

APPLICABILITA' DEL MODELLO 231 AGLI ENTI NO PROFIT

Con il presente scritto ci proponiamo di verificare l'applicabilità agli enti non profit della disciplina di cui al Decreto Legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001 ("Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica" – il "Decreto 231") e, in caso affermativo, di valutare quali sono i criteri di opportunità che possono portare uno di tali enti a dotarsi di un modello di organizzazione e gestione di cui all'articolo 6 del Decreto 231.

I. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI

Il Decreto 231 ha introdotto nell'ordinamento italiano un nuovo regime di responsabilità in capo agli enti, derivante dalla commissione, nell'interesse o a vantaggio degli stessi, di determinate fattispecie di reato. Tale responsabilità consente di colpire il patrimonio degli enti, e quindi l'interesse economico dei soci che potrebbero aver tratto un vantaggio dalla commissione di determinati reati da parte delle persone fisiche che rappresentano l'ente o che operano per questo. A tal proposito, si è parlato di responsabilità "amministrativo-penale" dell'ente, poiché è riferita ad illeciti di natura penale, accertati attraverso procedimenti della stessa natura.

L'operatività del Decreto 231 è circoscritta a determinati tipi di reati espressamente previsti (i cosiddetti reati presupposto), tra cui quelli societari e quelli contro la pubblica amministrazione.

Rientrano nell'ambito applicativo del Decreto 231 i reati presupposto commessi da persone fisiche che siano dirigenti, dipendenti (in posizione apicale) o comunque legate da rapporto funzionale (pertanto sottoposte al potere di direzione o controllo di soggetti in posizione apicale) con l'ente che, a sua volta, ha avuto interesse o tratto vantaggio dalla commissione del



reato medesimo. Nel caso in cui sussistano tali condizioni e nel caso in cui non siano stati adottati ed efficacemente attuati “Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo” (di seguito, “**Modelli**”) idonei a prevenire la realizzazione degli illeciti penali considerati, la disciplina in questione, superando il principio “*societas delinquere non potest*”, espone l’ente a sanzioni di tipo pecuniario, interdittivo, alla confisca e/o alla pubblicazione della sentenza.

Si noti che il legislatore nazionale non ha introdotto un vero e proprio obbligo giuridico di adozione dei Modelli, tuttavia sono sempre più frequenti i casi in cui enti pubblici o altre istituzioni richiedono obbligatoriamente ai propri interlocutori l’adozione del modello organizzativo previsto dal Decreto 231, come ad esempio per le società quotate o per la partecipazione a determinate gare nel settore della pubblica amministrazione¹. Così come si registra che sempre più spesso, all’interno di contratti stipulati con terzi, gli enti richiedono in maniera tassativa l’accettazione della cosiddetta “clausola 231”, sulla base della quale il soggetto contraente dichiara di aver preso visione dei contenuti del modello e del codice etico della società, di impegnarsi a rispettare le prescrizioni in essi esplicitate e a tenere un comportamento conforme alle previsioni in essi contenute, a pena di risoluzione dell’accordo.

Il progressivo ampliamento del novero dei reati presupposto, l’accresciuta sensibilità alla tematica e un chiaro indirizzo giurisprudenziale inducono a ritenere che, ancorché non viga un vero e proprio obbligo normativo rispetto all’adozione del modello (ad eccezione dei casi sopra citati, tra l’altro in costante aumento), la sua elaborazione e adeguata implementazione possono costituire in molti casi un dovere proprio degli amministratori in ragione della carica assunta.

¹ Tra i più rilevanti ricordiamo:

– Legge Regione Calabria n. 15 del 21 giugno 2008, in base alla quale le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria erano tenute ad adeguare, entro il 31 dicembre 2008, i propri modelli organizzativi alle disposizioni di cui al Decreto 231 (articolo 54, comma 1). Il mancato adeguamento avrebbe impedito il rinnovo dei contratti di convenzione in scadenza e la stipula di nuovi contratti di convenzione con la regione (articolo 54, comma 2);

– Decreto della Regione Lombardia n. 5808 dell’8 giugno 2010, che ha stabilito che tutti gli enti di formazione che volessero accreditarsi o mantenere l’accreditamento dovevano approvare il codice etico e nominare un organismo di vigilanza entro il 31 dicembre 2010 ed elaborare il modello completo entro 31 marzo 2011;

– Legge Regione Abruzzo n. 15 del 27 maggio 2011, che pone a carico degli enti dipendenti e strumentali della Regione, con o senza personalità giuridica, dei consorzi, delle agenzie e delle aziende regionali, nonché delle società controllate e partecipate dalla Regione, ad esclusione degli enti pubblici non economici, l’obbligo di adottare entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge i modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui agli articoli 6 e 7 del Decreto 231. La *ratio* alla base di tale legge risiede nella volontà, da parte dell’Amministrazione Regionale, di garantire lo svolgimento dell’attività delle società in oggetto “*nel rispetto della legalità, della eticità e della trasparenza, nonché di scoprire ed eliminare preventivamente e tempestivamente eventuali situazioni a rischio*” (articolo 3).

In quest'ottica l'adozione dei modelli organizzativi costituisce una precisa scelta di *governance*: la decisione di identificare il rischio-reato e gestirlo, al fine di ridurre la possibilità che il relativo evento si verifichi, rientra in una politica da definirsi dai vertici amministrativi dell'ente nel rispetto delle norme che impongono la cura e la vigilanza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

La verifica si traduce in un'attività cosiddetta di *risk assessment*, a seguito della quale gli amministratori potranno deliberare l'adozione del modello organizzativo, ove i rischi rilevati risultino tali da renderlo necessario, ovvero limitarsi a monitorare periodicamente i rischi, nel caso in cui gli stessi siano risultati accettabili.

II. I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

I Modelli sono dei sistemi di procedure e di attività di controllo, da svolgersi anche in via preventiva, sull'operato dei soggetti indicati dal Decreto 231 che potrebbero commettere reati presupposto, finalizzati a limitare o ad escludere *a priori* la responsabilità dell'ente. Essi devono essere strutturati sulla base dell'analisi della singola realtà presso la quale troveranno attuazione, soprattutto in considerazione del fatto che il settore d'attività e le dimensioni dell'ente sono tra i fattori determinanti il tipo di Modello che è più opportuno elaborare. Per garantire imparzialità ed effettività, è bene che il Modello sia elaborato da soggetti estranei all'ente, i quali, comunque, dovranno far sì che esso costituisca uno strumento di implementazione della produttività e della salvaguardia dell'ente e non già che incida invasivamente sui suoi *iter* procedurali, gravandoli di insostenibili procedure. In ogni caso, i Modelli sono tenuti a:

- individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
- prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello;

- introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello.

Pertanto, un Modello deve contenere la precisa conoscenza dei reati il cui rischio è da prevenire, una valutazione dei rischi e lo sviluppo del sistema di rilevazione e controllo delle situazioni di rischio.

Per beneficiare di un trattamento favorevole nel caso in cui siano commessi i reati di cui al Decreto 231, l'ente dovrà prevedere nei Modelli l'istituzione di un "organismo di controllo" preposto a vigilare sull'adeguatezza e sull'osservanza degli stessi, effettuando analisi periodiche circa il funzionamento dei Modelli.

III. APPLICABILITÀ DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DI CUI AL DECRETO 231 AGLI ENTI NON PROFIT

Come si evince sia dal titolo del decreto (*"Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica"*) sia dall'articolo 1, comma 2 (*"Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica"*), la normativa in questione risulterebbe applicabile tanto alle società quanto agli enti non profit. Tuttavia, fin dall'entrata in vigore del Decreto 231, la sua effettiva applicabilità ai soggetti appartenenti al terzo settore è stata oggetto di discussioni in dottrina.

Secondo parte della dottrina², gli enti non profit privatistici (comitati, fondazioni, associazioni o altre organizzazioni collettive che perseguono finalità idealistiche e/o solidaristiche) non rientrerebbero nella sfera applicativa del Decreto 231 in quanto privi di finalità lucrativa e carenti del necessario carattere imprenditoriale dell'attività svolta, requisiti attorno ai quali appare essere costruito il complessivo sistema punitivo del decreto legislativo³. Tale filone dottrinale valorizza, infatti, quanto precisato nella *Relazione governativa* (paragrafo 2), sia pure

² In tal senso, si veda O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo, in Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010, 35.

³ La necessità di tali connotati (finalità di profitto, imprenditorialità) sembra doversi evincere dal sistema sanzionatorio e dai meccanismi riparatori contemplati dal Decreto 231, orientati a colpire il "fine di profitto in senso economico". O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo, in Reati e responsabilità degli enti*, cit., 35.

con riferimento agli enti pubblici economici, nella quale si sostiene *“con ragionevole certezza che il legislatore delegante avesse di mira la repressione di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività di natura squisitamente economica, e cioè assistite da fini di profitto”*.

D'altra parte, la dottrina prevalente⁴ rileva l'assenza di alcun indice normativo che consenta di considerare i suddetti parametri (finalità di profitto, imprenditorialità) prevalenti sul dato testuale, il quale – come anticipato – non sembra porre ostacoli alla punibilità dell'ente non profit privatistico, non rientrando quest'ultimo nella categoria pubblicistica degli enti espressamente esclusi dall'articolo 1, comma 3, del Decreto 231 (*“Non si applicano [le disposizioni del Decreto 231] allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale”*).

Ebbene, la suddetta dottrina⁵ ha rilevato nel dato normativo le seguenti argomentazioni, favorevoli alla riconducibilità degli enti non profit al novero dei “soggetti” di cui all'articolo 1 del Decreto 231:

(i) in primo luogo, il requisito della necessaria economicità dell'attività svolta è richiesto espressamente dalla legge (sebbene desumibile *a contrario*) solo in relazione agli “enti pubblici” (diversi dallo Stato e dagli enti pubblici territoriali) (cfr. articolo 1, comma 3, Decreto 231) e non, viceversa, in merito agli enti privatistici, che sono selezionati solo sulla base della tipologia di organizzazione collettiva – societaria o associativa – che concretizza la “terzietà soggettiva” rispetto alla persona fisica (l'essere un “ente” ai sensi dell'articolo 1 comma 1 del Decreto 231);

(ii) in secondo luogo, l'interesse e il vantaggio per l'ente, criteri oggettivi per l'iscrizione della responsabilità *ex crimine* all'ente (ex articolo 5 Decreto 231), non hanno alcuna espressa caratterizzazione normativa in senso patrimonialistico, potendo pertanto essere apprezzati anche in una dimensione non economica;

⁴ Cfr. L. PISTORELLI, Art. 1, in AA. VV., *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di A. GIARDA, E.M. MANCUSO, G. SPANGHER, G. VARRASO, Milano, 2007, 21; R. LOTTINI, *Commento sub art. 1*, in AA.VV., *Commentario alle leggi penali complementari*, a cura di F.PALAZZO, C.E. PALIERO, voce “Responsabilità delle persone giuridiche”, Padova, 2007, 2292; D. FONDAROLI, *Brevi riflessioni in ordine alla riconducibilità degli enti ecclesiastici al novero dei “soggetti” di cui all'art. 1 d.lgs. n. 231 del 2001*, in D. FONDAROLI – A. ASTROLOGO – G. SILVESTRI, *Responsabilità “amministrativa” ex d.lgs. n. 231 del 2001 ed enti ecclesiastici civilmente riconosciuti*, in *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), n. 38/2012, 20.

⁵ Si veda, in particolare, M. SCOLETTA, *In tema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 ed enti privatistici senza fine di lucro (Onlus)*, nota a tribunale di Milano, 22 marzo 2011, giudice Arnaldi, in www.penalecontemporaneo.it.

(iii) infine, se inizialmente volto a reprimere attività di impresa orientate alla realizzazione illecita di vantaggi economici, il Decreto 231 è stato progressivamente utilizzato dal legislatore anche per colpire altri paradigmi criminali, orientati al raggiungimento di scopi ideologici: ne è un chiaro esempio l'articolo 25-*quater*, che inserisce nel catalogo dei reati presupposto i "*Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*", cioè fattispecie potenzialmente anche estranee alla logica del profitto economico.

Doveroso segnalare, infine, la rilevante pronuncia giurisprudenziale in materia di cui alla sentenza n. 820/2011 emessa dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Milano, che sembra aver risolto i suddetti dubbi interpretativi. Con il citato provvedimento è stata per la prima volta applicata la disciplina in esame ad un ente non profit attivo nell'ambito socio-sanitario.

In particolare, il Giudice per l'Udienza Preliminare pronunciandosi su richiesta delle parti ex articolo 63 del Decreto 231, ha condannato un'associazione volontaria di pubblica assistenza (A.V.P.A.) per il delitto di truffa ai danni dello Stato (articolo 640, comma 2, n. 1, del codice penale), previsto tra i reati presupposto dall'articolo 24, comma 1, del Decreto 231. 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'articolo 63 del Decreto 231, 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'articolo 9 (sanzioni amministrative) ed all'articolo 19 (confisca) del Decreto 231, ha applicato la sanzione pecuniaria di 26.000,00 euro all'ente non commerciale, disponendo altresì la confisca delle giacenze bancarie e di tutti gli automezzi già oggetto del sequestro preventivo disposto dal Giudice per le Indagini Preliminari nel 2010, ritenendo, dunque, corretta l'applicazione delle sanzioni e delle misure interdittive previste dal Decreto 231.

D'altra parte, si è osservato che il rischio di commissione dei reati di cui al Decreto 231 da parte di soggetti che operano all'interno di enti non profit possa più facilmente concretizzarsi in seno ad organizzazioni che pongano in essere attività di tipo commerciale, soprattutto laddove esse si relazionino con la pubblica amministrazione, ovvero operino in aree di attività più esposte a rischio di uno dei reati presupposto, quali, ad esempio, quella sanitaria e quella scolastica/formativa.

IV. CONSIDERAZIONI IN ORDINE ALLA APPLICAZIONE DEL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO AGLI ENTI NON PROFIT

Una volta quindi chiarita l'applicabilità della disciplina di cui al Decreto 231 agli enti non profit, alla luce di quanto sopra, come per ogni altro ente anche profit, occorrerà procedere caso per caso alla valutazione circa l'opportunità della sua adozione in funzione dello specifico profilo di rischio del soggetto. Infatti, potenzialmente tutti i soggetti possono essere considerati a "rischio 231"; vi sono, tuttavia, alcuni casi in cui l'adozione del modello è assolutamente opportuna e diventi quasi un obbligo per il tipo di attività e di organizzazione sottostante. Si pensi che la giurisprudenza ha altresì esteso la responsabilità ex Decreto 231 alle imprese individuali (Cass. Pen., 20 aprile 2011, n. 15657), dando rilievo alla presenza di una struttura organizzativa articolata, che rende il contributo del singolo operatore non 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 legislativamente stabiliti in materia. Ad ogni modo, è possibile identificare alcuni elementi che possono consentire di valutare il livello di rischio a cui

un'organizzazione è potenzialmente esposta, facendo sempre riferimento alle fattispecie contemplate nel catalogo dei reati contenuto nella norma.

A questo proposito, l'approfondito studio pubblicato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC) in data 30 ottobre 2012, denominato "*Il modello 231/2001 per gli enti non profit: una soluzione per la gestione dei rischi*" ha, tra l'altro, individuato alcuni criteri..

Tali criteri sono schematicamente di seguito riportati:

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 dell'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 ad enti ecclesiastici, a 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.

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 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 articoli 24 e 25 del Decreto 231 (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 di tipo quantitativo e qualitativo – sulla scorta di quanto previsto allo scopo dal citato studio del CNDCEC – nella seguente tabella.

DIMENSIONE	LIVELLO DI RISCHIO		
	Basso	Medio	Alto
Economico-patrimoniale			
- Attivo patrimoniale ⁶			

⁶ Parametro derivante dall’analisi dell’articolo 2519, comma 2, del codice civile, 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. Cfr. “Il modello 231/2001 per gli enti non profit: una soluzione per la gestione dei rischi” pubblicato in data 30 ottobre 2012 dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC).

- Flussi finanziari in entrata			
Organizzativa			
- Numero dipendenti			
- Numero soci/volontari			
Amministrativa			
- Obblighi redazione bilancio o documento analogo			
- Obbligo controllo contabile			
- Altri obblighi informativi			
- Assunzione lavoratori irregolari			
Natura e rapporti con la P. A.			
- Qualifica di Onlus / altre agevolazioni fiscali			
- Godimento di sovvenzioni pubbliche			
- Vincoli alle attività istituzionali			
- Ottenimento di licenze, autorizzazioni, ecc.			
Tipologia di attività			
- Rischi relativi ad attività di terrorismo			
- Rischi connessi a reati contro la persona individuale			
- Interazione con soggetti quotati su mercati regolamentati			
- Rischi inerenti alla sicurezza sul lavoro			
- Livello di flussi finanziari in contanti sul totale delle transazioni			
- Rischi relativi a reati ambientali			

di Maddalena Tagliabue, Avvocato presso Studio Sciumé