
Patrimonio netto	50.160,6	84,3	49.487,3	84,4
Fondi per l'attività d'istituto	4.207,8	7,1	4.369,7	7,4
Fondi per rischi ed oneri	1.229,8	2,1	1.064,7	1,8
Erogazioni deliberate	2.508,5	4,2	2.607,7	4,4
Fondo per il volontariato L. 266/91	174,1	0,3	191,6	0,3
Altre passività	1.222,4	2,1	940,5	1,6
Totale del passivo	59.503,2	100,0	58.661,6	100,0

Tab. 2.7 - CONTO ECONOMICO - Sistema Fondazioni				
	2010		2009	
	milioni di €	%	milioni di €	%
Risultato delle gestioni patrimoniali individuali	359,8	18,1	509,1	20,2
Dividendi e proventi assimilati	953,2	48,0	748,1	29,7
Interessi e proventi assimilati	269,0	13,5	320,4	12,7
Risultato gestione strumenti finanziari	276,2	13,9	563,4	22,3
Risultato di esercizio delle imprese strumentali direttamente esercitate	-0,4	0,0	0,0	0,0
Altri proventi e proventi straordinari	128,3	6,5	381,7	15,1
Totale proventi	1.986,3	100,0	2.522,2	100,0
Oneri (*)	450,1	22,7	392,1	15,5
di cui per gli organi statutari	51,0	2,6	51,2	2,0
Imposte	18,7	0,9	21,5	0,9
Oneri straordinari	40,3	2,0	104,0	4,1
Avanzo (disavanzo) dell'esercizio	1.477,2	74,4	2.004,5	79,5
Destinazione dell'avanzo dell'esercizio:				
Copertura disavanzi pregressi	3,4	0,2	17,3	0,9
Accantonamenti al Patrimonio:	468,4	31,7	570,1	28,4
a) alla riserva obbligatoria	319,5	21,6	396,4	19,8
b) alla riserva per l'integrità del patrimonio	148,9	10,1	173,7	8,7
Attività istituzionale:	1.133,1	76,7	1.412,3	70,5
c) Erogazioni deliberate su risorse esercizio corrente	516,0	34,9	612,9	30,6
d) Accantonamento al volontariato L. 266/91	42,2	2,9	52,9	2,6
e) Accantonamento ai fondi per l'attività d'istituto	574,8	38,9	746,5	37,2
f) Avanzo (disavanzo) residuo	-127,7	-8,6	4,8	0,2
g) Erogazioni deliberate su risorse degli anni precedenti	808,4			720,7
Totale erogazioni deliberate nel periodo (c+d+g)	1.366,6		1.386,5	

(*) La posta 2010 include € 199/M per gli accantonamenti prudenziali (perdite e rischi di natura fiscale) senza i quali l'incidenza sarebbe 12,6%. Nel 2009 l'accantonamento era di € 160/M. e l'incidenza era 9,2%.



2. La natura economica delle FOB

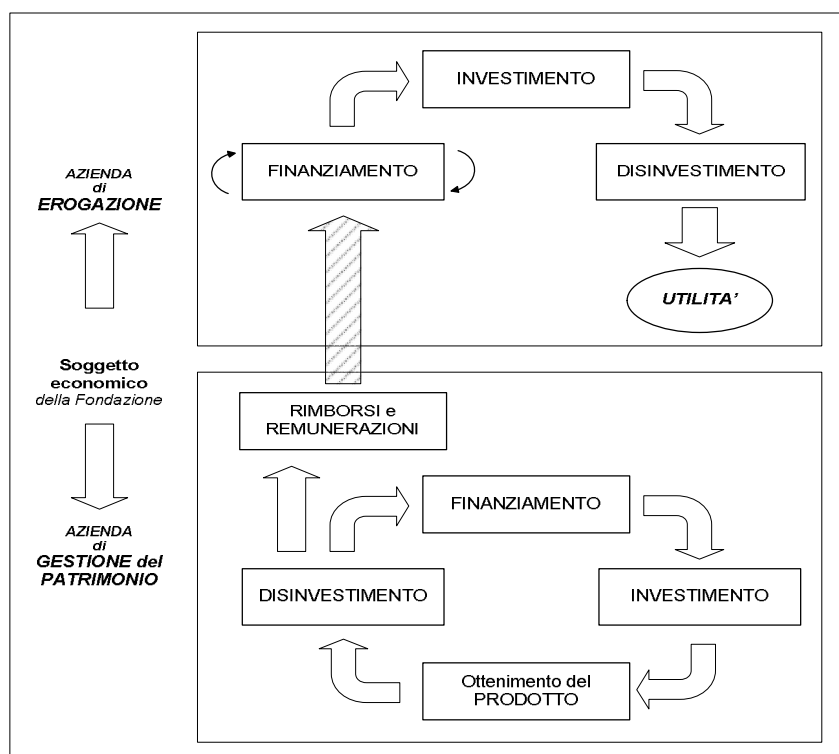
Le fondazioni di origine bancaria, da un punto di vista giuridico, sono definite come una stabile organizzazione predisposta per la destinazione di un patrimonio privato ad un determinato scopo di natura ideale²².

Le FOB dispongono di mezzi patrimoniali vincolati al perseguimento esclusivo di scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, secondo quanto previsto dalla normativa di riferimento e dai rispettivi statuti. In particolare, lo scopo di tali enti è riconducibile al soddisfacimento, senza finalità lucrative, dei bisogni di determinate categorie di soggetti, diversi da quelli di provenienza delle disponibilità finanziarie²³.

Da un punto di vista economico aziendale le FOB possono, quindi, essere configurate come insiemi di operazioni economiche coordinate finalizzate alla ricerca, dati i mezzi a disposizione, della miglior soddisfazione dei bisogni della collettività territoriale alla quale fanno riferimento.

Una proposta interessante sviluppata da una parte della dottrina²⁴ è rappresentata dalla possibilità di assimilare le FOB ad un'azienda composta finalizzata, da un lato, alla gestione del patrimonio a disposizione e, dall'altra, alla gestione dell'attività di erogazione alla collettività di riferimento; il soggetto economico di tale azienda composta, però, è unico ed è deputato al coordinamento dei due cicli di gestione.

La seguente figura²⁵ è finalizzata a rappresentare i cicli di gestione del patrimonio e dell'attività erogativa della FOB quale azienda composta:



²² F. Galgano, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, 2002, p. 54.

²³ M. Tieghi, *Le fondazioni: obiettivi finalizzanti, sistema informativo e bilancio di esercizio*, Clueb, Bologna, 1995, p. 38.

²⁴ C. Leardini, *L'amministrazione della fondazione bancaria*, Cedam, Padova, 2005.

²⁵ C. Leardini, *L'amministrazione cit.*, p. 166.



Si segnala che tale impostazione è prevista anche dalla normativa di riferimento delle FOB, ove il legislatore ha richiesto che la gestione del patrimonio:

- a) sia condotta nel rispetto dei criteri prudenziali di rischio in modo da conservarne il valore ed ottenerne una redditività adeguata;
- b) sia svolta con modalità organizzative idonee ad assicurarne la separazione dalle altre attività.

Nell'ambito della configurazione di azienda composta il soggetto economico della FOB deve essere in grado di assicurare il collegamento funzionale tra la gestione del patrimonio, improntata alla diversificazione del rischio di investimento al fine di ottenerne un'adeguata redditività, e le finalità istituzionali che fanno riferimento all'azienda di erogazione. Dunque, le politiche di gestione del patrimonio devono essere finalizzate alla massimizzazione dell'utile di esercizio, tenendo conto della diversificazione del rischio di investimento, al fine di consentire all'azienda di erogazione di soddisfare i bisogni presenti e futuri della collettività di riferimento.

L'attività di programmazione diventa un aspetto cruciale nella gestione delle FOB, in quanto deve essere in grado di garantire un adeguato collegamento funzionale tra le gestioni delle due aziende al fine del perseguimento del fine ultimo rappresentato dalla soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento.

3. La governance e la struttura organizzativa delle FOB

Nell'ambito della *corporate governance* delle FOB si possono sostanzialmente individuare i seguenti organi statutari, nelle singole fondazioni variamente denominati:

- a) il Presidente della fondazione bancaria;
- b) il Consiglio generale, quale organo di indirizzo;
- c) il Consiglio di amministrazione, quale organo amministrativo;
- d) il Collegio Sindacale, quale organo di controllo.

Come già detto precedentemente l'attività di programmazione riveste un ruolo centrale e in questo senso il soggetto economico unico, rappresentato dal Consiglio Generale, deve essere in grado, attraverso il cd. Documento di previsione e programmatico²⁶, di definire:

- i programmi, le priorità e gli obiettivi della fondazione (art.4, lettera b, del d.lgs. 153/99);
- le linee generali della gestione patrimoniale e la politica degli investimenti (art. 4, lettera b, p.to 5 del d.lgs. 153/99).

Dunque è di fondamentale importanza che il soggetto economico conosca i risultati economici dell'azienda di gestione del patrimonio al fine di disporre di finanziamenti con una certa continuità nel tempo ed adeguatezza rispetto al programma dei bisogni da soddisfare sul territorio.

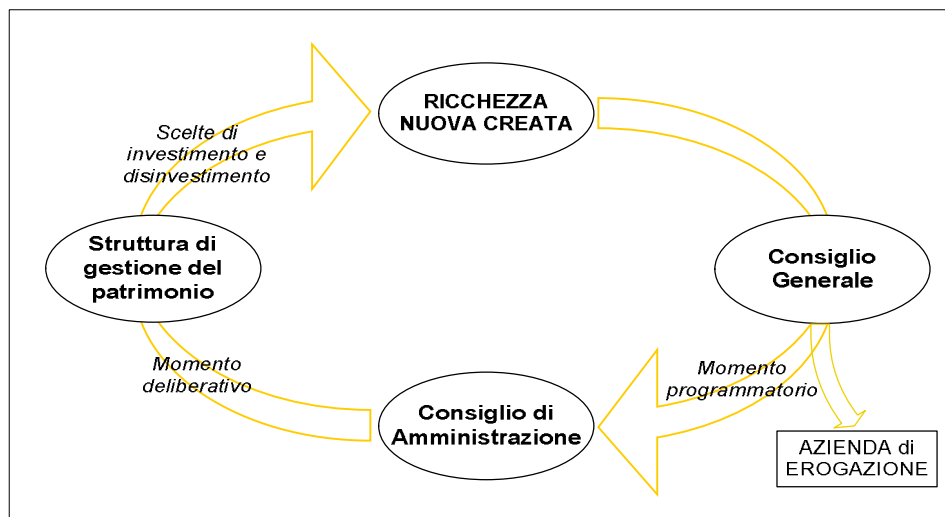
Il Consiglio Generale è il propulsore del ciclo di creazione della ricchezza in quanto, conoscendo i bisogni della collettività di riferimento e quindi il fabbisogno finanziario in capo all'azienda di erogazione, è in grado di definire la gestione del patrimonio.

²⁶ Come indicato da Leardini, il Documento previsionale e programmatico dovrebbe contenere tre sezioni principali rappresentate dall'analisi dei bisogni della collettività di riferimento, dalla programmazione dell'attività di erogazione e dalla programmazione dell'attività di amministrazione del patrimonio, in C. Leardini, *L'amministrazione* cit., pp. 168 e ss.



Una volta definiti i programmi dei due cicli gestionali della FOB spetta al Consiglio di Amministrazione la gestione del patrimonio della FOB, attraverso strutture organizzative dedicate, al fine di massimizzarne il rendimento nel rispetto dei vincoli individuati dalla norma e dalle scelte programmatiche effettuate dal soggetto economico (il Consiglio Generale).

Si riporta la seguente figura al fine di schematizzare il ciclo di creazione della ricchezza nell'azienda di gestione del patrimonio e il ruolo assunto dai diversi organi statutari della FOB²⁷:



Nella situazione descritta la creazione di ricchezza derivante dalla gestione del patrimonio è indispensabile per ottenere la disponibilità di finanziamenti finalizzati all'attività erogativa.

Tralasciando le problematiche legate alla misurazione dei risultati nelle aziende di erogazione e in particolare nel ciclo di gestione erogativo delle FOB²⁸, è interessante soffermarsi brevemente sulle logiche organizzative relative alle due strutture aziendali delle FOB.

La normativa di riferimento richiede una serie di restrizioni nell'ambito dell'organizzazione delle FOB e in particolare:

- a) un'organizzazione distinta e specifica per la gestione del patrimonio;
- b) la separazione dei ruoli organizzativi tra indirizzo, amministrazione e controllo;
- c) l'individuazione delle modalità e i criteri che presiedono allo svolgimento dell'attività erogativa.

Come emerge da uno studio sull'assetto organizzativo delle FOB²⁹, vi è una caratteristica costante rappresentata dall'esistenza di un ufficio preposto alla gestione del patrimonio e una varietà di soluzioni organizzative in relazione alle dimensioni operative e patrimoniali delle fondazioni. L'attività di amministrazione del patrimonio richiede la presenza di operatori dotati di elevate professionalità nel settore della finanza e del mercato dei capitali, nonché nella gestione dei rapporti di partecipazione e degli immobili. Sostanzialmente l'unità operativa dedicata alla gestione del

²⁷ C. Leardini, *L'amministrazione* cit., p. 208

²⁸ Si rinvia a C. Leardini, *L'amministrazione* cit., p. 201 e ss.

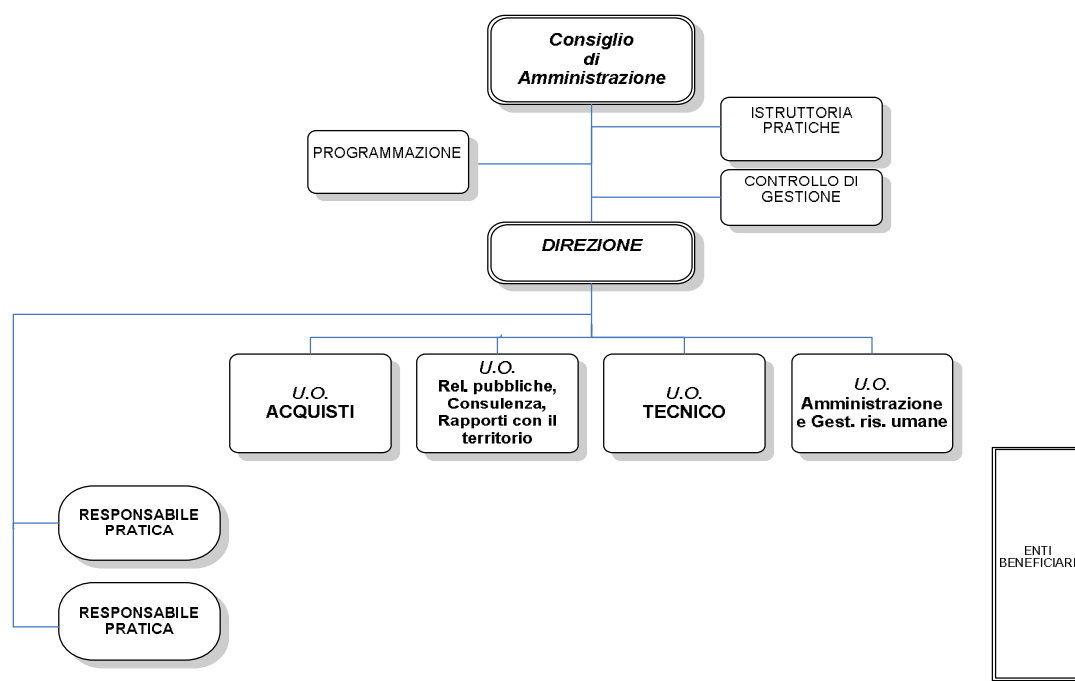
²⁹ G. Cioccarelli, P. Previtali, *Le Fondazioni ex bancarie. Orientamento strategico, assetto organizzati e competenze manageriali*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 92-108.



patrimonio può essere coinvolta direttamente in tale attività, con la necessità di possedere delle elevate competenze specialistiche, oppure può assumere il ruolo di coordinamento dei soggetti esterni impegnati nella gestione del patrimonio.

L'attività erogativa della fondazione, invece, deve possedere una struttura organizzativa in grado di individuare la migliore combinazione dei fattori di produzione che intervengono nel processo di erogazione.

Nella figura seguente si riporta una proposta³⁰ relativa alla organizzazione dell'azienda erogativa:



In conclusione, se si considerano le FOB come aziende composte – ove convivono due aziende (gestione del patrimonio e gestione erogativa) con cicli di gestione, strutture e processi organizzativi differenti - diventa cruciale il ruolo assunto dal Consiglio Generale, in quanto quest'ultimo si configura come soggetto economico unico al quale spetta il coordinamento strategico dell'attività dell'azienda di gestione del patrimonio e dell'azienda di erogazione. Il Consiglio di Amministrazione, invece, è l'organo al quale il soggetto economico ne delega la gestione, salvo poi verificarne i risultati conseguiti.

L'analisi e la verifica dei risultati conseguiti nella gestione del patrimonio non pone particolari problematiche, mentre per la verifica di quelli riferiti alla gestione dell'azienda di erogazione vi sono numerose difficoltà connesse all'assenza di un indicatore sintetico assimilabile al reddito di esercizio. Osserva Leardini che “[...] questo non ha permesso di correlare gli obiettivi strategici, le scelte degli amministratori e gli effetti delle stesse sulla gestione aziendale, ad un meccanismo di valutazione del proprio operato. [...] L'attribuzione delle responsabilità all'interno della gestione dell'azienda di erogazione-fondazione richiede pertanto di riflettere sulle modalità di creazione delle utilità all'interno del ciclo di gestione e delle modalità di quantificazione e misurazione della stessa [...]”.

³⁰ C. Leardini, *L'amministrazione* cit., p. 191 e ss.



4. Le FOB e i parametri dimensionali

Come già evidenziato precedentemente, le 88 FOB sono suddivise dall'ACRI in 5 classi dimensionali in base al valore del patrimonio netto contabile e in particolare:

- a) **FOB di grandi dimensioni** in cui sono presenti complessivamente 18 FOB.

In questa classe la Fondazione C.R. Province Lombarde è la prima con un patrimonio netto contabile al 31 dicembre 2010 pari a euro 6.454.832.005 e un attivo patrimoniale pari a euro 7.459.903.952;

- b) **FOB di medio-grandi dimensioni** in cui sono presenti complessivamente 17 FOB.

In questa classe la Fondazione C.R. Perugia è la prima con un patrimonio netto contabile al 31 dicembre 2010 pari a euro 659.807.995 e un attivo patrimoniale pari a euro 747.660.436;

- a) **FOB di medie dimensioni** in cui sono presenti complessivamente 18 FOB.

In questa classe la Fondazione C.R. Tortona è la prima con un patrimonio netto contabile al 31 dicembre 2010 pari a euro 205.475.587 e un attivo patrimoniale pari a euro 226.172.224;

- b) **FOB di medio-piccole dimensioni** in cui sono presenti complessivamente 17 FOB.

In questa classe la Fondazione C.R. L'Aquila è la prima con un patrimonio netto contabile al 31 dicembre 2010 pari a euro 136.376.266 e un attivo patrimoniale pari a euro 146.599.793;

- c) **FOB di piccole dimensioni** in cui sono presenti complessivamente 18 FOB.

In questa classe la Fondazione C.R. Foligno è la prima con un patrimonio netto contabile al 31 dicembre 2010 pari a euro 73.943.701 e un attivo patrimoniale pari a euro 79.358.810³¹.

In relazione ai criteri proposti per definire il grado di "sensibilità" ai rischi derivanti dal Decreto 231 per i soggetti appartenenti al settore non profit appare opportuno, date le rilevanti dimensioni del fenomeno delle FOB, applicare la metodologia proposta ad una fondazione di origine bancaria utilizzando i dati e le informazioni reperibili dal bilancio d'esercizio 2010 e dai documenti pubblicati sul sito internet.

In particolare, l'applicazione dei parametri quantitativi relativi alla dimensione economico-finanziaria alla FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI CUNEO, (FOB di grandi dimensioni) è sintetizzata nella tabella che segue:

³¹ La più piccola FOB è la Fondazione Monte di Pietà di Vicenza con un patrimonio netto contabile al 31 dicembre 2010 pari a euro 1.694.008.



	LIVELLO DI RISCHIO		
DIMENSIONE	Basso	Medio	Alto
Economico-patrimoniale			
	< € 1.000.000	> € 1.000.000	> € 4.400.000
Attivo patrimoniale			X
	< € 400.000	> € 400.000	> € 8.800.000
Flussi finanziari in entrata			X
Organizzativa			
	< 20	> 20	> 50
Numero dipendenti		X	
	< 500	> 500	> 1.000
Numero soci / volontari	X		

Per quanto riguarda il numero di soci si segnala che, come già illustrato, il Consiglio Generale rappresenta il soggetto economico unico della FOB e nella FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI CUNEO è composto da “23 membri nominati per un periodo di cinque anni da una rosa di 35 enti ed istituzioni locali che a turno indicano un loro rappresentante in seno al Consiglio. Sono di esclusiva competenza del Consiglio Generale le decisioni inerenti gli ambiti e le materie indicati all’art. 14 dello Statuto, tra le quali compaiono:

- l’approvazione e la modificazione dello Statuto e dei regolamenti interni;
- la nomina dei componenti del Consiglio di Amministrazione;
- l’approvazione del Bilancio di esercizio e della Relazione sulla gestione;
- la determinazione dei programmi pluriennali di attività attraverso l’individuazione dei settori di intervento, rilevanti e non, ai quali destinare le risorse disponibili, la definizione degli



obiettivi, delle linee di operatività e delle priorità degli interventi nonché la verifica dei risultati;

- *la definizione delle linee generali della gestione patrimoniale e della politica degli investimenti.*

Al fine di garantire l'operatività del Consiglio Generale rispetto ai diversi ambiti di intervento, sono in funzione quattro Commissioni Consultive, guidate da un Consigliere nominato referente, composte ciascuna da alcuni Consiglieri e aperte alla partecipazione di due componenti del Consiglio di Amministrazione. Le quattro Commissioni Consultive intervengono rispettivamente sui seguenti ambiti tematici: Arte, attività e beni culturali; Salute, assistenza agli anziani e volontariato; Educazione, ricerca scientifica e tecnologica e sport; Sviluppo locale."

Come è facile ipotizzare, la FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI CUNEO, appartenendo alla classe delle FOB di grandi dimensioni, supera agevolmente le soglie considerate a rischio in relazione alla dimensione economico-patrimoniale e organizzativa.

Infatti, nel dicembre 2010, con delibera del Consiglio di Amministrazione, la fondazione ha adottato il Modello di organizzazione, gestione e controllo in cui ha previsto, tra l'altro, *che la specifica attività presenta profili di rischio tali da rendere ragionevolmente fondata la possibilità di commissione, nell'interesse o a vantaggio della fondazione stessa, delle seguenti figure di reato:*



Art. D.Lgs. 231/2001	Descrizione reato	SI/NO
Art. 24	Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico	SI
Art 24-bis	Delitti informatici e trattamento illecito di dati	SI
Art. 24 ter	Delitti di criminalità organizzata	NO
Art. 25	Concussione e corruzione	SI
Art. 25 bis	Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento	NO
Art. 25-bis.1	Delitti contro l'industria e il commercio	NO
Art. 25 ter	Reati societari	SI
Art 25 quater	Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico	NO
Art 25 quater 1	Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili	NO
Art 25 quinquies	Delitti contro la personalità individuale	NO
Art 25 sexies	Abusi di mercato	SI
Art 25 septies	Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro	SI
Art 25 octies	Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita	SI
Art 25 novies	Delitti in materia di violazione del diritto d'autore	SI
Art 25 decies	Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria	SI
L. 146/2006 artt. 3 e 10	Reati transnazionali	NO



5. Alcune considerazioni in merito alle attività sensibili e ai reati potenziali delle FOB

Nella definizione del modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. 231/2001, una delle fasi maggiormente rilevanti è l'individuazione delle attività cd. "a rischio" nel cui ambito possono essere commessi gli illeciti rilevanti, così come previsto dalla normativa.

Tale fase ha come presupposto naturale l'analisi delle diverse tipologie di attività poste in essere dall'ente non profit, e in particolare dalla FOB, nonché delle regolamentazioni esistenti e delle modalità operative previste nelle diverse unità organizzative.

Ad ogni attività individuata deve essere assegnato uno specifico profilo di rischio e nelle situazioni in cui lo stesso si evidenzia è indispensabile verificare l'adeguatezza dei presidi di controllo esistenti, al fine di comprendere quali siano le eventuali carenze organizzative e le relative azioni necessarie per porre in essere gli opportuni rimedi.

In relazione alla proposta di considerare la FOB quale azienda composta, è possibile proporre una prima e generale analisi volta a individuare, indipendentemente dalle specifiche attività svolte da ogni singola FOB, quali possano essere le attività nell'ambito dei due cicli gestionali individuati (gestione del patrimonio e attività erogativa) fonte di una possibile commissione, nell'interesse od a vantaggio della fondazione stessa, dei reati previsti dalla normativa.



Art. D.Lgs. 231/2001	Descrizione reato	Azienda patrimonio	Azienda erogazione	Unità organizzative comuni
Art. 24	Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico	SI	SI	SI
Art 24-bis	Delitti informatici e trattamento illecito di dati	SI	SI	SI
Art. 24 ter	Delitti di criminalità organizzata	NO	NO	NO
Art. 25	Concussione e corruzione	SI	SI	SI
Art. 25 bis	Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento	NO	NO	NO
Art. 25-bis .1	Delitti contro l'industria e il commercio	NO	NO	NO
Art. 25 ter	Reati societari	SI	*	SI
Art 25 quater	Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico	NO	SI	NO
Art 25 quater 1	Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili	NO	NO	NO
Art 25 quinquies	Delitti contro la personalità individuale	NO	NO	NO
Art 25 sexies	Abusi di mercato	SI	NO	SI
Art 25 septies	Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro	SI	SI	SI
Art 25 octies	Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita	SI	SI	SI
Art 25 novies	Delitti in materia di violazione del diritto d'autore	SI	SI	SI
Art 25 decies	Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria	SI	SI	SI
Art 25 undecies	Reati ambientali	NO	SI	NO
Art 25 duodecies	Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare	NO	NO	NO



Nell'ambito dei due cicli gestionali e delle unità organizzative comuni ogni singola FOB, in base alla specifica attività svolta, è in grado di attribuire un profilo di rischio ed eventuali presidi di controllo.

Nell'ambito della cd. "azienda patrimonio" si possono individuare alcuni reati che possono integrare la responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 in relazione alla specifica attività svolta:

- a) abusi di mercato;
- b) reati societari;
- c) concussione e corruzione;
- d) indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico.

Mentre nell'ambito della cd. "azienda erogazione" si possono individuare:

- e) delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico;
- f) ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita;
- g) concussione e corruzione;
- h) reati ambientali.

Ovviamente, vi sono alcuni reati che possono essere riconducibili anche alle eventuali unità organizzative comuni ai due cicli di gestione, come ad esempio:

- a) delitti informatici e trattamento illecito di dati;
- b) omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Un aspetto interessante da sottolineare nell'ambito della cd. "azienda erogazione" si riferisce ai reati societari, come ad esempio quello previsto dall'art. 2621 c.c. (False comunicazioni sociali), in relazione alla mancanza di uno schema obbligatorio finalizzato alla rendicontazione dell'attività erogativa, anche in virtù dell'assenza di un indicatore di sintesi in grado di quantificarne i risultati di gestione³².

³² Sul punto si veda un'interessante proposta dottrinale in merito alla rilevazione dei risultati delle fondazioni bancarie, in C. Leardini, *L'amministrazione*, cit., pp. 201 e ss.