UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO IN GIURISPRUDENZA

GLI ENTI DEL TERZO SETTORE NELLA PROCEDURA PENALE DELLE SOCIETÀ

TESI DI LAUREA DI

SIMONE RAVASI

MATR. NR. 866974

RELATORE: CH.MO PROF. MANFREDI BONTEMPELLI

CORRELATORE: DOTT.SSA VALENTINA BARBARA MARCHESI

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

INQUADRAMENTO NORMATIVO ED APPLICABILITÀ DEL D.LGS. 231/2001 AGLI ENTI DEL TERZO SETTORE

PARTE PRIMA

LA DISCIPLINA EX D. LGS. 8 GIUGNO 2001 N. 231

1. Ambito applicativo 8
   1.1. Soggetti destinatari e soggetti esclusi 20
   1.2. Zone grigie e nuove prospettive di applicazione 21
   1.3. Catalogo dei reati presupposto e criteri di imputazione 27

2. Sistema sanzionatorio 31
   2.1. La sanzione pecuniaria 32
   2.2. Le sanzioni interdittive 34
      2.2.1. Sanzioni interdittive e Terzo Settore: una premessa generale 36
   2.3. Il commissariamento giudiziale dell'ente 37
   2.4. Le altre sanzioni: brevi cenni. 38

PARTE SECONDA

IL D. LGS. 231/2001 E GLI ENTI DEL TERZO SETTORE

3. Applicabilità del d. lgs. 231/2001 agli Enti del Terzo Settore 40
   3.1. Breve introduzione agli Enti del Terzo Settore 40
   3.2. La situazione ante introduzione del Codice del Terzo Settore: il caso delle ONLUS 43
      3.2.1. Analisi della principale dottrina 46
      3.2.2. La prima applicazione giurisprudenziale del d. lgs. 231/2001 ad una Onlus: la sentenza del 22 marzo 2011 del Tribunale di Milano 48
   3.3. Introduzione del Codice del Terzo Settore: risoluzione dei dubbi? 49

4. Le linee guida ODCEC ed ANAC: rinvio 50

CAPITOLO SECONDO

GLI ENTI DEL TERZO SETTORE

1. Introduzione generale 53
1.1. Definizione giuridica di Terzo Settore 54
1.2. Gli Enti del Terzo Settore 61
1.2.1. Atto costitutivo, statuto e personalità giuridica 63
1.2.2. I principi generali degli enti del Terzo Settore 66
1.2.3. L'interesse generale perseguito dagli enti del Terzo Settore 70
1.2.4. L'attività di volontariato 73
1.2.5. Attività 76
1.3. Il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore 80

2. La governance degli enti del Terzo Settore 81
2.1. L'assemblea e le sue competenze inderogabili 82
2.2. L'organo amministrativo 84
2.3. L'organo di controllo 87
2.4. L'organismo di vigilanza 91
2.5. Revisione legale dei conti: un breve cenno 94
2.6. Controlli esterni 95

3. Il rapporto tra il Terzo Settore e la Pubblica Amministrazione 97
3.1. La convenzione 100
3.1.1. Convenzioni e gare d'appalto: un breve sguardo 104

CAPITOLO TERZO

I MODELLI ORGANIZZATIVI: DISCIPLINA GENERALE E PECULIARITÀ NEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE

1. Introduzione e requisiti generali 106
1.1. L'adozione del modello organizzativo: obbligo od onere? 108

1.2. La disciplina generale: articoli 6 e 7 del d. lgs. 231/2001 110
1.2.1. Il criterio di imputazione della responsabilità all'ente: la colpa di organizzazione 111
1.2.2. Il reato presupposto commesso dagli apicali: art. 6 del d. lgs. 231 del 2001 114
1.2.3. Il reato presupposto commesso dai subordinati: art. 7 del d. lgs. 231 del 2001 118
1.3. La predisposizione dei modelli organizzativi: aspetti generali 120
1.3.1. I principi generali per la redazione dei modelli organizzativi 121
1.4. Il sistema disciplinare 126
1.5. Il codice etico 128

2. I modelli organizzativi negli enti del Terzo Settore: quali le somiglianze e quali le differenze? 130
2.1. Il codice etico negli enti del Terzo Settore 136
2.2. La delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 dell'ANAC 137
2.3. L'individuazione delle aree a rischio negli enti del Terzo Settore 141

3. Il controllo interno 144
3.1. Il controllo diffuso negli enti del Terzo Settore: il caso di Croce Bianca Milano 147

CAPITOLO QUARTO

PROFILI PROCESSUALI

PARTE PRIMA

LA VALUTAZIONE GIUDIZIALE DEI MODELLI ORGANIZZATIVI

1. Il sindacato giudiziale sull'idoneità dei modelli organizzativi 152
1.1. La stratificazione normativa in materia di predisposizione dei modelli organizzativi: ulteriori incertezze? 154

1.1.1. Le linee guida delle associazioni rappresentative degli enti: quale rilevanza sul piano probatorio in sede processuale? 157
1.1.2. Le best practices: una possibile soluzione? 162
1.2. I requisiti di idoneità dei modelli organizzativi nella prassi giurisprudenziale 163

2. Idoneità dei modelli organizzativi per gli enti del Terzo Settore 169

PARTE SECONDA

LE MISURE INTERDITTIVE ALLA LUCE DELL'INTERESSE GENERALE DELL'ENTE EX ART. 5 DEL CODICE DEL TERZO SETTORE

3. Misure cautelari interdittive 173
3.1. Il procedimento cautelare: presupposti e applicazione delle misure 175
3.2. Il commissariamento dell'ente in fase cautelare 180
3.2.1. Il commissariamento giudiziale dell'ente: una scelta obbligata per gli enti del Terzo Settore? 181
3.2.2. La prova, in sede processuale, dello svolgimento di attività di interesse generale 185

4. La confisca del profitto del reato: rapporto tra la necessità della confisca, l'interesse generale dell'ente e la tutela degli utenti 190

5. Il ruolo dei modelli organizzativi nel sistema cautelare e nel sistema sanzionatorio 200
5.1. L'adozione post factum dei modelli organizzativi 201

BIBLIOGRAFIA 206

CAPITOLO PRIMO

INQUADRAMENTO NORMATIVO ED APPLICABILITÀ DEL D. LGS. 231/2001 AGLI ENTI DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO: 1. Ambito applicativo. 1.0. Soggetti destinatari e soggetti esclusi. 1.1. Zone grigie e nuove prospettive di applicazione. 1.2. Catalogo dei reati presupposto e criteri di imputazione. 2. Il sistema sanzionatorio. 2.1. La sanzione pecuniaria. 2.2. Le sanzioni interdittive. 2.2.1. Le sanzioni interdittive e il Terzo Settore: una premessa generale. 2.3. Il commissariamento giudiziale dell'ente. 2.4. Le altre sanzioni: brevi cenni. 3. Applicabilità del d.lgs. 231 del 2001 agli enti del Terzo Settore. 3.1. Breve introduzione agli enti del Terzo Settore. 3.2. La disciplina ante introduzione del Codice del Terzo Settore: il caso delle ONLUS. 3.2.1. Analisi della principale dottrina. 3.2.2. La prima applicazione giurisprudenziale del d.lgs. 231 del 2001 ad una ONLUS: la sentenza del 22 marzo 2011 del Tribunale di Milano: una novità? 3.3. Introduzione al Codice del Terzo Settore: risoluzione dei dubbi? 4. Le linee guida ODCEC e ANAC: rinvio.

PARTE PRIMA

LA DISCIPLINA EX D. LGS. 8 GIUGNO 2001 N. 231

1. Ambito applicativo.

Il decreto legislativo 231/2001 viene introdotto nell'ordinamento giuridico italiano in forza della legge delega 29 settembre 2000 n. 300, in attuazione di convenzioni internazionali e normative comunitarie dirette alla repressione della corruzione e alla tutela degli interessi finanziari dell'allora Comunità Europea. Invero, la stessa intitolazione della l. delega n. 300 del 29 settembre 2000 richiama, ai fini della loro ratifica, una pletora di atti internazionali finalizzati al contrasto della corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali e dei funzionari degli Stati membri dell'Unione Europea;

l'ulteriore scopo di tali atti era quello di salvaguardare la struttura finanziaria dell'Unione Europea.

La legge delega di cui sopra ha nello specifico ratificato (i) la Convenzione di Bruxelles del 26 luglio 1995 concernente la tutela degli interessi finanziari della Comunità Europea ed il suo Protocollo elaborato a Dublino il 27 settembre 1996, (ii) il Protocollo che regola l'interpretazione pregiudiziale della Convenzione di cui prima ad opera della Corte di Giustizia siglato a Bruxelles il 29 novembre 1996, (iii) la Convenzione sul contrasto alla corruzione dei funzionari dell'allora Comunità Europea e degli Stati membri dell'Unione Europea siglata a Bruxelles il 26 maggio 1997 ed infine (iv) la Convenzione OCSE relativa al contrasto della corruzione rivolta ai pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali siglata a Parigi il 17 settembre del 1997. Quest'ultima Convenzione merita particolare attenzione in quanto è l'unico atto a fare esplicito riferimento, *sub* art. 2, all'obbligo, da parte degli Stati contraenti di adottare tutte «le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche per la corruzione di pubblici ufficiali stranieri».

Degno di menzione, malgrado non sia stato oggetto di ratifica da parte della l. delega del 2000, è inoltre il II Protocollo della sopracitata Convenzione del 26 luglio 1995 in quanto prevedeva esplicitamente un sistema sanzionatorio a carico dei soggetti apicali e dei soggetti subordinati operanti all'interno delle persone giuridiche. Tale sistema sanzionatorio, tuttavia, era piuttosto embrionale e prevedeva esclusivamente sanzioni pecuniarie per i soggetti apicali, mentre per i soggetti subordinati rimandava la disciplina alla discrezionalità dei singoli Stati contraenti. Infine, un importante effetto persuasivo è stato prodotto dalla Raccomandazione n. 88 del 20 ottobre 1988 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in materia di responsabilità delle persone giuridiche anche qualora non fosse stato individuato l'autore del reato commesso in favore delle stesse. Tale Raccomandazione prevedeva già l'adozione di misure, anche di natura penale, che avessero il fine di introdurre una vera e propria responsabilità «indipendentemente dai regimi di responsabilità civile in vigore». Con ciò abbiamo la previ-

sione di un sistema sanzionatorio parallelo e specifico dedicato alle persone giuridiche in favore delle quali è stato commesso un reato da parte dei soggetti posti ai vertici delle stesse ed anche da parte dei soggetti subordinati.

La richiamata l. 300 del 2000 ha dato delega al Governo di introdurre nell'ordinamento giuridico nazionale la «responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti anche privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale»[1] qualora sia stato commesso un reato nel loro interesse o a loro vantaggio da parte di soggetti che ricoprono cariche apicali o da parte di collaboratori (ossia, coloro che sono «sottoposti alla direzione o alla vigilanza»[2] dei soggetti apicali); inoltre, il compimento del reato deve essere stato possibile dal non aver osservato gli obblighi connessi alle funzioni ricoperte all'interno dell'ente. Infine, sempre all'art. 11 comma 1 lettera e) della legge n. 300 del 2000, si prevede una causa di esclusione della responsabilità qualora il reato sia stato commesso nell'esclusivo interesse del soggetto agente.

Ciò che emerge chiaramente dal disposto letterale della legge delega ed anche dall'intestazione del decreto 231 del 2001 stesso, è che si tratta di una responsabilità amministrativa dipendente da reato. Malgrado si tratti di una responsabilità amministrativa, il legislatore ha ritenuto opportuno affidare la competenza dell'accertamento di tale responsabilità allo stesso giudice competente a conoscere del reato presupposto, ossia il giudice penale, prevedendo inoltre che al procedimento volto ad accertare la responsabilità a carico dell'ente si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale in modo da assicurare pienamente sia la partecipazione che la difesa dell'ente in tutte le fasi del procedimento penale stesso[3], sia il diritto di difesa dell'ente stesso. Proprio in virtù di questa previsione di un procedimento penale *ad hoc* per le società si può parlare a pieno titolo di una vera e propria procedura penale delle società.

---

[1] Art. 11 comma 1 l. n. 300 del 2000.
[2] Art. 11 comma 1 lett. *e* l. n. 300 del 2000 e art. 5 comma 1 lett. *b* del d.lgs. 231/2001.
[3] Art. 11 comma 1 lett. *q* l. 300 del 2000.

Prevedere la clausola di compatibilità delle disposizioni processuali penali[4] anche nel procedimento penale a carico dell'ente non significa operare una vera piena trasposizione nel processo penale amministrativo dei principi generali del procedimento penale tradizionale, ma tale rinvio deve intendersi accompagnato alle norme speciali previste dal decreto legislativo 231 del 2001, altrimenti alcun senso avrebbe avuto prevedere al Capo I, Sezione I del d. lgs. 231/2001 principi generali specifici per la procedura penale delle società[5].

Oltre al citato principio di compatibilità, non può non fare ingresso nella procedura penale amministrativa il principio di sussidiarietà, soprattutto laddove vi siano dei vuoti normativi lasciati dal legislatore delegato. L'eventuale conflitto di norme processuali ordinarie e processuali penali amministrative, ovvero il riempimento di eventuali lacune normative, debbono essere risolti dall'interprete utilizzando e il principio di compatibilità e il principio di sussidiarietà. Tale situazione ha, tuttavia, come diretta conseguenza l'espansione del noto attivismo giudiziario, che vede al centro la discrezionalità del giudice, situazione questa che comporta l'intervento della giurisprudenza per soccombere ai vuoti lasciati dal legislatore. Un tema di particolare rilievo concerne inoltre i principi costituzionali che sorreggono il sistema.

Nonostante la previsione di una procedura penale delle società, non bisogna dimenticare che il fine ultimo del diritto processuale penale, sia ordinario che penale amministrativo, è quello di dare attuazione al diritto penale sostanziale.

---

[4] Art. 34 d. lgs. 231 del 2001. Sul punto, si vedano: in merito alle finalità e alle ragioni di prevedere la giurisdizione penale, G.i.p. Tribunale di Torino (ord.), 11 giugno 2004, in *Rivista trim. dir. pen. econ.*, 2004, con nota di A. NISCO, p. 294; G.u.p. Tribunale Milano (ord.), 18 gennaio 2008, e in *Le società*, 2009, con nota di D. FRACCHIA, p. 1031. In merito alla prevalenza, in quanto norme speciali, delle previsioni di cui al d.lgs. 231/2001, G.i.p. Tribunale di Milano, 5 febbraio 2008, Enipower, in *Foro ambr.*, 2008, con nota di G. BELLINGARDI, p. 219 e in *Resp. amm. soc.*, n. 3/2008, con nota di F. D'ARCANGELO, p. 145. In merito al principio di compatibilità ed all'applicazione analogica delle norme generali, si veda G.i.p. Tribunale di Milano, 25 gennaio 2005, Barachini, in *Corr. merito*, 2005, con nota di A. GIARDA, p. 577; per ulteriori approfondimenti sui singoli istituti generali, si veda S.M. CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, IV ed., Torino, 2018, p. 254 ss.

[5] E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in E. DOLCINI e C. E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci. v. 3: Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale, diritto processuale penale, diritto, storia e società*, Milano, 2006.

Per questo motivo, è necessario mantenere fermi i principi costituzionali che regolano l'intera materia penale, sia sostanziale che processuale. Appare del tutto evidente che le libertà fondamentali degli individui debbano essere garantite in ogni situazione di accertamento dell'illecito penale.

La domanda da porsi è la seguente: all'ente (in quanto soggetto incorporeo) debbono essere riconosciuti gli stessi principi costituzionali posti a tutela dell'imputato persona fisica? A questa domanda ha dato una autorevole risposta - peraltro condivisibile a parere di chi scrive - sul fronte della dottrina, Paolo Ferrua.[6] Egli ritiene che all'ente debbano essere riconosciuti tutti i principi costituzionali che fanno riferimento alla persona fisica imputata nel processo penale; tale tesi poggia su due argomentazioni: la prima riguarda il fatto che l'ente sia una *fictio iuris* alla quale si ricorre per colpire, attraverso le sanzioni del d. lgs. 231/2001, le persone fisiche che agiscono all'interno dello stesso. In questa prospettiva, l'ente è visto come uno schermo utilizzato per proteggere le persone fisiche che vi operano. Se non si adoperasse tale finzione, secondo Ferrua, le persone fisiche andrebbero esenti da responsabilità. Tuttavia, trattandosi di una finzione giuridica, è altrettanto evidente che le sanzioni che colpiscono l'ente, in realtà si ripercuotono direttamente o indirettamente anche sulle persone fisiche che operano all'interno dell'ente. Inoltre, l'applicazione delle sanzioni a carico dell'ente causa un coinvolgimento anche nei confronti di coloro che siano estranei alla gestione dell'ente (ad esempio, creditori, lavoratori, fornitori ecc.). Difatti, qualora l'ente si trovasse ad essere destinatario di sanzioni amministrative ai sensi del decreto in esame, anche i soggetti indirettamente coinvolti ne subirebbero gli effetti afflittivi. Da ciò ne deriva la necessaria applicazione delle garanzie costituzionali approntate per le persone fisiche. La seconda argomentazione pog-

---

[6] P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, seconda edizione, Torino, 2017, pp. 323-324. Per altri contributi dottrinali sull'applicabilità dei principi costituzionali dettati in materia penale anche alle persone giuridiche si veda: V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 879 ss.; L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7 ss.

gia sulla natura sostanzialmente penale delle sanzioni (malgrado l'inquadramento all'interno del nostro ordinamento all'interno delle sanzioni amministrative) previste dal d. lgs. 231 del 2001. Tale considerazione trova giustificazione all'interno della giurisprudenza della Corte EDU, già a partire dalla nota sentenza Engel c. Olanda[7], laddove si predilige una lettura sostanzialistica delle sanzioni penali, in luogo di una lettura formalistica. Tale pronuncia attribuisce carattere penale a quelle sanzioni che siano finalizzate alla tutela di «interessi generali della società, normalmente tutelati dal diritto penale», il carattere afflittivo delle sanzioni stesse e la loro finalità preventivo-repressiva anziché riparatoria (*Engel's criteria*).[8] Le sanzioni amministrative previste nel procedimento penale *de societate* hanno le caratteristiche per rientrare nella qualificazione sostanziale di sanzioni di natura penale e, per questo, le garanzie nei confronti dell'ente non possono che essere le medesime rispetto a quelle previste per il procedimento penale ordinario. Inoltre, sostiene Ferrua, la scelta del legislatore di affidare l'accertamento dell'illecito amministrativo dipendente da reato al giudice penale è una chiara presa di consapevolezza del carattere penale delle sanzioni approntate. Da quanto appena detto, ne discenderebbe la necessaria applicazione dei principi costituzionali fondamentali posti a tutela dell'imputato persona fisica.

È opportuno segnalare, inoltre, che la necessaria applicazione dei principi generali del giusto processo anche alle persone giuridiche è fermamente consolidata all'interno della giurisprudenza della Corte EDU.[9] Anche la Corte di Giusti-

---

[7] Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel *et al.* c. Olanda.

[8] Tali criteri sono stati ripresi più recentemente dalla Corte EDU nella sentenza del 04 marzo 2014, caso n. 18640/10 Grande Stevens *et al.* c. Italia, in *www.unionedirittiumani.it*.

[9] Corte EDU, 20 dicembre 2007, Paykar Yev Haghtanak Ltd c. Armenia, par. 37. Inoltre, la giurisprudenza di Strasburgo è altrettanto ferma nel sostenere che le garanzie approntate dalla Convenzione EDU per il processo penale si applicano a prescindere dalla natura del soggetto che commette l'illecito, prediligendo come parametro applicativo delle garanzie la natura stessa dell'illecito; su questo punto si veda Corte EDU, 20 dicembre 2002, Fortum Oil and Gas Oy c. Finlandia. Si vedano, inoltre, le pronunce: Corte EDU, 28 febbraio 2006, Mac Stro c. Moldavia, in tema di ragionevole durata del processo; Corte EDU, 3 marzo 2000, Haralambidis, Y. Haralambidis-Liberpa S.A. & Liberpa Ltd. c. Grecia; Corte EDU, 17 giugno 2008, Synnelius & Edsbergs Taxi AB c. Svezia in tema di presunzione di innocenza.

zia dell'Unione Europea ha avuto modo di esprimersi, in totale accordo con la giurisprudenza convenzionale, in merito a tale profilo.[10]

Rispetto a questi profili si segnalano due rilevanti interventi da parte della nostra Corte di Cassazione; con essi, la Suprema Corte ha recepito sia le osservazioni dottrinali, che le pronunce della giurisprudenza convenzionale e della Corte di Giustizia. La sentenza Thyssen-Krupp, sul punto, così statuisce: «non è dubbio che il complesso normativo in esame sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo; e che abbia evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento».[11] Alla luce di quanto affermato dalle Sezioni Unite, la Cassazione è successivamente intervenuta, nel 2016, sostenendo che «la disciplina dettata dal d.lgs. 231 del 2001 deve essere compatibile con i principi dettati dalla Costituzione in tema di responsabilità penale».[12]

Tuttavia, parlando di procedura penale degli enti è necessario mutare le categorie costituzionali di riferimento; invero, trattandosi di un mutamento di realtà giuridica (dal soggetto fisico al soggetto incorporeo quale è l'ente) è necessario riadattare le garanzie costituzionali.[13]

Difatti, nel processo penale ordinario il *thema decidendum* è se il soggetto a cui il reato viene ascritto debba o no essere punito; al contrario, nel processo penale amministrativo il *thema decidendum* è radicalmente diverso in quanto il giudice deve decidere se applicare all'ente una sanzione di quelle previste dal d. lgs.

---

[10] Corte giust., 5 giugno 2012, C-489/10, Bonda.

[11] Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, Thyssen-Krupp Acciai Speciali Terni s.p.a., in *www.giurisprudenzapenale.com*.

[12] Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, Riva F.i.R.E. s.p.a., in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

[13] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, p. 28 ss.; C.E. PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, p. 5 ss.; G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 80.

231/2001 a seguito della commissione di un reato, da parte dei soggetti indicati agli articoli 6 e 7 del citato decreto, nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso. Ne deriva chiaramente un mutamento soggettivo tra il procedimento penale ordinario e quello penale amministrativo, con conseguente mutamento dell'oggetto al centro del giudizio penale amministrativo.

Il riadattamento delle garanzie costituzionali, di cui abbiamo detto poco sopra, non implica la possibilità di trovare un principio generale valido in assoluto per l'applicazione delle singole garanzie costituzionali in materia penale amministrativa, ma è necessario procedere all'analisi dei singoli principi costituzionali in modo da verificare se siano o meno applicabili al processo penale amministrativo[14]. *Nulla quaestio* per quanto riguarda la personalità della responsabilità di cui all'art. 27 comma 1 della Costituzione; invero, come sostiene fermamente Paliero[15], non si può precludere l'applicazione di detto principio alle persone giuridiche. Ancora, secondo quanto sostenuto da Giorgio Marinucci, il rimprovero della colpevolezza può assumere caratteristiche peculiari e diverse se si tratta di muovere un rimprovero nei confronti di una persona giuridica.[16] Il principio di colpevolezza trova applicazione nel procedimento penale amministrativo, secondo quanto sostenuto da Alessandri[17], grazie all'operare del noto principio di immedesimazione organica[18]; tale principio, inoltre, garantisce anche la non violazione del divieto di attribuzione di responsabilità per un fatto di altri. Tuttavia, non si può non sottolineare come questo principio sembra subire sollecitazioni da parte della previsione contenuta *sub* art. 8 del decreto in esame che prevede la responsabilità dell'ente anche qualora non sia identificato l'autore del reato pre-

---

[14] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 28 ss.

[15] C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: Profili Sistematici*, in *Societas puniri potest. Responsabilità da reato degli enti collettivi, Atti del convegno organizzato alla facoltà di giurisprudenza e dal dipartimento di diritto comparato e penale dell'università di Firenze (15-16 marzo 2002)*, a cura di F. PALAZZO, Padova, 2002, p. 20.

[16] G. MARINUCCI, *Societas delinquere potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee,* in *Riv. it. proc. pen.*, 2002, p. 1210.

[17] A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 193 ss.

[18] Su questo aspetto si veda: S.M. CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 60-61; Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627 in *www.reatisocietari.it*.

supposto. L'art. 8 ha, del resto, la fondamentale funzione di garantire che non vi siano zone franche all'interno del c.d. "sistema 231" dovute alla non individuazione dell'autore del reato presupposto. Difatti, occorre tenere presente che sovente è quasi del tutto impossibile individuare l'autore di determinati reati, specie di quelli che possono essere commessi grazie all'ausilio di sistemi informatici.

Non vi sono profili problematici riguardanti l'applicazione del principio di legalità sancito dall'art. 25 comma 2 della Costituzione; invero, tale principio risulta essere richiamato esplicitamente dall'art. 2 del decreto in esame in attuazione. Il d. lgs. 231 del 2001 prevede che, in attuazione del principio *nullum crimen sine lege*, sia il reato presupposto che la relativa sanzione amministrativa da applicarsi all'ente debbono essere espressamente previste dalla legge.

Al contrario, emergono profili problematici in riferimento al principio di non colpevolezza di cui all'articolo 27 comma 2 della Costituzione; difatti, l'art. 6 del decreto legislativo 231 del 2001 prevede una causa di esclusione della responsabilità amministrativa dell'ente subordinata alla dimostrazione, da parte dell'ente stesso, di avere adottato ed efficacemente attuato modelli organizzativi che rispettino i requisiti di cui allo stesso articolo. Tale situazione comporterebbe, secondo parte della dottrina, una vera e propria inversione dell'onere della prova.[19] Secondo altra parte della dottrina, invece, trattandosi di una circostanza impeditiva della responsabilità è del tutto naturale che l'onere della prova resti a carico della società. Inoltre, ulteriori profili di attrito con il principio in esame emergerebbero in relazione all'applicazione, in via cautelare ai sensi dell'art. 45 comma 1 del d. lgs. 231/2001, delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9 comma 2 dello stesso decreto su richiesta del pubblico ministero; l'ente, tuttavia, può chiedere la sospensione delle misure cautelari interdittive ponendo in essere le condotte riparatorie previste dall'art. 17 del decreto.[20] Tale previsione fa emergere in maniera cristallina un conflitto con il principio di cui all'art. 27 comma 2 della Costituzione in quanto si richiede all'ente di riparare, prima che esse siano accertate da una sentenza definitiva, le conseguenze deri-

[19] M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2017, p. 20 ss.
[20] Art. 49 comma 1 d. lgs. 231/2001.

vanti dall'illecito, anch'esso non ancora accertato, commesso dall'imputato del reato presupposto.

Un ulteriore principio sollecitato dalle previsioni del decreto di cui si sta trattando è il principio di obbligatorietà dell'azione penale, previsto dall'art. 112 della Costituzione, in quanto l'art. 58 del d. lgs. 231 del 2001 prevede che sia lo stesso organo di accusa a procedere all'archiviazione della notizia dell'illecito amministrativo. Il contrasto, sia con la disciplina ordinaria che con quella costituzionale, è del tutto evidente. Lasciare al pubblico ministero la facoltà di archiviare la notizia dell'illecito amministrativo porta con sé la conseguenza di avere discrasie tra i diversi uffici della Procura della Repubblica. Inoltre, appare del tutto evidente che l'organo di accusa è destinatario di un vero e proprio potere di selezionare le notizie di illecito amministrativo da perseguire. Ad ulteriore conferma dell'inopportunità di prevedere la possibilità di archiviazione senza un controllo giudiziale[21] si trova la prassi secondo la quale solo il 10 percento delle annotazioni riferite a responsabilità amministrativa dipendente da reato viene poi registrato[22]. Tale dato è allarmante e non può lasciare il legislatore indifferente. Tuttavia, è opportuno segnalare che la decisione del pubblico ministero di disporre l'archiviazione ai sensi dell'art. 58 del decreto in esame non è priva di qualsiasi forma di controllo. Invero, è previsto un procedimento di controllo da parte del Procuratore Generale rispetto all'azione del pubblico ministero. Tale controllo, che si può definire più come controllo gerarchico che come controllo

[21] Occorre precisare che per controllo giudiziale si intende la non necessità di ottenere un provvedimento del giudice per le indagini preliminari che disponga l'archiviazione (come avviene, invece, nel procedimento penale ordinario); sul punto, si veda G.i.p. Tribunale di Roma, 6 aprile 2010, Fastweb e T.I.S. Si veda, inoltre, la Relazione Ministeriale al decreto, la quale riporta *sub* par. 18: «Per l'archiviazione si è previsto un procedimento semplificato senza controllo del giudice, sull'esempio di quanto prevede l'art. 18 comma 2 legge 689/1981. Si tratta, infatti, di un illecito amministrativo, per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero. È sembrata, pertanto, del tutto estranea a questa materia la procedura di archiviazione codicistica. Le esigenze di verifica dell'operato del pubblico ministero in relazione alla contestazione di queste violazioni sono assicurate attraverso un meccanismo meno articolato, che prevede una comunicazione al procuratore generale, il quale può sostituirsi al pubblico ministero e contestare direttamente l'illecito amministrativo.».

[22] M. CERESA-GASTALDO, *Legalità d'impresa e processo penale. i paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2019.

giudiziale, assicurerebbe il corretto esercizio dell'azione penale. Inoltre, è necessario segnalare che anche il p.g. è un organo di accusa che non può assicurare le stesse guarentigie del giudice terzo ed imparziale; ancora, il controllo da parte del p.g. è solo eventuale[23], al contrario di quanto avviene, invece, nella procedura penale ordinaria. Qui, infatti, il controllo del g.i.p. è di natura obbligatoria, spettando ad esso l'emanazione del decreto motivato di archiviazione ai sensi dell'art. 409 c.p.p. e dell'art. 125 delle disposizioni di attuazione.

L'assenza dell'intervento del giudice permane anche nel caso in cui sia necessario procedere ad una riapertura delle indagini preliminari; nel procedimento penale ordinario, ai sensi dell'art. 414 c.p.p., è necessario il vaglio da parte del g.i.p. rispetto alle motivazioni che hanno portato alla richiesta di riapertura delle indagini. Tale circostanza non si verifica e non si potrebbe verificare nella procedura penale delle società.[24] Al fine di evitare un abnorme potere di riapertura delle indagini, con la conseguenza che un ente possa trovarsi sotto indagine per un tempo indefinito, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[25], le quali hanno statuito che il decreto archiviativo disposto dal pubblico ministero possiede un'efficacia preclusiva. In tal modo, l'organo di accusa non potrebbe riaprire le indagini sullo stesso fatto[26] (e dopo aver disposto l'archiviazione) ogniqualvolta volesse, con conseguente elusione dei termini delle indagini stesse. Il pubblico ministero potrebbe riaprire le indagini solo qualora si verificassero fatti nuovi e diversi che giustifichino una riapertura della fase di indagine.[27]

---

[23] La lettera della disposizione di cui all'art. 58 del d.lgs. 231 del 2001 così dispone: «[…] il pubblico ministero emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al procuratore generale presso la corte d'appello. Il procuratore generale può svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazione.».

[24] Secondo S. LORUSSO, *sub* art. 58, in A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010, p. 660 sarebbe «paradossale prevedere un intervento giurisdizionale per disporre la riapertura delle indagini preliminari».

[25] Cass. pen., sez. un., 24 giugno 2010, n. 33885, Giuliani, in *CED cass.*, n. 247834.

[26] Si veda G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Torino, 2012, p. 303.

[27] Si segnala anche un'ulteriore soluzione che, a parere di chi scrive, può condurre alla soluzione di applicare l'art. 414 c.p.p. anche alla procedura *de societate*. Difatti, ai sensi dell'art.

Alla luce di quanto appena detto, la previsione del controllo (eventuale) del decreto archiviativo del p.m., da parte del procuratore generale, non può ritenersi soddisfacente, a parere di chi scrive, in quanto attribuisce all'organo di accusa un abnorme potere discrezionale rispetto all'opportunità di archiviare la notizia dell'illecito amministrativo.[28]

Il principio dell'inviolabilità del diritto di difesa trova piena applicazione nel procedimento penale amministrativo e ciò lo si può facilmente comprendere sia alla luce della clausola di compatibilità *ex* art. 34 del decreto, sia in virtù del fatto che la sede di accertamento dell'illecito amministrativo sia proprio il processo penale. Sarebbe del tutto illogico non riconoscere il diritto difesa all'ente, anche alla luce dell'art. 24 comma 2 della Costituzione, il quale recita: «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.» Tuttavia, non si può non sottolineare come l'inviolabilità del diritto di difesa subisce sollecitazioni con riferimento al legale rappresentante dell'ente; invero, qualora il rappresentante legale dell'ente venga nominato *post factum* può rivestire l'ufficio di testimone, con conseguente obbligo di rispondere secondo verità. Tale circostanza implica il potenziale venir meno del diritto al silenzio dell'ente e quindi del diritto di difesa stesso. L'altro profilo problematico si riscontra in riferimento alle garanzie dell'imputato del reato connesso potendo sussistere diverse strategie di difesa in capo all'imputato e in capo all'ente.

Infine, occorre menzionare il principio di libertà dell'iniziativa economica privata sancito dall'art. 41 della Costituzione. Tale principio implica la salvaguardia dell'attività economica privata qualora non contrasti «con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»; da ciò ne discende che tutte le azioni volte a limitare l'attività economica privata debbono trovare fondamento nella previsione costituzionale. Per quanto interessa ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente è necessario sottolineare

---

34 del d.lgs. 231 del 2001, si può ritenere compatibile (in assenza di una espressa previsione) l'art. 414 c.p.p. con la disciplina speciale che riguarda la procedura penale amministrativa.

[28] Si segnala, con riferimento al ruolo del procuratore generale, la seguente pronuncia: Trib. Milano, sez. X, 20 marzo 2007, My Chef, in *Resp. amm. soc.*, n. 1/2008, con nota di M. MONTESANO, p. 177.

che dal principio *sub* art. 41 Cost. ne deriva che le sanzioni interdittive debbono essere applicate solo nei casi più gravi e che si debba operare un bilanciamento tra gli interessi in gioco. Occorre certamente prevenire la commissione di illeciti da parte degli enti, così come occorre tutelare l'occupazione e la salute dei lavoratori. Proprio in ciò risiede peraltro la *ratio* della previsione contenuta all'interno dell'art. 15 del d. lgs. 231/2001 in riferimento al commissariamento giudiziale dell'ente.

1.1. *Soggetti destinatari e soggetti esclusi.*

I soggetti destinatari della disciplina in esame sono individuati dall'art. 1 comma 2 del decreto in esame, il quale sottopone alla responsabilità amministrativa dipendente da reato gli enti provvisti di personalità giuridica e le società ed associazioni anche prive di personalità giuridica. Già dal dato letterale di detto articolo, emerge chiaramente come il novero dei soggetti coinvolti dalla disciplina sia molto ampio (e talvolta incerto); senza difficoltà alcuna si possono far rientrare tutte le persone giuridiche private, le associazioni, le società sia di capitali che di persone, gli studi professionali, le fondazioni, le società cooperative, gli enti ecclesiastici, i fondi comuni di investimento, le associazioni non riconosciute ed in generale tutti gli enti che siano caratterizzati da una apprezzabile complessità organizzativa.[29] Nel novero dei soggetti destinatari, in virtù del criterio sostanzialistico, rientrano anche le società di fatto e le società irregolari[30]. Ciò è giustificabile al fine di evitare che comportamenti illeciti restino privi di repressione; invero, sarebbe sufficiente evitare la costituzione formale di una società o di un ente per andare indenni da responsabilità amministrativa dipendente da reato. Tale situazione sarebbe un *vulnus* non tollerabile anche ai sensi del principio di uguaglianza davanti alla legge *ex* art. 3 della Costituzione.

Per quanto attiene ai soggetti esclusi, il dato letterale dell'art. 1 comma 3 esclude dall'applicazione della disciplina in esame lo Stato (da intendersi sia co-

[29] O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010.
[30] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 41 ss.

me organo centrale, sia nelle sue articolazioni amministrative), gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici (tra cui, ad esempio, gli ordini professionali, le aziende ospedaliere ecc.) e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (Corte Costituzionale, Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, sindacati, partiti politici, C.S.M. *et similia*). La ratio sottesa all'esclusione di queste categorie di enti è del tutto chiara ed è da ricercarsi nell'evitare che l'applicazione delle sanzioni interdittive, a seguito dell'accertamento della responsabilità amministrativa, comporti la paralisi di servizi particolarmente rilevanti ai fini dell'attuazione dei principi costituzionalmente garantiti.

1.2.*Zone grigie e nuove prospettive di applicazione.*

L'esclusione di cui si è detto nel paragrafo che precede richiede come requisito primario la natura pubblicistica dell'ente, tuttavia essa non è sufficiente a garantire l'esclusione in quanto deve accompagnarsi alla natura non economica dell'ente stesso. In virtù di quanto appena detto ne deriva che restano inclusi gli enti che hanno una natura economica[31], pur svolgendo attività di rilievo sotto il profilo costituzionale (ad esempio gli enti operanti nel settore sanitario, dell'istruzione, dell'informazione ecc.). Ciò che crea la situazione di incertezza[32] è la mancanza di una definizione di ente pubblico economico[33] e soprattutto non vi

---

[31] M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2017, p. 3 ss.

[32] Incertezza che pare essere ben nota al legislatore; difatti, nella relazione ministeriale è possibile leggere, *sub* punto 2, le seguenti affermazioni: «Esclusa da subito l'opportunità di produrre nel decreto legislativo un catalogo degli enti pubblici assoggettabili al sistema di responsabilità amministrativa (la qualificazione di molti di questi enti è controversa e, soprattutto, la normativa più recente prevede una certa mobilità degli stessi, con la trasformazione da pubblici in privati).».

[33] Sul punto si segnala la seguente pronuncia: Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015, n. 1842, in *giurdanella.it*; il collegio così definisce l'ente pubblico economico (punto 15.3): «un ente pubblico è di natura economica se produce, per legge e per statuto (e quindi in modo non fattuale e non contingente) beni o servizi con criteri di economicità, ossia con equivalenza, almeno tendenziale, tra costi e ricavi, analogamente ad un comune imprenditore.». Si segnala, inoltre, la seguente pronuncia: Cass., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, Vielmi, in *Dir. prat. lav.*, n. 16/2011, con nota di C. PETRUCCI, p. 982; in tale pronuncia, la Cassazione ha modo di statuire che: «[…] la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica.». Sempre la stessa pronuncia, sottolinea che anche

sono dei parametri certi ed univoci per identificare gli enti pubblici non economici. Tale situazione comporta inevitabilmente delle zone grigie difficili da definire giuridicamente. Tra gli enti "controversi" troviamo, ad esempio, gli istituti di patronato e le federazioni sportive.

Le espressioni utilizzate dal legislatore per individuare i soggetti destinatari sono volutamente generiche e multiformi in modo da ricomprendere una pletora di realtà giuridiche, anche di nuova formazione, senza dover ricorrere ad eventuali modificazioni od integrazioni della disciplina. Tuttavia, questa tecnica legislativa si presta ad un'interpretazione assai estensiva ad opera della giurisprudenza e della dottrina, non senza cadere in contraddizioni.[34] Questa situazione, del resto, non appare nuova al panorama giuridico italiano, infatti accade sovente che la giurisprudenza, anche con l'ausilio della dottrina, debba porre rimedio alle dimenticanze (volute o non volute) del legislatore. D'altra parte, occorre sottolineare che così facendo si rischia di conferire eccessivo potere discrezionale al giudice sacrificando la certezza e la prevedibilità del diritto, che sono di sicuro principi fondamentali da tutelare.

Un particolare profilo critico è emerso in giurisprudenza riguardo alle imprese individuali; invero, secondo un primo orientamento, la disciplina del decreto legislativo 231/2001 sarebbe applicabile anche alle imprese individuali in forza di diverse argomentazioni: in primo luogo si accoglie una lettura non formalistica e costituzionalmente orientata del decreto in esame ed in particolare dell'art. 1 comma 2 dello stesso. Difatti, l'esclusione delle imprese individuali dalla disciplina di cui si sta trattando costituirebbe un trattamento differenziato e non giustificato tra chi opta per forme semplici di impresa e chi, al contrario, ricorre a strutture più complesse.[35] Il secondo orientamento suggerisce di adottare una lettura formalistica secondo la quale l'espressione "enti" debba essere intesa co-

---

le società a partecipazione mista pubblica-privata sono soggette alla disciplina del d.lgs. 231/2001 e lo fa richiamando le pronunce delle Sezioni Unite n. 4989 del 6 maggio 1995 e n. 8454 del 26 agosto 1998. A tal riguardo, si segnalano le note a tale pronuncia di O. DI GIOVINE in *Cass. pen.*, 2011, p. 1889 e di S. GRINDATTO in *Giur. It.*, 2011, p. 163.

[34] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 42.

[35] Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657, Impresa Individuale Sferrazza, in *dirittopenalecontemporaneo.it*.

me enti collettivi e metaindividuali che siano autonomi centri di interessi e rapporti giuridici; ciò sarebbe anche avallato dal fatto che la responsabilità amministrativa dipendente da reato è di tipo aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quella penale ordinaria rivolta alle persone fisiche.[36]

Per quanto riguarda i gruppi societari va primariamente sottolineato come il decreto in esame non abbia preso in considerazione questo assai diffuso fenomeno. Tale situazione è piuttosto anacronistica, attesa la grande diffusione dei gruppi di società all'interno del tessuto economico sia nazionale che internazionale.

I gruppi di società, dal punto di vista meramente sostanziale, sono costituiti da società giuridicamente autonome tra loro, ma che condividono la strategia aziendale e sono sottoposte alla direzione ed al coordinamento da parte della *holding*, la quale, *de facto*, esercita sicuramente un'influenza penetrante nei confronti delle controllate.[37] Occorre segnalare che all'interno del nostro ordinamento manca una specifica definizione di attività di direzione e coordinamento; tuttavia, è opportuno, al fine di chiarire meglio tale nozione, fare riferimento alla disciplina del codice civile per rintracciare il fenomeno dei gruppi di società e, di conseguenza, il fenomeno della direzione e del coordinamento da parte della capogruppo (*holding*). *Sub* art. 2497 e seguenti c.c., è possibile rintracciare la normativa riguardante la circostanza in commento. Anche in tale contesto, tuttavia, manca una definizione dell'attività di cui si sta discutendo. Può essere utile, ai fini della comprensione del fenomeno, fare riferimento alle presunzioni che la disciplina pone rispetto a quelle attività che si presumono costituire un'attività

---

[36] Cass. pen., sez. IV, 3 marzo 2004, n. 18941, Ribera e Cass. pen., sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30085, V.G. ed altri in *www.olympus.uniurb.it*.

[37] P. BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende, in AA.VV, Societas puniri potest - La responsabilità da reato degli enti collettivi (atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002)*, Padova, 2003, p. 63: egli sostiene che: «i gruppi aziendali, pur essendo complessi di società giuridicamente autonome, sono retti da un unico indirizzo strategico, con livelli di autorità gerarchica e di influenza simili a quelli riscontrabili nelle aziende a struttura complessa».

di direzione e coordinamento da parte della capogruppo.[38] La giurisprudenza, anche di merito, è orientata in modo pressoché consolidato nel ritenere che l'attività di direzione e di coordinamento si esplicita attraverso atti formali (quali, ad esempio, delibere, piani strategici ed industriali, atti di indirizzo *et similia*), ovvero attraverso atti informali (categoria nella quale si ricomprendono anche colloqui orali tra gli organi amministrativi delle società appartenenti al gruppo e comunicazioni tra gli stessi).[39]

Accade sovente che si verifichino degli illeciti penali commessi dalla *holding* nell'interesse o a vantaggio delle controllate o del gruppo e viceversa, soprattutto con riferimento ai reati tributari (che, occorre precisarlo, sono ricompresi all'interno del catalogo dei reati presupposto). La mancata regolamentazione di questo fenomeno, in maniera approfondita, all'interno del decreto legislativo 231/2001 costituisce di sicuro una lacuna normativa.[40]

Come è noto, il gruppo in sé non costituisce un soggetto giuridico indipendente, ma viene a costituirsi nel momento in cui si verifica, in capo ad una società (detta capogruppo) un'attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società collegate (anche società di fatto[41]); tali società costituenti il gruppo hanno l'onere di organizzarsi singolarmente e di darsi un assetto tale da preveni-

---

[38] L'art. 2497 *sexies* c.c. individua, quali presunzioni, le seguenti ipotesi: «[…]si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359.»; inoltre, con l'intervento del d.lgs. n. 37 del 2004 è stato introdotto l'art. 2497 septies c.c., il quale introduce un'ulteriore presunzione: «Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 2497 *sexies*, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti.».

[39] Si vedano, a tal riguardo le seguenti pronunce: Tribunale di Milano, 17 febbraio 2012, in *Le società*, 5/2012, p. 577; Tribunale di Milano (ord.), 20 marzo 2014, in *Le società*, 7/2014, p. 883; Tribunale di Mantova, sez. II, 16 ottobre 2014, in *Il fallimentarista*, 2015, con nota di F. GALLIO e M. DE BELLIS. Per riferimenti alla dottrina, si veda G. SBISÀ, in *Direzione e coordinamento di società: artt. 2497-2497 septies c.c.*, Milano, 2012, p. 28; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, in G. CIAN e A. TRABUCCHI, *Breviaria Iuris*, Padova, 2015, p. 1543 ss.

[40] L. FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, p. 255 parla di: «*lacuna estremamente rilevante e non agevolmente colmabile in via interpretativa*».

[41] A tal proposito si veda Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24943, in *Giustizia Civile Massimario 2019*.

re la commissione di reati ai sensi della normativa in esame. Non sarebbe possibile, ai fini dell'idoneità dei modelli organizzativi *ex* art. 6 ed art. 7 del decreto in esame, adottare ed attuare un unico modello organizzativo per il gruppo. Tutto quanto ciò detto è anche conseguenza del fatto che non esiste un vero e proprio rapporto di gerarchia tra organismo di vigilanza della controllante rispetto a quelli delle controllate. Infine, affinché un modello organizzativo possa essere ritenuto idoneo a prevenire la commissione di reati in favore di una qualsiasi persona giuridica è necessario che venga plasmato in concreto sulle specifiche aree di attività e di rischio che l'ente stesso si trova a dover fronteggiare.[42]

Con particolare riferimento alla responsabilità della *holding* è necessario precisare che non sarebbe ammissibile una responsabilità *tout court* per il solo fatto che un reato sia stato commesso da parte di una controllata; invero, in tale ipotesi si configurerebbe una responsabilità di natura oggettiva, in palese contrasto con il principio di cui all'art. 27 della Costituzione. Tale conclusione, ampiamente condivisa in dottrina[43], appare del tutto in linea con la circostanza in base alla quale ogni società del gruppo (pur essendo sottoposta all'attività di direzione e coordinamento da parte della *holding*) gode in una autonomia giuridica in senso soggettivo. Su tale aspetto è conveniente segnalare la tesi di Benussi, il quale ritiene che la *holding*, nell'ambito della predisposizione dei modelli organizzativi, debba prevedere con particolare attenzione una parte riferita all'attività di direzione e coordinamento e dei potenziali reati commessi in funzione di tale attività; inoltre, per aversi una responsabilità in capo alla capogruppo è necessario che per la commissione del reato siano state utilizzate risorse di natura economica, ovvero strumentale, della capogruppo stessa.[44] In giurisprudenza, al contrario, si riscontra un orientamento di segno opposto rispetto a quello della dottrina. Invero, la giurisprudenza ammette la configurazione di una responsabilità della

---

[42] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 93 ss.; A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, Torino, 2018, p. 87 ss.

[43] Su questo aspetto la dottrina è ampia; si segnalano: A. ALESSANDRI, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001, problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, p. 233 ss.; F.C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 e gruppi di società*, 2010, p. 171 ss.

[44] C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 341 ss.

capogruppo allorquando nel reato presupposto commesso nell'ambito di una controllata abbiano concorso soggetti per conto della controllante.[45] Sempre la giurisprudenza di legittimità ha provato a definire i requisiti in presenza dei quali è possibile ascrivere la responsabilità alla capogruppo nel caso in cui si verifichi un reato presupposto commesso nell'ambito di una società controllata; in questa sede appare utile riportare tali requisiti. Il primo di essi presuppone che il reato sia stato commesso in concorso tra un soggetto della controllata ed un soggetto che agisca per conto della controllante; il secondo requisito consiste nel fatto che anche la controllante abbia tratto un vantaggio da tale reato. L'aspetto più interessante emerge dal fatto che la Cassazione esclude qualsiasi possibilità di presunzione generica rispetto ad un interesse di gruppo, senza la prova in concreto dell'interesse apportato alla controllante.[46]

Un intervento da parte del legislatore, al fine di sanare la notevole lacuna, sarebbe auspicabile per almeno due ordini di motivi: il primo risponde alla necessità di dare la possibilità agli organi amministrativi delle società facenti parte di un gruppo di avere riferimenti normativi chiari e certi per la gestione del rischio penale d'impresa; in questo modo si potrebbero predisporre modelli organizzativi davvero idonei per lo scopo che devono perseguire. Il secondo motivo attiene alla limitazione della discrezionalità dell'organo giudicante e la limitazione dell'attivismo giudiziario. Alla luce di quanto appena detto, è evidente la situazione di incertezza che si verifica in tale ambito del diritto.

Meritano un particolare approfondimento anche le vicende modificative dell'ente e cioè a dire le operazioni di ingegneria societaria che comportano una modificazione strutturale dell'ente stesso; difatti, esse non possono essere la via

---

[45] Cass. pen., sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583, in *Cass. pen.*, 2011, 4236, con nota di T.E. EPIDENDIO; si veda, con riferimento al generale interesse del gruppo nella commissione di reati da parte delle controllate, a fondamento della responsabilità della *holding*: G.i.p. Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, c. 528; G.i.p. Tribunale di Milano, 14 dicembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, p. 539. La giurisprudenza sembra essere ondivaga, situazione che aggrava ulteriormente l'incertezza del terreno su cui ci si muove: Cass., sez. V, 8 novembre 2012, Unipol, n. 4324, essa afferma, invece, che la società capogruppo risponde laddove il soggetto agente (apicale o subordinato) ed esponente della controllata abbia perseguito un interesse che sia in qualche modo riconducibile alla controllante.

[46] Cass., sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316, in *Resp. amm. soc.*, n. 1/2017, p. 193.

di uscita che porti all'esclusione della responsabilità dell'ente e ad un aggiramento del principio di cui all'art. 27 comma 1 della Costituzione.[47] Per questo motivo, gli articoli 28 e seguenti del decreto 231/2001 si preoccupano di prevedere che le operazioni di trasformazione, fusione anche per incorporazione, scissione, cessione o conferimento di azienda e cancellazione non fanno venir meno la responsabilità amministrativa dipendente da reato. In quest'ottica, particolare attenzione è stata riservata alle vicende legate al fallimento; sulla questione, particolarmente dibattuta, sono intervenute anche le Sezioni Unite penali con la sentenza del 25 settembre 2014, relativa alla Curatela del fallimento di Uniland s.p.a., che hanno sottolineato, seppure in via incidentale, come il fallimento non sia propriamente una vicenda modificativa dell'ente dal punto di vista soggettivo e quindi non è assimilabile alle ipotesi di cui agli articoli 28 e seguenti del decreto 231/2001; il patrimonio dell'ente resta destinatario dei precetti della normativa sulla responsabilità penale amministrativa anche quando sia dichiarato il fallimento dell'ente stesso.

1.3. *Catalogo dei reati presupposto e criteri di imputazione.*

Affinché l'ente possa essere chiamato a rispondere della commissione di un reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio è necessario che questo sia ricompreso nel catalogo dei reati presupposto; esso è rintracciabile a partire dall'articolo 24 del d. lgs. 231/2001 fino ad arrivare all'articolo 25-*quinquiesdecies*. Tale catalogo, nel momento in cui il decreto stesso è stato emanato, era vistosamente più ridotto, essendo limitato alle ipotesi di cui agli articoli 24 e 25 del decreto legislativo n. 231 del 2001[48], ed è stato ampliato nel corso degli anni con successivi e distinti interventi normativi. In origine, infatti, il cata-

[47] M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 6 ss.

[48] Le originarie previsioni di illecito riguardavano una pletora di delitti dolosi in danno della Pubblica Amministrazione o delle Istituzioni europee; in particolare, le ipotesi delittuose riguardavano le fattispecie di malversazione a danno dello Stato o di altro ente pubblico o delle Comunità europee (di cui all'art. 316 *bis* c.p.), indebita percezione di erogazioni pubbliche o comunitarie (di cui all'art. 316 *ter* c.p.), corruzione (art. 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter* commi 1 e 2, 320, 321, 322, 322 *bis* c.p.) e concussione (art. 317 c.p.).

logo dei reati presupposto era limitato ad alcune delle ipotesi previste dalla legge delega n. 300 del 2000 e solo successivamente il legislatore è intervenuto per ampliare il catalogo stesso, estendendolo a fattispecie assai eterogenee di illecito penale. Le previsioni originarie, sulla scorta delle finalità indicate dalle normative comunitarie ed internazionali che hanno portato all'adozione del decreto stesso (*supra* § 1), riguardavano le ipotesi di indebita percezione di erogazioni pubbliche e di truffa ai danni dello Stato, nonché frode informatica ai danni dello Stato (art. 24) e i casi di concussione e corruzione (art. 25). Bisogna premettere che il catalogo dei reati presupposto è da intendersi tassativo e non suscettibile di estensione in via interpretativa; invero, è proprio l'art. 2 del decreto in esame a specificare che «l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto». Nel momento in cui si scrive, il catalogo dei reati presupposto previsti dal decreto oggetto di trattazione include i fatti di indebita percezione di erogazioni, truffa ai danni dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica ai danni dello Stato o di un ente pubblico (art. 24 del decreto 231/2001, d'ora in avanti, all'interno del paragrafo, si indicheranno solo gli articoli che debbono intendersi riferiti al decreto in esame), delitti informatici e trattamento illecito dei dati (art. 24-*bis*), i delitti di criminalità organizzata (art. 24-*ter*), i fatti di concussione, induzione indebita a dare o promettere altra utilità e corruzione (art. 25), i delitti di falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori in bollo e in strumenti o segni di riconoscimento (art. 25-*bis*), i delitti contro l'industria e il commercio (art. 25-*bis*), i reati in materia di società, consorzi e altri enti privati, compreso il delitto di corruzione tra privati previsti dalla normativa civile (art. 25-*ter*), i reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 25-*quater*), i fatti di mutilazione dei genitali femminili (art. 24-*quater*), i delitti contro la personalità individuale, tra cui il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 25-*quinquies*), i reati di abuso del mercato finanziario (art. 25-*sexies*), i reati di omicidio colposo e lesioni personali gravi e gravissime a seguito di viola-

zione delle normative antinfortunistiche e di tutela dell'igiene e della salute nei luoghi di lavoro (art. 25-*septies*), i delitti di ricettazione, riciclaggio ed autoriciclaggio (art. 25-*octies*), i delitti di violazione del diritto d'autore (art. 25-*novies*), di induzione a non rendere dichiarazioni o rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 25-*decies*), i reati ambientali (art. 25-*undecies*), il reato di impiego di lavoratori non comunitari irregolari sul territorio italiano (art. 25-*duodecies*), i reati di razzismo e xenofobia (art. 25-*terdecies*), i reati transnazionali previsti dalla legge n. 146 del 2006,i reati relativi alla filiera di produzione degli oli vergini di oliva previsti dalla legge n. 9 del 2013, i reati riguardanti la manipolazione di competizioni sportive (art. 25-*quaterdecies*) ed infine, con il c.d. "decreto fiscale" del 2020[49], si è introdotta la tanto discussa responsabilità dell'ente per i reati in materia tributaria (art. 25-*quinquiesdecies*).

Come si diceva poco sopra, solo i reati tassativamente indicati dalla legge possono far sorgere la responsabilità amministrativa dell'ente; risulta pertanto esclusa la possibilità di operare un'estensione delle fattispecie attraverso interpretazioni estensive, ovvero attraverso il collegamento alle fattispecie previste di fatti non previsti dal catalogo. La già citata sentenza della Corte di Cassazione Riva Fi.Re s.p.a. del 2013 ha a tale scopo ribadito che è esclusa la responsabilità dell'ente in relazione ai reati-fine di un'associazione per delinquere qualora questi non siano espressamente previsti dal catalogo di cui agli articoli 24 e seguenti del decreto legislativo 231/2001.

Per quanto riguarda il criterio geografico di commissione del reato presupposto bisogna sottolineare che vengono sanzionati i fatti commessi in Italia nell'interesse o a vantaggio dell'ente, con riferimento anche alla disciplina prevista dalla normativa penale sostanziale di cui all'art. 6 comma 2 c.p., ai sensi della quale si puniscono anche i fatti commessi all'estero se parte della loro commissione è avvenuta sul territorio italiano. Inoltre, sono puniti anche i fatti verificatisi all'estero se l'ente ha la sua sede principale in Italia. Particolare rilievo assume l'ideazione di reati in Italia, ma poi commessi interamente all'estero; in questa situazione, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che la respon-

[49] D.L. n. 124 del 2019.

sabilità amministrativa dell'ente sussiste anche se la condotta si è limitata, sul territorio italiano, alla mera ideazione dei delitti da compiersi all'estero.[50]

Affinché possa essere ascritta la responsabilità amministrativa all'ente è necessaria la compresenza di tre condizioni: in primo luogo è necessario che il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 5 del decreto in esame. Tale situazione rientra nei c.d. "criteri oggettivi" di imputazione; in secondo luogo, venendo ai c.d. "criteri soggettivi" di imputazione, è necessario che l'autore del reato presupposto sia una figura di vertice (art. 5 comma 1 lett. *a* del decreto), ovvero un soggetto sottoposto alla direzione o vigilanza dei soggetti di cui alla lettera *a* del citato articolo. Lo stesso articolo 5, al comma 2, prevede una causa di esclusione della responsabilità qualora il reato sia stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente o di un terzo; infine, è necessario che l'ente sia carente sul piano organizzativo a tal punto da non essere stato in grado di prevedere e quindi di prevenire la commissione del reato. A tal proposito, assume rilievo una importante decisione della Corte Costituzionale, la quale ha messo a fuoco questo terzo requisito, denominandolo "colpa organizzativa"[51] dell'ente. Tale pronuncia ha anche sottolineato come ci si trovi di fronte, per quanto riguarda l'illecito amministrativo dipendente da reato, ad una fattispecie complessa all'interno della quale il reato presupposto è solo uno degli elementi necessari alla sua configurazione. Gli ulteriori due elementi sono da individuarsi, come già si anticipava, nella qualifica soggettiva dell'ente e la sussistenza di un interesse o vantaggio dell'ente derivante dal reato commesso.[52]

Per quanto attiene ai reati presupposto appare necessario sottolineare come sia configurabile anche la forma del tentativo, secondo quanto previsto dall'art. 26 comma 1 del decreto 231/2001; in questa situazione, la stessa normativa, prevede la riduzione della sanzione da un terzo alla metà. Infine, risulta opportuno approfondire, ai fini anche del paragrafo che segue, l'aspetto

---

[50]Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 17385, Saipem s.p.a., in *www.giurisprudenzapenale.com*.

[51] M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 20-23.

[52] Corte cost., 9 luglio 2014, n. 218, Pres. Cassese, in *www.cortecostituzionale.it*.

dell'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto alla responsabilità dell'autore del reato presupposto; tale situazione è disciplinata dall'art. 8 del decreto l.gs. 231 del 2001. *Ivi* si prevede che l'ente risponda anche qualora l'autore del reato non sia stato identificato, ovvero qualora il reato si estingua per una causa diversa dall'amnistia. L'autonomia della responsabilità dell'ente appare doverosa, come già si anticipava *supra*, soprattutto perché sovente risulta difficile individuare l'autore del reato presupposto (si pensi, ad esempio, ai reati informatici), purtuttavia appare necessario sanzionare l'ente che ha tratto un indebito vantaggio proprio in funzione della commissione di un reato presupposto, il quale a sua volta è stato possibile a causa della carenza organizzativa desunta dalla mancata adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi. La stessa Relazione al decreto[53] ha sottolineato come l'aderenza al principio di autonomia della responsabilità dell'ente sia essenziale per garantire il funzionamento stesso della disciplina relativa alla responsabilità penale amministrativa, funzionamento che sarebbe stato reso vano in mancanza di tale previsione.

2. Il sistema sanzionatorio.

Il sistema sanzionatorio predisposto dal decreto 231/2001, in via generale, ha come finalità quella di colpire, e dunque reprimere, la percezione da parte dell'ente di un profitto ingiusto derivante dal reato commesso proprio nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso; inoltre, appare del tutto privo di dubbi il fatto che il sistema sanzionatorio di cui si sta discutendo risponda ad esigenze preventive ed apporti diverse premialità per valorizzare le condotte *post factum* messe in atto dall'ente in ottica riparatoria.[54]

---

[53] Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001, punto 4: «L'omessa disciplina di tali evenienze si sarebbe dunque tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la ratio complessiva del provvedimento. Sicché, in tutte le ipotesi in cui, per la complessità dell'assetto organizzativo interno, non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad un determinato soggetto, e ciò nondimeno risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà rispondere sul piano amministrativo: beninteso, a condizione che sia ad esso imputabile una colpa organizzativa consistente nella mancata adozione ovvero nel carente funzionamento del modello preventivo».

[54] R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002.

Secondo quanto previsto dalla l. delega 300 del 2000[55], tutte le sanzioni indicate nel d. lgs. 231 del 2001 debbono essere aderenti ai principi di effettività, proporzionalità e dissuasività in quanto mirano ad una funzione general-preventiva nei termini di dissuadere le condotte dirette a recare all'ente un ingiusto profitto derivante da reato[56] e ad una funzione special-preventiva in quanto mirano ad incidere sulla struttura organizzativa dell'impresa[57] nel senso che, *post factum*, è possibile per l'ente porre in essere condotte riparatorie e reintegratorie volte a ridurre la misura della sanzione pecuniaria, ovvero ad evitare l'applicazione delle ben più afflittive sanzioni interdittive.

Le sanzioni previste, secondo quanto prescrivono il principio di legalità e di riserva di legge a cui devono uniformarsi ai sensi dell'art. 2 del d. lgs. 231/2001, sono declinate all'art. 9 comma 1 dello stesso decreto; esse sono: la sanzione pecuniaria, la sanzione interdittiva, la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna.

2.1. *La sanzione pecuniaria.*

La sanzione pecuniaria trova applicazione in ogni caso di accertamento di illecito amministrativo dipendente da reato, secondo quanto previsto dall'art. 10 comma 3 del decreto); tale situazione fa emergere il carattere indefettibile della sanzione pecuniaria. Tuttavia, è lo stesso decreto ad individuare una deroga a questo principio e lo fa con il disposto dell'articolo 12, il quale individua i casi di riduzione della stessa. Essa viene ridotta nei tassativi casi *ivi* indicati e precisamente viene ridotta della metà (c.d. riduzione "secca") nei casi in cui, dal reato, l'ente non ha ricavato un vantaggio, ovvero ne ha ricavato un vantaggio di lieve entità e nei casi in cui il soggetto attivo ha agito nel suo prevalente interesse, ovvero nell'interesse di terzi; la seconda ipotesi prevista di riduzione della metà è rappresentata dalla circostanza in base alla quale il danno patrimoniale cagionato è di lieve entità. Al comma secondo del citato articolo si disciplinano i casi di

[55] Art. 11 comma 1 lett. *f* della l. delega n. 300 del 2000.
[56] G. DEMARZO, *Le sanzioni amministrative: pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in *Le Società*, n. 11/2001.
[57] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 197 ss.

riduzione della sanzione in commento da un terzo alla metà se, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, l'ente ha risarcito il danno integralmente e ha riparato le conseguenze dannose del reato, ovvero si è efficacemente adoperato in tal senso; la seconda ipotesi, che maggiormente interessa rispetto a quanto si diceva sopra, si verifica allorquando l'ente adotta, *post factum*, un modello organizzativo idoneo a prevenire illeciti della stessa natura di quello verificatosi. Tale situazione fa venire alla luce un profilo critico in quanto si richiede, ai fini della riduzione della sanzione pecuniaria, di prevenire la commissione di un illecito della stessa specie di quello verificatosi prima ancora che tale illecito sia effettivamente accertato dal giudice in via definitiva. Tale profilo collide chiaramente con il principio di non colpevolezza ex art. 27 della Costituzione. Infine, al comma 3 del citato articolo 12 troviamo un'ipotesi di riduzione dalla metà ai due terzi qualora si verifichino entrambe le ipotesi di cui al comma 1 e al comma 2.

La peculiarità della sanzione pecuniaria prevista dalla procedura penale amministrativa risiede nel fatto che essa è determinata per quote e non per somma; invero, il giudice deve primariamente fissare l'ammontare il numero di quote, che non può essere inferiore a 100 e superiore a 1000[58]. Tale determinazione viene operata considerando innanzitutto la gravità del fatto, tenendo conto dell'offesa recata sul piano oggettivo[59], inoltre deve tenere conto della responsabilità dell'ente in ordine all'adozione o meno dei modelli organizzativi, nonché della loro efficacia, ed infine accerta se sono state poste in essere condotte riparatorie o riorganizzative che possano giustificare un'eventuale riduzione della sanzione stessa. Operato questo primo passaggio di identificazione del numero di quote, il giudice procede alla loro valutazione monetaria seguendo i criteri detta-

---

[58] Art. 10 comma 2 d. lgs. 231/2001.

[59] G. DEMARZO, *Le sanzioni amministrative: pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, cit.; A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 200-204; M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., pp. 28-30; Tribunale di Milano, sez. X, 20 marzo 2007, My Chef, in *Giur. comm.*, 2009, II, con nota di F.C. BEVILACQUA, p. 495; Cass., sez. V, 16 luglio 2019, n. 38115, in *www.dejure.it*, con la quale la Suprema Corte stabilisce che, ai fini della quantificazione della pena pecuniaria ex art. 11 del d.lgs. 231/2001, il giudice debba valutare la gravità del reato ai sensi dell'art. 133 c.p. Si veda, inoltre, l'art. 11 del d.lgs. 231/2001.

ti dal comma 3 dell'articolo 10 del decreto in questione; nel fare ciò, deve tenere in considerazione la natura economica dell'ente, con particolare riguardo al criterio di gradualità della sanzione. L'applicazione della sanzione deve quindi tenere in considerazione la specifica e concreta situazione economica dell'ente e ciò proprio in ragione della variegata realtà economica delle imprese dello Stato italiano.[60] Del resto, non sarebbe immaginabile applicare la sanzione indipendentemente dalla natura e dalla capienza economica dell'ente destinatario; ciò sarebbe irrispettoso anche del principio di rieducazione della pena. Infatti, l'applicazione di una sanzione sproporzionata (al pari di quanto avverrebbe se si applicasse una pena sproporzionata a carico di un soggetto fisico) costituirebbe un abuso del sistema sanzionatorio, il quale non svolgerebbe più la sua primaria funzione di rieducazione e di reinserimento sociale, ma al contrario sarebbe un'eccessiva repressione.

2.2. *Le sanzioni interdittive.*

Le sanzioni interdittive, anch'esse previste dall'articolo 9 comma secondo del decreto in esame, risultano *ictu oculi* ben più afflittive della sanzione pecuniaria, motivo per cui possono essere applicate solo per i reati per i quali sono previste espressamente, ai sensi dell'art. 13 comma 1 del decreto. Invero, la loro applicazione comporta da un lato la paralisi dell'attività d'impresa e dall'altro la limitazione della capacità giuridica dell'ente destinatario della misura. A causa della loro portata particolarmente afflittiva ed incapacitante è anche previsto che l'applicazione delle sanzioni interdittive debba informarsi al requisito della proporzionalità applicativa, ossia colpire esclusivamente il ramo (o i rami) d'azienda che ha generato la commissione dell'illecito. Tale aspetto, come sottolinea giustamente Bernasconi, fa emergere l'aspetto dell'individualizzazione della sanzione interdittiva.[61] Dal punto di vista normativo, le sanzioni interdittive risultano essere: (i) l'interdizione dall'esercizio dell'attività, (ii) la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito,

[60] Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001.
[61] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 207 ss.

(iii) il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, (iv) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi e (v) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Per quanto attiene ai presupposti applicativi, con riferimento all'art. 13 del decreto, essi sono costituiti dalla circostanza che l'ente abbia tratto un profitto di notevole entità e che il reato sia stato commesso dai soggetti in posizione apicale, ovvero dai soggetti subordinati a condizione che però sia accertata una carenza organizzativa a carico dell'ente. L'altra condizione, alternativa rispetto alla precedente, è costituita dalla reiterazione dell'illecito amministrativo. Va sottolineato che le sanzioni interdittive non possono, in ogni caso, trovare applicazione nei casi previsti dal primo comma dell'art. 12. Qualora il giudice accerti la sussistenza di una delle due condizioni di cui si è detto è tenuto ad applicare la sanzione interdittiva, non residuando alcuno spazio in capo alla sua discrezionalità. Tale soluzione è stata prospettata, in materia di infortunistica sul lavoro, dalla nota sentenza Thyssen-Krupp.[62]

Proprio per l'afflittività di tali sanzioni interdittive, che possono essere applicate anche in via cautelare, e per la previsione della loro non applicazione nei casi previsti dall'art. 12 del decreto e nei casi in cui la società ponga in essere le condotte riparatorie di cui al successivo articolo 17, è possibile affermare senza alcun dubbio che la loro finalità sia di tipo special-preventivo.

Il nostro ordinamento giuridico in materia di sanzioni interdittive *ex* d.lgs. 231/2001 conosce anche la possibilità per il giudice di applicare le stesse in via definitiva, allorquando ricorrano le condizioni previste dall'art. 16 dello stesso decreto. Primariamente, occorre precisare che l'applicazione delle sanzioni interdittive in via definitiva è una facoltà rimessa alla discrezionalità del giudice; ciò emerge chiaramente dalla lettera dell'art. 16. Ciò premesso, occorre precisare quali siano le condizioni per poter applicare definitivamente una sanzione interdittiva; al primo comma è richiesta la compresenza di due condizioni, ovverosia l'aver tratto, da parte dell'ente, un profitto di rilevante entità a seguito del reato

[62] Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

e l'aver subito almeno tre condanne all'interdizione temporanea negli ultimi sette anni. Al comma secondo, invece, è prevista la possibilità per il giudice di applicare l'interdizione definitiva a contrattare con la pubblica amministrazione ovvero disporre il divieto di pubblicizzare beni e servizi quando l'ente è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni. Infine, al comma terzo si trova una misura che deve essere applicata dal giudice, senza quindi possibilità di scelta; tale caso è rappresentato dall'ente che è sistematicamente impiegato per commettere o agevolare il compimento di reati per i quali è prevista la sua responsabilità. In tale situazione è prevista anche un'ulteriore misura sfavorevole all'ente rappresentata dall'impossibilità di ricorrere alle misure riparatorie di cui all'art. 17 del decreto.

Infine, le sanzioni interdittive, alla luce della più volte richiamata portata altamente afflittiva, hanno una durata limitata nel tempo che la legge stabilisce in un minimo di tre mesi ed un massimo di due anni.

2.2.1. *Sanzioni interdittive e Terzo Settore: una premessa generale.*

Appare opportuno anticipare brevemente quanto verrà poi trattato di seguito (*infra* cap. IV); le sanzioni interdittive, per la loro natura incapacitante (*supra* § 2.2), non dovrebbero trovare applicazione nei casi in cui ci si trovi di fronte ad enti che svolgono attività di interesse generale. Già l'art. 15 comma 1 lett. *a* del d. lgs. 231 del 2001 impone al giudice di applicare, in luogo della sanzione interdittiva - laddove ne ricorrano i presupposti – il commissariamento giudiziale dell'ente; ciò al chiaro scopo di permettere la prosecuzione dell'attività che sia sussumibile in un servizio pubblico o di pubblica necessità. Da tale previsione dovrebbe potersi desumere, senza troppe difficoltà, che agli enti del Terzo Settore che per definizione svolgono attività di interesse generale, non si debbano applicare mai le sanzioni interdittive.

Tale previsione, tuttavia, non è contenuta all'interno del d. lgs. 117 del 2017 noto come Codice del Terzo Settore. Pertanto, spetterebbe al giudice individuare nel caso concreto la tipologia di attività svolta dall'ente ed eventual-

mente applicare il commissariamento giudiziale in luogo delle sanzioni interdittive. Ciò che lascia qualche dubbio è la definizione di pubblico servizio e di pubblica necessità. In tale definizione rientrano sicuramente, per la loro stessa natura, le attività concernenti il servizio sanitario di emergenza-urgenza, il trasporto disabili e tutte quelle attività che ruotano attorno al settore sanitario e di cura della persona. Non si comprende il motivo per cui sia stata omessa una previsione *ad hoc* all'interno del Codice del Terzo Settore. Di queste problematiche e delle possibili soluzioni, tuttavia, si tratterà nel capitolo dedicato.

2.3. *Il commissariamento giudiziale dell'ente.*

Il commissariamento giudiziale dell'ente permette di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive nei casi tassativamente indicati dalle lettere *a* e *b* del comma 1 dell'articolo 15 del decreto in esame. Tale previsione consente di evitare la paralisi dell'attività di quegli enti che svolgono un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità, ovvero quando l'interruzione dell'attività dell'ente comporti rilevanti ripercussioni sull'occupazione. La previsione è del tutto coerente con la finalità preventiva su cui si impernia l'intera disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato. Il commissariamento giudiziale fa però emergere un profilo critico che attiene alla discrezionalità del giudice in merito ai poteri da conferire al commissario giudiziale da lui nominato; invero, come sancito dal comma 2 del citato articolo 15, spetta al giudice definire i poteri del commissario giudiziale in riferimento all'attività svolta dall'ente destinatario della misura. Tale situazione è critica sotto il profilo del principio di legalità in quanto rimette alla totale discrezionalità del giudice la decisione in merito all'attività del commissario che giocoforza incide in maniera sensibile sullo svolgimento dell'attività economica privata, peraltro tutelata a livello costituzionale dall'art. 41 Cost. Anche di tale argomento, tuttavia, si discuterà più approfonditamente nel capitolo IV.

2.4. *Le altre sanzioni: brevi cenni.*

Nel novero delle sanzioni previste dal decreto legislativo 231 del 2001 troviamo, infine, la pubblicazione della sentenza di condanna e la confisca.

La pubblicazione della sentenza di condanna, come può facilmente intuirsi dalla lettura dell'art. 18 del decreto, è una sanzione accessoria rispetto all'applicazione di una sanzione interdittiva. Ciò impedisce al giudice di applicare la sanzione della pubblicazione della sentenza di condanna in via autonoma rispetto alle altre sanzioni. L'altra evidente caratteristica di tale sanzione è la sua applicazione discrezionale da parte del giudice. Lo scopo della pubblicazione della sentenza di condanna è quello di portare a conoscenza il *quisque de populo* dell'avvenuta condanna dell'ente per una sua responsabilità derivante da reato. È del tutto evidente il carattere stigmatizzante della sanzione in esame, soprattutto sotto il profilo dell'immagine dell'ente.[63] Per tale motivo è da considerarsi come una sanzione accessoria da disporsi solo nei casi di particolare gravità del fatto.

L'ultima sanzione che appare opportuno trattare in questa sede è la confisca, prevista dall'art. 19 del decreto in esame. Il carattere principale di tale sanzione è la sua applicazione automatica a seguito della pronuncia della sentenza di condanna. Lo scopo precipuo della confisca è quello di rimuovere dalla disponibilità dell'ente il prezzo o profitto conseguiti illecitamente a seguito della commissione del reato. Inoltre, è possibile, qualora il prezzo o il profitto del reato non siano individuabili, procedere alla confisca per equivalente. È doveroso sottolineare che anche la confisca per equivalente è una misura che si deve applicare, in assenza della possibilità di applicare la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato, in via automatica da parte del giudice.[64] La sanzione della confisca è applicata anche nei casi in cui è prevista la sospensione o la non applicazione delle altre sanzioni di cui si è detto; difatti, essa è prevista, ad esempio, anche nei

[63] C. PIERGALLINI, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010.
[64] Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Curatela Fallimento Uniland s.p.a., in *dirittopenalecontemporaneo.it*.

casi menzionati dall'art. 17 del decreto e nei casi in cui l'attività prosegua sotto la direzione del commissario giudiziale. Di sicuro, dal punto di vista economico, è possibile affermare che la confisca è la sanzione maggiormente incisiva per la vita dell'ente, soprattutto perché svincolata dalla possibilità di evitarla attraverso i tradizionali canali previsti dal decreto legislativo di cui si sta trattando.

Dei profili problematici che la confisca, sia diretta che per equivalente, può comportare se ne discuterà *infra* nel capitolo IV del presente elaborato.

PARTE SECONDA

IL D. LGS. 231/2001 E GLI ENTI DEL TERZO SETTORE

3. **Applicabilità del d. lgs. 231 del 2001 agli Enti del Terzo Settore.**

In riferimento all'applicabilità del decreto in esame agli Enti del Terzo Settore esistevano, soprattutto in forza dell'assenza di un'apposita disciplina intervenuta solo con il d. lgs. 117 del 2017, diversi profili di dubbio. Invero, mancando una normativa *ad hoc* era sorto il dubbio, soprattutto in dottrina[65], se fosse possibile applicare la normativa della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato anche agli enti privatistici privi di fini di lucro ed alle ONLUS, oggi ricompresi nella denominazione Enti del Terzo Settore, in quanto privi del requisito della economicità dell'attività svolta.[66] Per comprendere più a fondo la natura del problema, occorre preliminarmente focalizzare l'attenzione sulla natura degli Enti del Terzo Settore.

3.1. *Breve introduzione agli Enti del Terzo Settore.*

All'interno del panorama sociale italiano è ben radicato a livello storico il fenomeno delle organizzazioni private che svolgono attività non lucrativa con fini solidaristici. La presenza di tali organizzazioni, a livello storico-culturale, è strettamente legata all'attività della Chiesa cattolica e alle sue opere di carità

---

[65] Dubbio risolto nel senso dell'applicabilità della disciplina in esame agli enti del Terzo Settore. Si vedano: M. SCOLETTA, *In tema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 ed enti privatistici senza fine di lucro (ONLUS)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 27 luglio 2011; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 35; L. ANDRETTA, *L'applicazione del D.lgs. 231/2001 agli Enti del Terzo Settore e agli organismi di formazione. Novità e prospettive, anche alla luce del nuovo «Codice appalti»*, in *www.rivista231.it*; A. SANTUARI, *Il "modello 231" negli enti del Terzo settore – D.lgs. n. 112 e 117/2017*, in *www.personaedanno.it*, 2018; C. MANACORDA, *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale: presenze del D.Lgs. 231/2001 e aspetti problematici di applicazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2018, n.1, p. 123.

[66] M. SCOLETTA, *In tema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 ed enti privatistici senza fine di lucro (ONLUS)*, cit.

(assai risalenti nel tempo, si può dire fin dalla nascita della Chiesa stessa). Inoltre, a partire dall'Ottocento, si riscontra una seconda forma di attività gratuita e senza fini lucrativi, legata questa volta alla classe operaia di ispirazione socialista.[67] Le prime regolamentazioni, a livello normativo, di questo fenomeno risalgono alla seconda metà dell'Ottocento; il primo intervento, di natura repressiva nei confronti della Chiesa cattolica, lo si rinviene con due regi decreti. Il primo è il numero 3036 del 7 luglio 1866 con il quale si mise in atto la soppressione delle congregazioni e degli ordini religiosi. Il secondo intervento si ebbe con il regio decreto 3848 del 15 agosto 1867, attraverso il quale si dispose la confisca dei beni degli enti religiosi. Tuttavia, l'intervento normativo che cercò di regolamentare in maniera compiuta il fenomeno delle opere senza fini di lucro, lo si ebbe nell'anno 1890 quando, con la legge Crispi si istituirono gli Istituti Pubblici di Beneficenza, poi divenuti, in forza del regio decreto n. 2841 del 1923, Istituti Pubblici di Assistenza e Beneficenza. Tali organismi avevano come scopo quello di portare assistenza in diversi settori della società civile particolarmente sensibili.[68] Con l'intervento del Codice Civile del 1942 le attività tipicamente svolte dagli attuali enti del Terzo settore erano messe in atto da parte di fondazioni ed associazioni di natura para-pubblicistica, le quali venivano controllate nel loro operato da parte dell'amministrazione dello Stato. Tale situazione era chiaramente figlia dello stato fascista, il quale ripudiava, *de facto*, interventi esterni per sopperire a mancanze, seppur non esplicitamente riconosciute, dell'apparato statale centrale. Un periodo di sicura svolta per il c.d. Terzo Settore interviene a partire dagli anni Ottanta del secolo Ventesimo grazie all'importante privatizzazione conseguente alla crisi economica statale che rendeva insostenibile la spesa pubblica.[69] Il processo di privatizzazione ha permesso, dunque, la nascita di nu-

---

[67] La documentazione a cui si è fatto riferimento è disponibile on-line su www.socialnews.it, dominio di Rai Segretariato Sociale.

[68] L'art. 1 lettera l. n. 6972 del 17 luglio 1890 recita: «a) prestare assistenza ai poveri, tanto in stato di sanità quanto di malattia; b) di procurarne l'educazione, l'istruzione, l'avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico.».

[69] S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, p. 579 ss.; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto* in *Diritto Amministrativo*, vol. 7, 1999.

merosissimi enti senza scopo di lucro in settori nevralgici della società civile quali la cultura, lo sport, la sanità, l'intrattenimento, l'assistenza ai più deboli e la tutela dell'ambiente. Tale vera e propria esplosione degli enti senza fini di lucro ha fatto sì che lo Stato intervenisse in loro sostegno attraverso una serie di agevolazioni, anche di natura fiscale, in modo da promuovere la crescita di questo settore. Tuttavia, non si può mancare di sottolineare come l'intervento del legislatore nazionale sia stato atomistico e poco lungimirante in quanto ha messo in atto una confusa stratificazione normativa, come del resto è solito fare in quasi tutti i settori dell'ordinamento giuridico, che ha reso pressoché impossibile una lettura uniforme e sistematica del fenomeno.

Fino all'introduzione del d. lgs. 117 del 2017, il quale ha portato con sé la definizione di enti del Terzo settore, trovavano spazio diverse diciture tra le quali troviamo "enti non profit", "imprenditoria sociale", "economia sociale" ed infine "Terzo Settore". La dicitura Terzo Settore trova fondamento nella "posizione intermedia" tra il mercato dei beni e dei servizi e Pubblica Amministrazione. L'intervento del privato in ambito sociale trova giustificazione anche a livello costituzionale *sub* art. 118, laddove si disciplina il principio di sussidiarietà. Da tale principio ne discende che anche i soggetti privati sono legittimati a perseguire interessi generali, anche di natura integrativa rispetto a quelli riservati alla pubblica amministrazione.[70]

Risulta doveroso sottolineare come le attività svolte dagli enti che appartengono al Terzo settore sono disciplinate, in via quasi prevalentemente esclusiva, dal legislatore statale in quanto inerenti all'ordinamento civile; ciò in quanto gli enti operanti all'interno del Terzo settore sono configurabili come soggetti privati.[71]

È già stato sopra sottolineato come l'intervento del legislatore nella materia che riguarda il Terzo settore sia stato frammentario ed atomistico, situazione che ha inevitabilmente portato con sé una notevole incertezza normativa e una

[70] Corte Cost., 9 marzo 1998, n. 50, Pres. Granata e, nello stesso senso, Corte Cost., 24 settembre 2003, n. 301, Pres. Chieppa, entrambe in *giurcost.org*.
[71] E. ROSSI, *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004; L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005.

seria difficoltà di orientamento per gli operatori del settore. Da tale incertezza è emersa la contingente necessità di un intervento uniforme ed organico al fine di riordinare un settore assai considerevole dell'ordinamento giuridico italiano. A tale scopo è intervenuta la legge delega n. 106 del 6 giugno 2016, la quale ha dato delega al Governo di redigere il Codice del Terzo Settore in ottica di semplificazione e armonizzazione del sistema previgente. Il decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017 ha introdotto, per la prima volta, il Codice del Terzo Settore nell'ordinamento giuridico italiano. Un fondamentale contributo apportato dal nuovo codice è sicuramente quello riguardante la definizione degli enti del Terzo settore (E.T.S.); a ciò si aggiungono apposite norme finalizzate, *inter alia*, ad armonizzare la disciplina fiscale loro applicabile, all'introduzione di una procedura più snella per l'acquisizione della personalità giuridica per associazioni e fondazioni, all'istituzione di un registro unico nazionale del Terzo settore e all'introduzione di sistemi di controllo e vigilanza all'interno degli enti stessi, al fine di garantirne l'operato *secundum legem* ed al fine di prevenire sviamenti di attività rispetto al fine solidaristico-sociale che li caratterizza. L'introduzione dei sistemi di controllo e vigilanza si è resa necessaria anche in forza del fatto che gli enti del Terzo settore sono sovente destinatari di erogazioni pubbliche che permettono loro di perseguire i fini di utilità sociale e di pubblico interesse. Tale circostanza impone, dunque, un controllo assai incisivo, anche in ottica di trasparenza rispetto alla loro attività e alla gestione delle erogazioni. Non sarebbe difatti immaginabile rimettere la gestione di danaro pubblico esclusivamente al soggetto privato in assenza di controlli.

3.2. *La situazione ante introduzione del Codice del Terzo Settore: il caso delle ONLUS.*

Come già si anticipava *supra*, la normativa vigente prima dell'intervento del Codice del Terzo settore era caratterizzata da una forte incertezza e da diffusa frammentarietà; ciò ha inevitabilmente portato con sé il formarsi di dubbi circa l'applicabilità della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato, soprattutto in riferimento alla tipologia di attività svolta

dalle ONLUS. Invero, le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, che erano disciplinate, prima dell'introduzione del d. lgs. 117 del 2017, dal d. lgs. 460 del 1997 avevano come caratteristica, ora mantenuta, quella di operare in settori il cui scopo era il perseguimento di interessi di carattere generale. Difatti, i settori tradizionali in cui le ONLUS operavano, ed operano tutt'ora, sono settori che si trovano al limite, spesso incerto, tra attività privatistica ed attività pubblica finalizzata al soddisfacimento di interessi primari della persona e della società più in generale. Tale argomentazione è facilmente sostenibile leggendo la lettera dell'art. 10 del d. lgs. 460 del 1997: *ivi* si definiscono come ONLUS quelle fondazioni, associazioni, comitati, società cooperative ed altri enti di diritto privato che hanno come oggetto, previsto dallo statuto o dall'atto costitutivo, lo svolgimento di attività in sensibili settori della società civile. A scopo meramente esemplificativo e senza pretesa di completezza, si indicano i settori maggiormente rilevanti in cui le ONLUS si trovano ad operare: tra questi si annoverano il settore dell'assistenza sociale, sociosanitaria e sanitaria, il settore dell'istruzione, della beneficienza e della promozione culturale, la tutela dei diritti civili e, più in generale, la solidarietà sociale. Appare del tutto evidente che tali settori rientrano nella competenza del legislatore nazionale e/o regionale, tuttavia per l'impossibilità da parte dell'apparato statale di far fronte alla gestione di questi assai complessi settori, si prevede la possibilità di intervento di soggetti privati all'uopo costituiti.

Proprio il labile confine tra sfera privata e sfera pubblica di cui si diceva prima ha portato sia la dottrina che la giurisprudenza ad interrogarsi, dall'anno di entrata in vigore del d. lgs. 231 del 2001, fino all'entrata in vigore del Codice del Terzo Settore, sull'applicabilità della responsabilità *ex crimine* prevista dal d. lgs. 231/2001 alle ONLUS e, più in generale, agli enti che svolgono attività senza fini lucrativi.

Se è vero che i dubbi circa l'applicabilità della normativa in questione nascono dalla specifica attività svolta dagli enti *non profit*, è del pari vero che gli stessi enti *non profit* esercitano attività del tutto eterogenee tra loro ed è, pertanto, impossibile condurre il discorso da un unico angolo visuale. Invero, occorre

analizzare gli specifici settori in cui gli enti *non profit* si trovano ad operare. Non vi sono dubbi sull'applicabilità della normativa in esame a quegli enti che, seppur *non profit*, esercitano attività che non si possono considerare, per la loro stessa natura, attività di carattere essenziale. Rientrano in questa categoria, ad esempio, gli enti sportivi dilettantistici, ovvero gli enti di promozione culturale. Al contrario, associazioni di volontariato che operano nel settore sociosanitario e sanitario non possono certo essere equiparate ai suddetti enti. Tali enti, se colpiti dalle sanzioni tipiche del d. lgs. 231/2001, rischierebbero di non poter più assicurare alla cittadinanza un servizio essenziale, quale potrebbe essere, ad esempio, il soccorso sanitario di emergenza-urgenza (noto come servizio di 118 o 112 in talune realtà nazionali). In questi casi, il discorso si fa più profondo in quanto vengono in rilievo valori costituzionali fondamentali, primo fra tutti il diritto alla salute tutelato dall'art. 32 della Carta Costituzionale[72].

Si può tuttavia anticipare che, in ogni caso, bisogna tenere a mente il fondamentale principio di bilanciamento degli interessi quando si analizzano situazioni piuttosto complesse; se da un lato è opportuno tutelare gli interessi costituzionalmente garantiti, d'altra parte è necessario anche valutare gli effetti dannosi che possono derivare alla comunità e allo Stato a seguito della commissione dell'illecito da parte dell'ente *non profit*. Anche ai fini di tutela dell'affidamento della popolazione nella corretta efficacia dei servizi primari ad essa rivolti e per evitare che vi sia un uso distorto delle finanze pubbliche (situazione chiaramente intollerabile), è necessario che anche gli enti del Terzo Settore siano sottoposti alla responsabilità amministrativa dipendente da reato. Tale conclusione è avallata da diversi ordini di motivi; innanzitutto è necessario garantire la sorveglianza degli enti privatistici che si trovano ad operare in settori particolarmente sensibili utilizzando danaro erogato dallo Stato. Inoltre, leggendo anche il tenore letterale del decreto in esame, in particolare dell'art. 1, non si possono escludere dal campo di applicazione quegli enti che il legislatore non ha espressamente previsto nelle zone escluse (in ossequio al principio *ubi lex voluit dixit ubi noluit non dixit*); si può eventualmente ritenere che ci si trovi nell'ambito delle zone

[72] Per un approfondimento di questo tema si vd., *infra*, cap. IV.

grigie. Infine, con l'intervenuta normativa apportata dal d. lgs. 117 del 2017 non possono restare dubbi circa l'applicabilità della responsabilità amministrativa dipendente da reato agli enti del Terzo Settore. Possono permanere, e a parere di chi scrive permangono, dubbi riguardo alle modalità di applicazione della disciplina del decreto legislativo 231 del 2001 a quelle particolari categorie di enti solidaristici che operano in settori "sensibili" della società civile. Anche di questi aspetti, tuttavia, se ne discuterà nel dedicato capitolo IV.

3.2.1. *Analisi della principale dottrina.*

Rispetto all'applicabilità della disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato nei confronti degli enti che non hanno finalità lucrative si possono riscontrare due distinti orientamenti dottrinali. Il primo orientamento propende per la non applicabilità della disciplina in esame a quegli enti che siano sprovvisti del requisito di economicità e quindi del c.d. "carattere imprenditoriale" che sarebbe necessario per applicare la disciplina del d. lgs. 231/2001. Difatti, secondo tale orientamento, tutto il sistema disciplinato dal decreto in esame ruoterebbe attorno a tale carattere imprenditoriale, in assenza del quale non sarebbe possibile applicare la disciplina stessa.[73] Tuttavia, tale orientamento dimentica probabilmente il tenore letterale della normativa che si sta esaminando; il legislatore non ha esplicitamente escluso l'applicabilità della disciplina agli enti *non profit* né tale esclusione si può ricavare dalla finalità stessa della disciplina in esame; infatti, lo stesso comma 3 dell'art. 1 del decreto l. vo 231/2001 richiede, per l'esclusione, che non ci sia l'economicità solo per gli enti pubblici e non anche per tutti gli altri enti assoggettati alla disciplina. Sia per la massiva presenza di enti *non profit* nel tessuto sociale italiano, sia per la loro esposizione al rischio di commissione di svariati reati nei confronti della pubblica amministrazione (tra tutti la corruzione), nei confronti delle persone più deboli e anche per via della gestione da parte degli enti stessi di erogazioni pubbliche non può non trovare applicazione la disciplina del d l. lgs. 231/2001 finalizzata innanzitutto alla pre-

[73] O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 35.

venzione (e non primariamente alla repressione) del rischio penale legato all'attività degli enti. Appare del tutto condivisibile la tesi sostenuta da Scoletta[74] che, oltre a ribadire quanto già detto in merito al requisito dell'economicità e del tenore letterale della normativa, introduce ulteriori elementi che fanno propendere per l'applicazione della normativa in esame anche agli enti *non profit* ed in particolare alle ONLUS. Egli sostiene che i criteri oggettivi di imputazione, ossia l'interesse e il vantaggio per l'ente non abbiano una «caratterizzazione normativa in senso patrimonialistico» e per questo motivo non si può condividere la tesi dell'economicità come requisito applicativo della normativa *de qua*. Inoltre, sostiene sempre Scoletta, il legislatore ha incluso nel catalogo dei reati presupposto anche alcune fattispecie che nulla hanno a che vedere con l'aspetto economico-patrimoniale dell'illecito, ad esempio le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili o dei delitti con finalità di terrorismo ed eversione dell'ordine democratico; tale circostanza dimostra chiaramente che non si possa incentrare il sistema del d. l. vo 231/2001 solo sull'imprenditorialità e sul requisito economico-patrimoniale. Tale tesi appare quindi condivisibile e sorretta da forti motivazioni di ordine sia normativo che di ordine logico-sostanziale. Ad ulteriore sostegno dell'applicabilità della disciplina relativa alla responsabilità *ex crimine* di cui al d. lgs. 231 del 2001 anche agli enti del Terzo Settore, si riporta la tesi sostenuta da Andretta[75], il quale sostiene che la disciplina di cui al d. lgs. 231/2001, che mira a prevenire la commissione di reati che abbiano un «movente economico-finanziario», sia pienamente compatibile con gli enti senza scopo di lucro in quanto anche essi «concorrono a creare utilità ai soggetti che operano nell'ambito della loro organizzazioni (ancorché non attraverso la redistribuzione di utili». Si segnala anche il contributo di Santuari[76], il quale (pur attraverso ar-

---

[74] M. SCOLETTA, *In tema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 ed enti privatistici senza fine di lucro (ONLUS)*, cit.

[75] L. ANDRETTA, op. cit.

[76] A. SANTUARI, *Il "modello 231" negli enti del Terzo settore – D.lgs. n. 112 e 117/2017*, cit.; egli sostiene che: «l'estensione delle disposizioni in materia di responsabilità amministrativa degli enti alle organizzazioni *non profit* è giustificata non soltanto dal tenore letterale della norma, ma anche dal fatto che il variegato mondo del *non profit* ricorre sempre più frequentemente all'esercizio di attività imprenditoriale che, nonostante il presunto carattere strumentale, diviene economicamente rilevante.».

gomentazioni differenti) perviene alla stessa conclusione della dottrina sin qui segnalata. Infine, trattando di interesse e vantaggio conseguito dall'ente a seguito della commissione del reato presupposto, si segnala il contributo di Manacorda; egli ritiene che, muovendo da una argomentazione simile a quella riportata *supra* di Scoletta, il vantaggio e/o l'interesse, richiesto dall'art. 5 del decreto 231 del 2001, non deve avere obbligatoriamente una «caratterizzazione esclusivamente economica», in quanto può sussistere anche con riferimento a fattispecie di reato (rientranti nel catalogo dei reati presupposto) che non hanno alcuna natura economica.[77] Tale tesi appare condivisibile anche se, con riferimento alle fattispecie di reato commesse in violazione della normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro (e da cui conseguono lesioni gravi o gravissime o addirittura la morte) è ben possibile riscontrare una caratterizzazione economica. Invero, in queste situazioni il vantaggio conseguito dall'ente consiste in una mancata spesa per l'adozione di tutte le misure necessarie ed idonee a prevenire infortuni sui luoghi di lavoro.

3.2.2. *La prima applicazione giurisprudenziale del d. lgs. 231 del 2001 ad una ONLUS: la sentenza del 22 marzo 2011 del Tribunale di Milano.*

La sentenza del 22 marzo 2011 pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano costituisce la prima applicazione giurisprudenziale della responsabilità amministrativa dipendente da reato nei confronti di una ONLUS, che si colloca all'interno di un panorama giurisprudenziale pressoché inesistente. Tuttavia, bisogna subito precisare che la sentenza in esame ha riconosciuto che la ONLUS era tale solo da un punto di vista formale, ma non anche da un punto di vista sostanziale. Invero, l'Associazione di Pubblica Assistenza al centro del giudizio si celava dietro tale denominazione per svolgere in realtà un'attività economica finalizzata all'ottenimento di danaro pubblico per

[77] C. MANACORDA, *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale: presenze del D.Lgs. 231/2001 e aspetti problematici di applicazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 123 ss., *ivi*, si trovano, quale esempio di fattispecie di reato a caratterizzazione non economica, i reati di omicidio colposo, ovvero i reati di lesioni gravi o gravissime.

scopi estranei all'oggetto per cui era stata costituita. Nel caso sottoposto alla cognizione del g.u.p. di Milano la finta associazione non lucrativa, dissimulando il suo reale *status* otteneva mediante artifizi e raggiri erogazioni pubbliche che venivano poi utilizzate dal presidente, nonché legale rappresentante, della stessa per giocare d'azzardo al casinò e per altri scopi personali del tutto avulsi dall'attività che avrebbe dovuto svolgere l'associazione da lui presieduta. Il giudice, ritendendo che le condotte in esame configurassero il reato di truffa e di peculato, entrambi facenti parte del catalogo dei reati presupposto, ha applicato la pena ex art. 444 c.p.p. all'imputato persona fisica e anche le sanzioni interdittive previste dal d. lgs. 231/2001 in quanto l'associazione, che *de facto* esercitava attività di natura imprenditoriale in ambito sanitario, non si era dotata e non aveva efficacemente attuato i modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di reati nel suo interesse ed a suo vantaggio.

Tale pronuncia in realtà non costituisce una novità per quello che attiene ai problemi di cui si sta trattando in quanto l'associazione colpita dalle sanzioni previste dal d. lgs. 231/2001 era solo apparentemente una ONLUS, pertanto il giudice ha correttamente individuato in concreto la vera natura della persona giuridica ed ha applicato di conseguenza le conseguenti sanzioni. Pertanto, tale pronuncia non aggiunge nulla di nuovo a quanto già si diceva *supra* in merito all'applicabilità della disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato agli enti *non profit*.

3.3. *Introduzione del Codice del Terzo Settore: risoluzione dei dubbi?*

L'introduzione del Codice del Terzo Settore avvenuta con il d. lgs. 117 del 2017 ha apportato notevoli cambiamenti e novità; tra di esse primeggia sicuramente la specifica previsione secondo la quale l'Organo di Controllo dell'ente è tenuto, *inter alia*, a vigilare sull'osservanza delle disposizioni contenute nel decreto dell'8 giugno 2001 n. 231, qualora applicabili, e sull'adeguatezza e corretto funzionamento dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'ente

stesso.[78] Bisogna subito sottolineare come la dicitura "qualora applicabili" non risolve tutti i dubbi che sussistevano anche prima dell'introduzione del Codice del Terzo Settore, tuttavia l'espresso richiamo alla disciplina contenuta nel d. lgs. 231/2001 indica la precisa volontà del legislatore di includere espressamente gli enti del Terzo Settore nel novero dei soggetti destinatari. Bisogna inoltre aggiungere che nello stesso anno di introduzione del Codice del Terzo Settore, la riforma attuata dal legislatore ha previsto anche l'introduzione del d. lgs. 112/2017; tale norma si riferisce all'esercizio dell'impresa sociale, la quale condivide gli scopi solidaristici e privi di fini di lucro con gli enti appartenenti al Terzo Settore. Anche in tale decreto legislativo è possibile rinvenire un richiamo diretto, *sub* art. 10 comma 1, alla disciplina del d. lgs. 231 del 2001 laddove si prevedono i compiti dei sindaci delle imprese sociali. Tale articolo è del tutto simile al già *supra* citato articolo 30 comma 6 del d. lgs. 117 del 2017.

Appare chiaro, dunque, che l'adozione del c.d. "sistema 231" sia necessaria, ed anzi doverosa, per quegli enti che siano caratterizzati da una struttura particolarmente complessa e che si trovano sensibilmente esposti alla potenziale commissione di reati nel loro interesse o a loro vantaggio. Difatti, ciò che la normativa mira ad attuare è un efficace controllo interno in ottica squisitamente preventiva, *ratio* dell'intera normativa in materia di responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato.

Tuttavia, ciò che i decreti legislativi n. 112 e n. 117 del 2017 non risolvono sono le modalità applicative della disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato, eccezion fatta per il commissariamento giudiziale dell'ente; su tale questione e sulle possibili soluzioni ci soffermeremo analiticamente nel Capitolo IV.

4. **Le linee guida ODCEC ed ANAC: rinvio.**

Ben prima dell'introduzione del Codice del Terzo Settore e della disciplina in materia di impresa sociale, vennero emanate diverse linee guida ad opera di

[78] Art. 30 comma 6 d. lgs. 117 del 2017.

organi sia pubblici che privati per sostenere l'opportunità dell'adozione, da parte degli enti *non profit*, del c.d. "modello 231" al fine di prevenire la possibile sottoposizione alle sanzioni previste dal decreto di cui si sta discutendo. Nelle more dell'intervento del legislatore, sia l'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (ODCEC)[79] che l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)[80] hanno emanato linee guida per indirizzare sia gli enti *non profit* ad adeguarsi al "modello 231" sia per guidare la P.A. nelle procedure di affidamento di servizi agli enti *non profit*. La definizione di linee guida lascia trasparire in maniera limpida la finalità persuasiva, ma non vincolante delle disposizioni in esse contenute. Difatti, anche per quanto riguarda le linee guida ANAC, non è possibile rinvenire al loro interno delle disposizioni prescrittive che abbiano pari valore rispetto alle previsioni legislative. È necessario aggiungere che attenersi alle linee guida nella redazione dei modelli organizzativi non ne fa discendere la loro automatica idoneità, ciò in quanto essa deve essere verificata dal giudice in concreto rispetto all'illecito che si è verificato. Al più, attenersi alle linee guida può far presumere una loro idoneità in astratto.[81]

[79] *Il modello 231/2001 per gli enti no profit: una soluzione per la gestione dei rischi*, in *www.odcec.mi.it*, ottobre 2012.
[80] Delibera ANAC n. 32 del 20 gennaio 2016.
[81] Per una dettagliata trattazione in merito alle linee guida ANAC ed ODCEC, si veda *infra*-Cap. III.

CAPITOLO SECONDO

GLI ENTI DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO:1. Introduzione generale. 1.1. Definizione giuridica di Terzo Settore. 1.2. Gli enti del Terzo Settore. 1.2.1. Atto costitutivo, statuto e personalità giuridica. 1.2.2. I principi generali degli enti del Terzo Settore. 1.2.3. L'interesse generale perseguito dagli enti del Terzo Settore. 1.2.4. L'attività di volontariato. 1.2.5. Attività. 1.3. Il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore. 2. La *governance* degli enti del Terzo Settore. 2.1. L'assemblea e le sue competenze inderogabili. 2.2. L'organo amministrativo. 2.3. L'organo di controllo. 2.4. L'organismo di vigilanza. 2.5. Revisione legale dei conti: breve cenno. 2.6. I controlli esterni. 3. I rapporti tra il Terzo Settore e la Pubblica Amministrazione. 3.1. La convenzione. 3.1.1. Convenzioni e gare d'appalto: un breve sguardo.

1. Introduzione generale.

Il legislatore, nell'anno 2017, con i decreti legislativi n. 40 (riguardante il servizio civile nazionale), n. 111 (riguardante il cinque per mille dell'Irpef), n. 112 (riguardante l'impresa sociale) e n. 117 - noto come Codice del Terzo Settore - ha introdotto nell'ordinamento giuridico il c.d. "diritto del Terzo Settore". Tale intervento non si è limitato alla semplice riorganizzazione del precedente disordine normativo[1], bensì ha radicalmente mutato l'approccio alla materia attra-

[1] Con tale affermazione ci si riferisce alla pletora di discipline speciali che regolavano le differenti tipologie di organizzazioni ed associazioni che, oggi, si trovano disciplinate dal Codice del Terzo Settore. In particolare, ci si riferisce alla L. n. 49 del 1987 (organizzazioni non governative), alla L. n. 218 del 1990 (fondazioni bancarie), alla L. n. 266 del 1991 (organizzazioni di volontariato), alla L. n. 381 del 1991 (cooperative sociali), alla L. n. 398 del 1991 (associazioni sportive dilettantistiche), a d.lgs. n. 367 del 1996 (fondazioni musicali), al d.lgs. n. 460 del 1997 (ONLUS), alla L. 383 del 2000 (associazioni di promozione sociale), alla L. n. 152 del 2001 (istituti di patronato e assistenza sociale), al d.lgs. n. 207 del 2001 (IPAB), al d.lgs. n. 155 del 2006 (imprese sociali), alla L. n. 221 del 2012 (start up innovative a vocazione sociale). Tale situazione comportava una notevole incertezza e difformità rispetto alle forme giuridiche, alle caratteristiche organizzative e agli ambiti di attività, come si rintraccia in P. SCHLESINGER, *Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organizations*, in *Gli enti "non profit" in Italia*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 1994, p. 273; si veda, in merito alla disomogeneità degli interventi del legislatore in materia di Terzo Settore, prima della riforma, L. VIOLINI, A. ZUCCHELLA, *Il terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, in *Non Profit*, 2003, p. 265 ss.

verso una serie di interventi che spaziano dalla disciplina civilistica[2] a quella tributaria[3], fino ad arrivare, anche se per aspetti assai limitati, a quella penalistica[4] e a quella amministrativa[5]. Un'importante innovazione, sotto il profilo sostanziale, riguarda poi la definizione sistematico-giuridica del Terzo Settore (di cui si dirà subito), fino ad allora mancante.

1.1. *Definizione giuridica di Terzo Settore.*

Prima di addivenire ad una definizione di Terzo Settore, occorre preliminarmente analizzare il substrato giuridico, sociale ed economico che ne ha permesso la nascita e la successiva diffusione in quasi tutti gli ordinamenti giuridici internazionali. L'esistenza del terzo settore, nell'ambito del panorama socioeconomico, si fonda principalmente sulle tradizionali teorie economiche della domanda e dell'offerta, oltre che sulle teorie di matrice sociologica.[6]

Muovendo dall'analisi della teoria della domanda è necessario distinguere due sottocategorie che vanno rintracciate nella cosiddetta "teoria del fallimento del mercato"[7] e nella "teoria del fallimento dello Stato"[8]. La prima di queste sostiene che la nascita del t.s. deriverebbe da una crisi di fiducia nei confronti del mercato del profitto; invero, si sostiene che i consumatori siano più inclini a dare fiducia alle organizzazioni che erogano servizi non per trarne un profitto, bensì per fini solidaristici. Da ciò ne discenderebbe che il consumatore si convinca di ricavare una maggiore garanzia da parte di quegli operatori che, come le organizzazioni

---

[2] Ci si riferisce alla disciplina contenuta dal Titolo I al Titolo IX del Codice del Terzo Settore.

[3] Per il regime fiscale degli enti del Terzo Settore si vedano il Titolo IX limitatamente all'art. 78 ed il Titolo X del d.lgs. 117 del 2017.

[4] Con tale termine ci si riferisce alla disciplina contenuta *sub* art. 30 comma 6 del Codice del Terzo Settore, con particolare riferimento alla previsione che impone all'organo di controllo la verifica dell'assetto organizzativo ai sensi del d.lgs. 231 del 2001, anche per gli enti *non profit*.

[5] Titolo VII, Titolo VIII e Titolo XI del d.lgs. 117 del 2017.

[6] C. BORZAGA, G. FIORENTINI, A. MATACENA, *Non-profit e sistemi di welfare: il contributo dell'analisi economica*, Roma, 1996; A. FUSARO, *Le organizzazioni a scopo non lucrativo nella Law and Economics*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2017.

[7] H. HANSMANN, *The role of non profit enterprise*, in *The Yale law journal*, 1980, 5, pp. 835-901.

[8] B. A. WEISBROD, *Toward a theory of the voluntary non profit sector in a three-sector economy*, in *Altruism, morality and economic theory*, New York, 1975, pp. 171-196.

non profit, investono interamente gli eventuali utili conseguiti dall'attività per aumentarne sia la quantità che la qualità, anziché per trarne un profitto. L'assenza del fine speculativo, seconda tale teoria sarebbe, dunque, indice di maggiore affidabilità dell'attività svolta, anche e soprattutto sotto il profilo qualitativo.

Per quanto riguarda la teoria del fallimento dello Stato, invece, essa ipotizza che la nascita del terzo settore deriverebbe dall'insoddisfazione, sia a livello qualitativo che quantitativo, della standardizzazione della produzione (e quindi dell'offerta) da parte dello Stato. Da questa teorizzata insoddisfazione e sfiducia nei confronti dell'apparato pubblico ne discenderebbe l'entrata in gioco del Terzo Settore; esso, dunque, svolgerebbe un'attività di tipo addizionale ed ulteriore rispetto a quella tipica del settore pubblico, rappresentato appunto dallo Stato. Occorre precisare che le organizzazioni di volontariato (e gli altri enti *non profit*) possono svolgere la loro attività non solo grazie alle (spesse volte esigue) erogazioni pubbliche, ma anche grazie alla generosità dei cittadini che elargiscono donazioni in danaro o in beni alle organizzazioni (od enti) stesse. Anche in tale teoria, seppur non espressamente esplicitato, è possibile rintracciare il fattore della maggior fiducia nei confronti di quelle organizzazioni che prestano la loro opera per fini altruistici e non per fini speculativi tipici del mercato.

A parere di chi scrive, entrambe le teorie appaiono condivisibili, seppur non in modo assoluto. Invero, anche alla luce degli sviluppi temporali e sociali, *medio tempore* intervenuti, è possibile rintracciare la giustificazione dell'esistenza del t.s. in una sintesi delle due teorie appena analizzate. È indubbio che lo Stato non possa affrontare, sia per mancanza di risorse umane che di risorse finanziarie, tutte le richieste che la cittadinanza avanza in materia sociale; ciò, tuttavia, non significa che lo Stato sia meno affidabile rispetto alle organizzazioni private che operano nel settore *non profit*, ma implica prendere atto della situazione di oggettiva difficoltà e porvi rimedio, ad esempio, attraverso l'opera di soggetti terzi non appartenenti all'apparato pubblico. Per quanto riguarda la teoria del fallimento del mercato, occorre sottolineare che l'aspetto della sfiducia nei confronti degli operatori economici tradizionali e che mirano al profitto è sicuramen-

te anacronistico[9] e, ad oggi, privo di giustificazione. Difatti, non sussiste alcun collegamento diretto tra l'assenza dello scopo di lucro e la maggiore qualità del servizio offerto; al contrario, è possibile sostenere che la presenza dello scopo di lucro, all'interno di un mercato concorrenziale, spinge gli operatori a produrre beni ed erogare servizi con qualità sempre maggiori in modo da restare all'interno del mercato stesso. La concorrenza tra gli operatori economici, come è noto, spinge il mercato ad offrire prodotti e servizi che abbiano caratteristiche sempre più innovative e che siano qualitativamente sempre migliori.[10]

---

[9] Si segnala, peraltro, una risalente teoria statunitense che già sosteneva tale opinione: B. BITTKER, G.K. RANDERT, *The exemption on Nonprofit Organizations from Federal Income Taxation*, in *Yak Law Journal*, 1976, n. 85, p. 294.

[10] I vantaggi del mercato concorrenziale sono universalmente noti, ma si veda, a titolo di esempio, la sezione dedicata al mercato concorrenziale, curata da parte della Commissione Europea, in cui si riassumono in maniera limpida tutti i vantaggi concernenti il mercato concorrenziale. La sezione è consultabile in *https://ec.europa.eu/competition/consumers/index_en.html*. All'interno del contesto europeo, il principio della libera concorrenza è considerato di primaria importanza. Invero, trova fondamento all'interno del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE); *sub* artt. 101-109 per quanto attiene agli aspetti generali e *sub* artt. 14-59-93-114 per quanto riguarda i servizi di interesse generale e di interesse pubblico. A ciò si aggiungono il Protocollo 26 e il Regolamento n. 139/2004. Sui vantaggi della concorrenza, ai sensi dell'ordinamento europeo, si vd. anche G. PARENTI, *Politica della concorrenza*, in *Note tematiche sull'Unione Europea*, Bruxelles, 2020; tale contributo è consultabile in *www.europarl.europa.eu*. È particolarmente rilevante l'assunto secondo cui «L'obiettivo principale delle norme dell'Unione in materia di concorrenza è garantire il corretto funzionamento del mercato interno. Una concorrenza effettiva consente alle imprese di competere in condizioni di parità in tutti gli Stati membri, sottoponendole al tempo stesso a forti pressioni affinché si sforzino costantemente di offrire ai consumatori i migliori prodotti al miglior prezzo possibile, il che, a sua volta, guida l'innovazione e la crescita economica a lungo termine.». Un aspetto che risulta opportuno sottolineare, con riferimento alle politiche di concorrenza è la disposizione di cui all'art. 107 del TFUE, che vieta la concessione di aiuti di stato agli operatori economici dei Paesi membri. Tale disposizione ha come fine quello di prevenire un'alterazione del meccanismo della concorrenza tra gli operatori economici. La disciplina speciale approntata per il terzo settore vede importanti deroghe alla disciplina generale, con particolare riferimento al trattamento fiscale. Invero, gli enti *non profit* godono di un regime fiscale particolarmente agevolato; tale profilo ha fatto sollevare dubbi circa la compatibilità di tale disciplina con il divieto di aiuti di stato di cui si diceva poco sopra. A questo riguardo è necessario segnalare che, secondo l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il regime fiscale agevolato è del tutto legittimo. Tale affermazione poggia sulla circostanza secondo la quale, senza regimi fiscali agevolati, il mercato non si interesserebbe di fornire taluni servizi che sono considerati di interesse generale. Inoltre, la Corte di Giustizia, sottolinea la profonda differenza intrinseca tra gli enti che prestano servizi senza scopo di lucro dalle imprese che invece hanno come scopo primario quello di trarre profitto dalla loro attività; tale differenza di natura e di finalità giustifica, a parere della citata Corte, i regimi fiscali differenziati. La sentenza a cui si fa qui riferimento è la seguente: Corte Giustizia UE, sezione I, sentenza 8 settembre 2011, cause riunite C-78/08 e C-80/08, in *www.eur-lex.europa.eu*; tale pronuncia venne emanata a se-

D'altra parte, è condivisibile, per coloro che non conoscono appieno i meccanismi regolatori del mercato dei beni e dei servizi, la convinzione che i servizi offerti dagli operatori del Terzo Settore siano qualitativamente migliori in quanto erogati da soggetti che sono spinti da un fine solidaristico ed altruistico[11] e che non adottano stratagemmi per simulare la qualità dei loro servizi per trarne un maggiore (e, talvolta, ingiusto) profitto. Di sicuro è possibile affermare che i servizi offerti da parte di enti che svolgono attività con fine solidaristico hanno il *plus* rappresentato dalla profonda motivazione e convinzione che spinge i soggetti a dedicare il loro tempo per soddisfare interessi altrui e generali. Parlando in termini economici, il vantaggio consiste proprio in ciò: sapere che chi eroga servizi senza scopo di lucro lo fa perché è profondamente convinto che questo possa aiutare la popolazione ad avere un'esistenza migliore.

Certamente più interessante dal punto di vista psicosociologico, oltre che per l'aspetto economico, è la teoria dell'offerta. Un importante contributo deriva dal pensiero di Young[12], il quale sostiene che l'imprenditore operante all'interno del settore *non profit* non trae soddisfazione da ricompense economiche o dall'esercizio del suo potere, ma si soddisfa grazie all'ottenimento di ricompense di natura morale ed ideologica. Sulla funzione dell'ideologia e delle convinzioni morali di ciascun individuo, che poi lo spingono ad operare per fini diversi da

---

guito della domanda di pronuncia pregiudiziale che la Corte di Cassazione italiana ha sollevato in materia di aiuti di stato con riferimento alla disciplina di agevolazione fiscale prevista, nel caso *de quo*, per le società cooperative svolgenti attività di interesse pubblico generale. Infine, sull'aspetto della compatibilità dei regimi fiscali agevolati per gli enti *non profit* con l'ordinamento giuridico europeo, si veda anche G. PARENTI, *Politica della concorrenza*, cit., p. 2 ss. Giova segnalare, inoltre, che non vi è alcuna competenza dell'Unione Europea in materia di settore *non profit*, invero all'interno dei Trattati dell'Unione Europea non si riscontrano competenze sotto questo profilo. Tuttavia, è necessario che gli stati membri, allorquando disciplinino il settore *non profit*, si adeguino alle disposizioni dei Trattati in materia di concorrenza. Tale principio è affermato da Corte di Giustizia UE, 14 settembre 2006, causa C-386/04, nota come sentenza Stauffer.

[11] G. CALABRESI, *The future of Law Economics: Essays in Reform and Recollection*, Yale University, 2016.

[12] D. R. YOUNG, *Entrepreneurship and the behavior of nonprofit organizations: elements of a theory*, in *Nonprofit firms in a three-sector economy*, ed. M. J. White, Washington (DC), 1981, pp. 135-162.

quelli economici, è intervenuto anche James[13] suggerendo che lo scopo delle organizzazioni *non profit* è la massimizzazione di interessi ed obiettivi diversi rispetto al mero profitto economico. Tale inclinazione nei confronti del fine altruistico risiede, oltre che nelle già citate ideologie e convinzioni morali, anche nel fine altruistico legato alla cultura, alla religione e, più in generale, all'ambiente sociale in cui si sviluppano tali organizzazioni.[14] Questa circostanza è ben radicata all'interno del panorama sociale internazionale, basti pensare alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, laddove si legge che «Tutti gli esseri umani […] devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza»[15].

Occorre dar conto, infine, anche di due contributi nostrani: il primo di essi è sostenuto da Zamagni[16], il quale ritiene che il Terzo Settore si sia sviluppato al fine di attuare la c.d. «economia civile»; essa sarebbe finalizzata alla promozione della reciprocità istituzionale in modo da stimolare la fiducia, la solidarietà e la propensione alla vita associativa all'interno di un aggregato sociale. Il secondo contributo, che appare molto significativo dal punto di vista sociologico, viene sostenuto da Donati[17], il quale parla di «cittadinanza societaria»; tale espressione si riferisce alla fitta rete relazionale che si instaura tra i soggetti al fine di perseguire interessi collettivi, pur facendolo attraverso formazioni private.

Di sicuro, le convinzioni personali, anche di natura religiosa, e l'ambiente sociale hanno un ruolo decisivo nell'indirizzare le azioni dei soggetti che operano all'interno del Terzo Settore e che li spingono a mettere in secondo piano l'aspetto meramente economico. Ciò detto, appare quindi del tutto condivisibile il pensiero sostenuto da James ed anche le teorie di Zamagni e Donati. Invero, la propensione alla vita sociale di cui parla Zamagni, unitamente alla relazione che

---

[13] E. JAMES, *Economic theories of the nonprofit sector: a comparative perspective*, in *The third sector: comparative studies of nonprofit organizations*, ed. H. K. Anheier, W. Seibel, New York-Berlino, 1990, pp. 21-29.

[14] Si veda, per una dettagliata analisi sulle differenze culturali, storiche e sociali all'interno del Terzo Settore: A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA, E. ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p. 72 e ss.

[15] Art. 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, in *www.ohchr.org/EN*.

[16] S. ZAMAGNI, *Organizzazioni non profit e economia di mercato: un progetto di economia civile*, in *Società dell'informazione*, 1996, pp. 8-25.

[17] P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 1993, p. 300.

si instaura tra i soggetti di cui parla Donati e il loro comune denominatore, rappresentato dal fine solidaristico che indirizza l'agire dei soggetti (di cui parla James) fanno sì che si possano creare quegli aggregati sociali che noi conosciamo come organizzazioni *non profit*.

Venendo ora agli aspetti definitori, la prima definizione giuridico-sistematica di Terzo Settore è possibile rintracciarla in una ricerca sviluppata dalla Hopkins University di Baltimora nell'anno 1997[18]; tale ricerca aveva come scopo quello di giungere ad una definizione di organizzazione del Terzo Settore che potesse essere valida a livello internazionale ed in grado di sopravvivere alla intrinseca diversità delle legislazioni dei vari sistemi giuridici internazionali. Da tale interessante e complessa ricerca è emersa, per la prima volta, la definizione strutturale-operativa del Terzo Settore; secondo la ricerca in commento, un'organizzazione può dirsi appartenente al Terzo Settore allorquando sussistano congiuntamente cinque requisiti.
Il primo requisito è di natura formale, ossia è necessario che l'organizzazione debba essere costituita formalmente attraverso un atto costitutivo, ovvero dotata di uno statuto che ne definisca gli ambiti di operatività. Il secondo requisito necessario, che si potrebbe definire requisito privatistico, è che l'organizzazione debba essere, per l'appunto, di natura privata e quindi separata dall'ordinamento pubblico. Il terzo requisito consiste nell'autonomia di governo dell'organizzazione stessa (organizzazione auto-governante), ossia è necessario che vi sia un'autonomia dal punto di vista decisionale e di indirizzo rispetto alle attività dell'organizzazione stessa. Il quarto, e fondamentale requisito per distinguere le organizzazioni del t.s. rispetto alle organizzazioni private con scopo di lucro, è l'assenza della distribuzione del profitto: non è ammessa, difatti, alcuna distribuzione degli eventuali utili sotto nessuna forma e nei confronti di alcun soggetto che abbia una relazione organica con l'organizzazione. Inoltre, gli eventuali utili conseguiti debbono essere reinvestiti interamente nell'attività stessa. Il

[18] L. M. SALAMON, H. K. ANHEIER, *Defining the nonprofit sector: a cross-national analysis*, Manchester, 1997.

quinto ed ultimo requisito è la presenza del "lavoro volontario", ossia la mancanza della retribuzione (e quindi l'assenza di qualsiasi forma di rapporto di lavoro autonomo, ovvero subordinato retribuito); invero, qualsiasi soggetto che abbia un ruolo di indirizzo o dirigenziale all'interno dell'organizzazione del Terzo Settore non deve essere retribuito e deve prestare la propria opera per un fine solidaristico. Ciò, tuttavia, non esclude (e anzi sarebbe illogico il contrario) che l'organizzazione *non profit* possa avvalersi dell'opera di lavoratori subordinati od autonomi. Il requisito dell'assenza di lavoro retribuito fa riferimento ai ruoli apicali di indirizzo e di amministrazione svolti dagli associati.

Sempre la stessa ricerca della Hopkins University afferma che le organizzazioni del t.s. possono essere costituite sotto una molteplicità di forme giuridiche che comprendono, *inter alia*, le organizzazioni non governative (ONG), le organizzazioni *non profit* che erogano servizi, le ONLUS, i club sportivi, i partiti politici, i sindacati (che, occorre ricordarlo, nel nostro sistema giuridico sono enti di rilievo costituzionale e quindi estranei alla disciplina del Terzo Settore) e le congregazioni religiose.

Adottando una definizione generale e non tecnica è possibile identificare il Terzo Settore come un sistema aggiuntivo ed ausiliario rispetto alla sfera pubblica, rappresentata dallo Stato, e la sfera privata, rappresentata dal mercato e dalle imprese[19]. Tale posizione non è però da considerarsi in modo assoluto; difatti, il Terzo Settore opera in modo complementare rispetto agli altri due settori citati. Tutti e tre i settori operano (e debbono operare) in sinergia affinché possano essere perseguiti tutti gli interessi generali di cui l'intera società è portatrice.

Prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 117 del 2017, come già si diceva *supra*, era assente una definizione giuridica ed univoca di Terzo Settore e tale situazione comportava un'incertezza normativa. Con l'avvento del decreto introduttivo del Codice del Terzo Settore, la situazione è radicalmente mutata, anche dal punto di vista definitorio. Invero, all'interno della legge delega numero 106 del 2016 è possibile rintracciare una definizione di Terzo Settore: «Per Terzo Settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento,

[19] A. FUSARO, op. cit.

senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi».[20]

Il legislatore ha cercato di dare una definizione chiara e che potesse tracciare le linee guida che gli enti del Terzo Settore debbono seguire affinché possano essere inquadrati come tali. Viene immediatamente in risalto l'attività di interesse generale che tali enti svolgono, attuata mediante azioni volontarie e gratuite; da ciò emerge in maniera cristallina la collocazione di questi enti nell'ambito del *non profit*. L'intervento del legislatore ha sicuramente colmato la maggior parte delle lacune che continuavano a campeggiare all'interno del nostro ordinamento[21]; tuttavia, avendo il legislatore adottato una definizione di carattere generale, resta un ampio spazio di intervento lasciato agli interpreti. Invero, sarà compito del giudice (in sede processuale) a valutare se l'attività svolta in concreto dall'ente è di interesse generale; ciò aumenta notevolmente la discrezionalità del giudice (salvi i casi in cui è il legislatore stesso ad individuare, attraverso lo strumento delle presunzioni, le attività di interesse generale, si veda *infra* § 1.2.3), con la conseguenza di avere potenziali discrasie interpretative all'interno del diritto positivo.

1.2. *Gli Enti del Terzo Settore*.

Gli enti che operano all'interno del Terzo Settore sono caratterizzati da una diversità di forme giuridiche, dalla peculiare attività svolta e dallo scopo perseguito. È possibile rintracciare in tali enti sia un elemento di tipo soggettivo, che un elemento di tipo oggettivo. Il primo di questi è costituito dalla finalità civica, solidaristica e di utilità sociale, nonché dalla non lucratività soggettiva dell'attività svolta; ciò significa che è riconosciuta la possibilità di conseguire utili, ma con l'obbligo di reimpiegarli per gli scopi previsti dalla legge e dallo statu-

[20] Art. 1 comma 1 legge delega n. 106 del 2016.
[21] Lacune di cui si diceva *supra*, nota 1.

to o dall'atto costitutivo[22]. L'elemento oggettivo è costituito, invece, dal vincolo di svolgere esclusivamente le attività indicate dall'art. 5 del d. lgs. 117 del 2017. Infine, come ulteriore elemento caratterizzante gli enti del t.s. vi è la necessità di iscrizione nell'apposito Registro unico nazionale (di cui, peraltro, si dirà più oltre *infra* § 1.3); si può anticipare che la necessaria iscrizione risponde alla finalità di controllare, in ottica preventiva, il possesso dei requisiti richiesti dalla legge affinché un ente possa essere soggetto alla disciplina del Terzo Settore.

Da un punto di vista normativo, il Codice del Terzo Settore si è preoccupato di elencare una pletora di soggetti giuridici che rientrano nel novero degli enti del Terzo Settore; tale intervento ha da un lato indicato in maniera tipica alcune organizzazioni ed associazioni che vengono fatte rientrare, *de iure*, in tale settore e, dall'altro, ha adottato una formula di chiusura atipica che permette di garantire un sistema fluido e non tassativo, che sia in grado di adattarsi ai futuri mutamenti di realtà senza che sia necessario uno specifico intervento legislativo.[23]

Per espressa previsione normativa[24] non sottostanno alla disciplina del Terzo Settore, anche se svolgono alcune attività di esso caratteristiche, le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2000, le formazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali, le associazioni di datori di lavoro, e gli enti da essi controllati, il Corpo Volontari dei Vigili del Fuoco e gli enti privati ex IPAB. Risulta opportuno precisare che l'espressione "ente del Terzo Settore" non si riferisce ad un nuovo soggetto giuridico prima inesistente, ma identifica tutti quei soggetti collettivi[25] (in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa di settore) che sono destinatari della disciplina di cui all'art. 117 del

---

[22] Si veda l'art. 8 del d.lgs. 117 del 2017.

[23] Art. 4 d. lgs. n. 117 del 2017: «Sono enti del Terzo Settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo Settore».

[24] Art. 4 comma 2 del d.lgs. 117 del 2017.

[25] Espressione che fa riferimento ai soggetti di cui al Libro I del Codice Civile.

2017. Invero, le forme giuridiche che possono assumere i soggetti collettivi appartenenti al Terzo Settore sono le stesse forme che si rintracciano nel Libro I e nel Libro V del Codice Civile (salve, ovviamente, le forme tipiche che lo stesso Codice del Terzo Settore prevede).

1.2.1. *Atto costitutivo, statuto e personalità giuridica*.

Con riferimento all'atto costitutivo dell'ente viene in rilievo il disposto dell'art. 21 del Codice del Terzo Settore che si occupa, al capo II, della costituzione degli enti *de quibus*; la disciplina dettata da tale articolo riguarda, al comma primo, l'atto costitutivo e il suo contenuto obbligatorio[26] (e, dunque, ne delinea l'ossatura). L'indicazione dei requisiti obbligatori non impedisce, ovviamente, la previsione di ulteriori contenuti di natura addizionale e facoltativa; tali aggiunte non debbono porsi in contrasto con le disposizioni obbligatorie. Tra le indicazioni facoltative, grazie alle quali si estrinseca la potestà regolamentare rimessa alle valutazioni di opportunità dell'organo amministrativo, si annoverano il patrimonio iniziale dell'ente e la sua durata. Occorre sottolineare come vi sia una discrasia, in realtà solo apparente in quanto risolvibile, a parere di chi scrive, facendo ricorso al principio di specialità, tra le disposizioni contenute nella disciplina civilistica (che prevede come facoltative le previsioni sulla destinazione del patrimonio residuo a seguito di scioglimento o estinzione dell'ente) e la disciplina del Codice del Terzo Settore; difatti, in quest'ultima rivestono carattere di obbligatorietà le previsioni, nell'atto costitutivo, della suddivisione del patrimonio residuo a seguito di scioglimento o di estinzione dell'ente. Di particolare interesse è

[26] Art. 21 comma 1 d. lgs. 117 del 2017: «L'atto costitutivo deve indicare la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite; l'attività di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale; la sede legale il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica; le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti; i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta; la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di estinzione; la durata dell'ente, se prevista.».

la previsione secondo la quale è necessario stabilire, all'interno dell'atto di costituzione, i requisiti per i nuovi associati e le relative procedure di ammissione[27]; invero, coerentemente con la natura degli enti di cui si sta discutendo, appare del tutto logica la previsione, concernente la procedura di ammissione, che impone di evitare atteggiamenti discriminatori che possano contrastare con la finalità di interesse generale dell'ente. Non solo, tale previsione ha una finalità ben più ampia e rilevante, se letta in conformità con i principi fondamentali della costituzione; invero, sarebbe del tutto illogico ammettere nel panorama giuridico italiano, situazioni (di qualsiasi natura) in cui non siano rispettati i diritti fondamentali della persona. Un'eventuale violazione di questa disciplina rischierebbe di minare financo la sovranità popolare, sancita dal disposto dell'art. 1 della nostra Carta.[28]

Un'importante novità, soprattutto per portare a conoscenza i *quidam de populo* della natura (solidaristica e altruistica) dell'ente, è l'obbligatorietà di indicare nell'atto costitutivo la natura dell'ente stesso, nonché la previsione di indicare chiaramente le informazioni che riguardano gli organi sociali e l'eventuale revisione dei conti. Tali previsioni hanno il chiaro scopo di dare un'immediata percezione della natura specifica dell'ente e dell'attività che essi svolgono. I dati informativi, difatti, sono decisamente più penetranti rispetto alla disciplina generale prevista dall'art. 16 cod. civ. Occorre poi dare atto della previsione dell'art. 3 comma del d. lgs. 117 del 2017 il quale introduce il criterio di compatibilità tra

[27] Art. 21 comma 1 del d.lgs n. 117 del 2017.

[28] A tal proposito, si veda Corte cost., 10 aprile 2002, n. 106, Pres. Ruperto, in *giurcost.it*, nella quale la Consulta afferma (sub punto 3 del considerato in diritto), che «L'articolo 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranità "appartiene" al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi. Le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale: si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti.». Si veda inoltre, F. STAIANO, op. cit., p. 7: egli sostiene che tutte le formazioni sociali intermedie (di qualsiasi natura esse siano) debbono conformarsi ai principi costituzionali «in quanto svolgimento della libertà dell'individuo e della società stessa.».

le norme del codice civile, che si applicano per quanto non previsto dal Codice del Terzo Settore e le norme del d. lgs. 117/2017 stesso.[29]

Per quanto attiene allo statuto degli enti appartenenti al t.s., occorre precisare che esso contiene le norme che riguardano il funzionamento dell'ente; lo statuto, per espressa previsione normativa[30], può essere oggetto di un atto separato rispetto all'atto costitutivo, purtuttavia essendone parte integrante. Le disposizioni dello statuto, inoltre, prevalgono, in caso di contrasto, sulle previsioni dell'atto costitutivo. Naturalmente, le previsioni dello statuto debbono essere conformi a tutte le altre fonti ad esso sovraordinate, in attuazione del generale principio gerarchico che regola il rapporto tra le fonti del diritto.

Venendo ora alla personalità giuridica degli enti del t.s., già da una prima lettura del disposto dell'art. 22 del d. lgs. 117/2017 è possibile notare che la disciplina è assai derogatoria rispetto alle procedure ordinarie previste dalla materia civilistica in materia di acquisto della personalità giuridica. Tale carattere di deroga alla disciplina ordinaria prevista dal d. p. r. 10 febbraio 2000, n. 361[31], è del resto figlio delle previsioni della legge delega[32] che prevedeva espressamente la necessità di semplificare le procedure riguardanti l'acquisto della personalità giuridica. La disciplina speciale di cui si sta trattando concede la facoltà agli enti del t.s. di optare per il regime semplificato al fine dell'ottenimento della personalità giuridica. L'ottenimento di essa è possibile allorquando vi siano anche requisiti economici,

---

[29] L'art. 3 del Codice del Terzo Settore pone innanzitutto un criterio di specialità che fa prevalere, in caso di conflitto, la disciplina del Terzo Settore. Inoltre, per quanto attiene alla compatibilità, appare chiaro che la disciplina del Codice Civile abbia carattere residuale rispetto a quella speciale approntata per gli enti *non profit*. È importante sottolineare che nel Codice Civile si rinviene una disciplina differente a seconda che si parli di associazioni riconosciute, ovvero non riconosciute (art. 36 cod. civ.) Per queste ultime, infatti, si prevede che l'ordinamento interno e l'amministrazione siano rimesse agli accordi degli associati. Il Codice del Terzo Settore, al contrario, equipara le due categorie di associazioni, assoggettandole alla medesima disciplina. Ciò, è coerente con il fatto che nel panorama giuridico italiano le associazioni non riconosciute occupano uno spazio piuttosto rilevante. Si veda, per una trattazione più approfondita, M.TAMPONI, *Introduzione*, in *La riforma del c.d. Terzo Settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, Milano, 2017, Atti dei Convegni Roma, 22 giugno 2017 – Bologna, 26 maggio 2017, p. 10 e ss.

[30] Art. 21 comma 2 del d.lgs. 117/2017.

[31]Per un'ampia ed approfondita panoramica inerente all'acquisto delle personalità giuridica, anche *ante* riforma, dei soggetti collettivi, si veda lo studio n. 3367 del Consiglio Nazionale del Notariato, rinvenibile on-line in *www.notariato.it/sites/default/files/3367.pdf*.

[32] Legge delega n. 106 del 2016.

oltre ai requisiti soggettivi ed oggettivi di cui si è discusso *supra*; difatti, ai sensi del disposto *sub* comma 4 del citato articolo 22, è necessario che il patrimonio iniziale sia non inferiore ad euro 15.000 per le associazioni e non inferiore ad euro 30.000 per le fondazioni. Il patrimonio può essere costituito anche da beni non in danaro e in questo caso è necessario che vi sia una relazione giurata in riferimento al valore dei beni costituenti il patrimonio. Infine, affinché l'ente acquisti la personalità giuridica ai sensi della disciplina *de qua* è necessario che vi sia l'iscrizione al sopraccitato registro unico nazionale (vedi *infra* § 1.3).

1.2.2. *I principi generali degli enti del Terzo Settore.*

Molto significativo, per definire il contorno dei principi generali ai quali si ispira tutta la normativa del Terzo Settore e, quindi, l'attività degli enti che ad esso appartengono, è l'enunciato dell'art. 2 del Codice del Terzo Settore. Si può pacificamente affermare che tale articolo costituisce il vero e proprio faro dell'intera normativa, segnando la strada da percorrere e da seguire allorquando ci si trovi a discutere di interventi che riguardano il settore *non profit*. Appare opportuno riportare l'intero enunciato della norma per poterne comprendere appieno la portata: «È riconosciuto il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo Settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne è promosso lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità e l'autonomia, e ne è favorito l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali». La prima parte dell'enunciato opera, fin da subito, un riconoscimento legislativo della funzione degli enti del Terzo Settore, dando rilievo alla loro funzione sociale e al loro importante valore all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Si garantiscono e si promuovono l'associazionismo e il volontariato, inevitabilmente caratterizzati dall'aspetto della solidarietà e della gratuità dell'attività prestata; solidarietà e gratuità costituiscono, senza ombra di dubbio, i fari che indicano la via per tutto ciò che

concerne il Terzo Settore.[33] L'art. 2 dà profondo rilievo all'aspetto della partecipazione dei soggetti privati nella vita pubblica, in particolare nei settori maggiormente sensibili di essa, ponendo l'accento sulla spontaneità e sull'autonomia dell'azione degli stessi. Invero, l'aspetto volontaristico dell'attività posta in essere dai soggetti appartenenti al Terzo Settore contrasterebbe inevitabilmente con un intervento del legislatore che imponesse coattivamente di svolgere talune attività (per di più in modo gratuito). L'elemento della spontaneità, da considerarsi come qualcosa che nasce dall'interno della persona umana (e quindi valorizzando le convinzioni personali, morali, religiose e culturali di ciascun individuo), è certamente una caratteristica peculiare ed essenziale di tutti i soggetti, fisici e giuridici, che operano all'interno del Terzo Settore. La spontaneità implica che l'attività posta in essere sia indirizzata esclusivamente al soddisfacimento di interessi altrui, generali, senza aspettarsi un corrispettivo per quanto si è prestato. Ciò pone una netta differenza tra le attività solidaristiche (e spontanee) e le attività lavorative, le quali, per definizione (e a ragione), mirano ad ottenere un corrispettivo per l'opera prestata.

Accanto alla spontaneità si pone l'aspetto della autonomia degli enti del Terzo Settore (di cui si è anticipato *supra* § 1.1); tale affermazione non significa attribuire al Terzo Settore una autonomia assoluta rispetto all'intero ordinamento giuridico, ma garantire che gli enti stessi possano conformarsi e darsi delle regole che rispecchino il substrato culturale, religioso, morale da cui sono nati. L'aspetto dell'autonomia diventa evidente laddove si prevede di dare ampia facoltà regolamentare all'atto costitutivo ed allo statuto, nel rispetto – ovviamente – delle prescrizioni legislative. Si può pacificamente sostenere, a parere di chi scrive, che l'intervento del legislatore abbia una duplice finalità: la prima è quella di porre in essere una disciplina uniforme al fine di evitare pericolose discrasie

[33] Rispetto alla solidarietà ed alla gratuità è opportuno soffermarsi per chiarire più a fondo la portata di tali concetti; invero, guardare alla gratuità come mera assenza di lucro (o di retribuzione) non permetterebbe di coglierne appieno tutte le sfumature. La gratuità si esprime al meglio, nel mondo del volontariato, solo con la componente della solidarietà. Nel mondo *non profit*, la gratuità è arricchita dalla solidarietà, intesa come volontà di soddisfare (spontaneamente e gratuitamente) interessi che sono di altri. Su questo aspetto si veda A. GALASSO, S. MAZZARESE, *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 261 ss.

che potrebbero minare la fisiologica attività dell'intero settore e di garantire che l'attività degli enti *non profit* sia ispirata al rispetto della normativa ed alla corretta gestione delle attività prestate in ambiti particolarmente sensibili della società; la seconda finalità, che è poi quella caratterizzante, è quella di garantire che non vi siano eccessive ingerenze della sfera pubblica all'interno degli enti del Terzo Settore, proprio per promuoverne la loro autonomia. Facendo una similitudine, appare esemplificativo accostare la prima finalità ad una cornice di un quadro e la seconda finalità è ciò che sta dentro a tale cornice e la cui formazione è rimessa all'autonomia regolamentare degli enti del Terzo Settore (possiamo definirla, all'interno della similitudine, l'attività creativa degli enti del Terzo Settore). Quanto detto, peraltro, trova riscontro anche nella previsione che garantisce l'apporto originale degli enti del Terzo Settore al fine di perseguire le finalità civiche. L'apporto originale si sostanzia nel coinvolgimento degli enti *non profit* nell'individuazione dei bisogni della popolazione e nel successivo perseguimento degli interessi di cui tale popolazione è portatrice (vedi *infra* § 3). Questo aspetto emerge grazie al coinvolgimento degli enti del t.s., da parte della pubblica amministrazione, per individuare le aree di intervento.

Infine, è molto significativa la formula di chiusura che sottolinea la necessaria collaborazione tra gli enti del Terzo Settore e la sfera pubblica in tutte le sue articolazioni. In ciò è evidente una presa d'atto della necessaria presenza ed opera degli enti del Terzo Settore per fronteggiare situazioni che non sempre possono essere seguite appieno dagli apparati pubblici. È certamente possibile affermare che tale previsione formalizza l'attività di esternalizzazione di alcuni servizi alla persona ritenuti sensibili da parte della pubblica amministrazione.[34]
Gli enti del Terzo Settore, difatti, hanno una caratteristica particolarmente evidente che consiste nel saper agire con una certa efficienza economica, tipica del settore privato, garantendo però elevatissimi standard qualitativi dei servizi prestati per la cura degli interessi collettivi. Tuttavia, dispiace riscontrare che tale aspetto, ad oggi, subisce notevoli sollecitazioni verso il basso. Invero, stante la

[34] D. SIMEOLI, *Il non profit: radici culturali ed evoluzione normativa del fenomeno*, in C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE, *Codice del Terzo Settore*, Piacenza, 2019, p. 5 ss.

continua e perpetua corsa al ribasso messa in atto dalla pubblica amministrazione al fine di contenere i costi, spesso ci si trova nella situazione di dover adeguare il servizio prestato ai contorni economici che vengono (im)posti. Ciò fa sì che le finalità previste sulla carta dal legislatore non sempre possono essere perseguite nel migliore dei modi a causa delle restrizioni economiche che impediscono, se non attraverso raggiri illeciti, di poter garantire un servizio qualitativamente eccellente. Tale circostanza ha permesso anche la nascita, purtroppo, di realtà che si celano sotto la veste di ente del Terzo Settore per trarne un vantaggio economico (derivante anche dalle notevoli agevolazioni fiscali) tralasciando però l'aspetto solidaristico e qualitativo dell'attività svolta. Ciò avviene soprattutto con riferimento al settore del soccorso extra-ospedaliero per i servizi di emergenza-urgenza e con riferimento ai servizi sociosanitari; da qualche anno si registra un'impennata nella costituzione di associazioni che svolgono tali attività.

Va segnalato, tuttavia, che non sempre tali associazioni sono spinte da un intento solidaristico, ma al contrario rispondono a logiche prettamente economiche ai limiti del lecito[35]. Nella prassi non sono poche quelle realtà in cui si sfruttano i lavoratori (evitando di riconoscere loro le ore lavorative in straordinario, ovvero le ferie o eludendo il rispetto della normativa riguardante i riposi settimanali e le ore massime di lavoro) per poter far concorrenza a quelle associazioni che, invece, per profonda convinzione morale prima che giuridica rispettano tutte le normative a tutela dei lavoratori, degli utenti e della collettività più in generale.[36] Il rispetto delle normative porta con sé, giustamente, notevoli costi di progettazione e di gestione, mentre il loro mancato rispetto consente, al contrario, di eliminare tali costi. Anche a fronte di tale circostanza, appaiono del tutto giustificati i penetranti controlli posti in essere nei confronti degli enti del Terzo Settore.

---

[35] Di questo aspetto si tratterà più approfonditamente *sub* cap. III, § 2.

[36] Sono numerose le inchieste giornalistiche e dell'autorità giudiziaria riguardo a finte associazioni benefiche, associazioni che impiegano il lavoro nero o finti volontari. Tra tutte si segnala l'inchiesta pubblicata su L'Espresso il 17 marzo 2014 a firma di Michele Sasso. Ancora, si segnalano le più recenti inchieste riguardanti le finte ONLUS che si occupavano di accoglienza dei migranti. Tra queste è da segnalare l'attività di indagine posta in essere dalla Direzione distrettuale antimafia di Milano con la Guardia di Finanza di Lodi che ha portato alla luce, nel luglio 2019, una rete di finte ONLUS collegate alla 'Ndrangheta calabrese.

1.2.3. *L'interesse generale perseguito dagli enti del Terzo Settore.*

All'interno del Codice del Terzo Settore ricorre sovente l'espressione "interesse generale" senza tuttavia essere definita con chiarezza. Ciononostante, è possibile ricavare il significato di tale accezione sia a livello di ordinamento europeo, sia a livello nazionale. La Commissione Europea, nel 2011, ha emanato un documento per chiarire agli stati membri il significato di attività di interesse generale (SGI, ossia *service of general interest*); a tal proposito, la definizione data è piuttosto generica e poco risolutiva, difatti recita: «I servizi di interesse generale sono servizi che le autorità pubbliche degli Stati membri dell'UE classificano come di interesse generale e che pertanto sono soggetti a obblighi specifici di pubblico servizio. Essi possono essere forniti dallo Stato o dal settore privato».[37] Tuttavia, tale definizione appare interessante in quanto prevede il riconoscimento, a livello europeo, della possibilità di svolgere attività di interesse generale da parte di soggetti privati.

Discutendo più approfonditamente del concetto di interesse generale[38], occorre focalizzare l'attenzione sulla portata di tale interesse. Invero, è pacifico il fatto che tale interesse sia, innanzitutto, un interesse altrui e non un interesse singolo

---

[37] Commissione Europea, *A Quality Framework for Services of General Interest in Europe*, in *www.eur-lex.europa.eu*, Brussels, 2011.

[38] Occorre sottolineare che non esiste una definizione univoca del concetto di interesse generale. Ciò che di sicuro rientra nella sfera dell'interesse generale è il soddisfacimento di interessi della collettività, ossia di interessi sociali che riguardano una vastissima gamma di potenziali beneficiari. Inoltre, appare del tutto evidente che, in negativo, non rientrano nell'ambito del concetto di interesse generale quelle attività svolte per un mero fine privato. Sul concetto di interesse generale, ai fini di un approfondimento, si segnala: G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontali e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 e ss.; F. GIGLIONI, *Sussidiarietà orizzontale e Terzo Settore*, in *Labsus.org*.,2002, p. 2. Si veda, inoltre, una recentissima pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. II, 13 gennaio 2020, n. 338, in *www.dejure.it*, la quale dà una definizione, seppur di principio, del concetto di interesse generale; secondo il collegio amministrativo, le attività di interesse generale sono quelle «attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale.».

o limitato ad una circoscritta categoria di soggetti. La finalità dell'interesse generale, dunque, non è quella di soddisfare interessi particolari, bensì quella di dare piena attuazione e puntare al pieno sviluppo degli interessi condivisi da tutti gli esseri umani. L'interesse generale perseguito dagli enti del t.s. è costituito, a sua volta, da due componenti essenziali, che sono da rintracciarsi nella solidarietà e nella sussidiarietà. Per quanto attiene alla solidarietà, essa va intesa come un processo di costruzione sociale[39]; a tale processo prendono parte i cittadini, singoli od associati e, di sicuro, gli enti del Terzo Settore. Attraverso il perseguimento della solidarietà, elemento intrinseco dell'agire del settore *non profit* (oltre che elemento tipico caratterizzante), è possibile perseguire e realizzare appieno l'interesse generale e, quindi, apportare migliorie alla società. Il ruolo del Terzo Settore si estrinseca maggiormente nel senso orizzontale[40], essendo già molto sviluppato l'intervento solidaristico verticale (di natura pubblica, dalle istituzioni verso i soggetti individuali). A titolo meramente esemplificativo si possono citare le associazioni di pronto soccorso (che non sono rivolte ai soggetti svantaggiati, bensì potenzialmente a chiunque dovesse necessitare di soccorso immediato), le associazioni culturali, le fondazioni di ricerca (che rivolgono i loro studi a beneficio dell'intera collettività) e così via.

La seconda componente fondamentale dell'interesse generale è costituita, come si diceva poco sopra, dalla sussidiarietà. Tale componente, lo ricordiamo, trova fondamento all'interno della Costituzione[41] ed è una componente dell'interesse generale. Anche per quanto attiene alla solidarietà, occorre cogliere l'aspetto orizzontale di essa. Difatti, la sussidiarietà orizzontale, intesa come cura degli interessi comuni, è per certo finalizzata alla realizzazione dell'interesse generale e allo sviluppo della persona umana in tutte le sue molteplici sfaccettature. Appare chiaro che il t.s. contribuisce in maniera molto significativa al perseguimento ed alla realizzazione della sussidiarietà orizzontale, anche e soprattutto attraver-

---

[39] S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma, 2014.

[40] S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *federalismi.it*, n. 5, 2006, p. 7. Si veda anche la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. consultiva 1440 del 2003, la quale definisce gli enti non profit come «ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale».

[41] Art. 118 della Costituzione.

so la solidarietà. Un aspetto che risulta doveroso sottolineare è l'unitarietà del concetto di interesse generale; invero, non appare possibile frammentare l'interesse generale in sottocategorie come può avvenire, ad esempio, per gli interessi privati o anche per l'interesse pubblico. Da ciò ne deriverebbe, senza troppe difficoltà, la prevalenza dell'interesse generale (a livello gerarchico) rispetto a qualsiasi altro interesse, pubblico o privato che sia.

Infine, a conclusione del discorso che si sta conducendo, è opportuno sottolineare l'importanza del perseguimento dell'interesse generale come strumento per distinguere quegli enti che sono effettivamente e concretamente enti del t.s., rispetto a quegli enti che solo apparentemente appartengono a tale categoria, ma che in concreto perseguono interessi del tutto avulsi da quello generale. A questo riguardo occorre anche segnalare che il d. lgs. n. 185 del 2018 è intervenuto per apportare dei correttivi alla normativa di cui si sta discutendo e ha introdotto la specificazione riguardante l'attività di interesse generale perseguita dall'ente; essa deve essere svolta in via esclusiva o principale. A titolo di esempio, si richiama la già citata sentenza del 22 marzo 2011 pronunciata dal G. U. P. di Milano (*supra* cap. I) che ha accertato l'apparente *status* di ONLUS di una associazione di pubblica assistenza; tale accertamento è stato possibile andando a verificare, in concreto, l'interesse perseguito dall'associazione stessa. Appariva del tutto evidente che gli interessi perseguiti erano di natura privata, indirizzati al soddisfacimento (illecito) di interessi economici della figura al vertice della fittizia ONLUS. Il ruolo dell'interesse generale perseguito dagli enti del Terzo Settore è di primaria importanza sia per indirizzare l'agire degli enti stessi, sia per fungere da discrimine tra gli enti appartenenti al Terzo Settore e gli enti che, invece, operano all'interno del settore privato perseguendo interessi (legittimi) propri.

1.2.4. *L'attività di volontariato*.

Trattando di Terzo Settore viene inevitabilmente in rilievo la figura del volontario, ossia di colui che mette a disposizione la propria manodopera senza ottenere un corrispettivo in danaro o sotto forma di altre utilità[42]. Il volontariato è un'attività assai diffusa nel panorama sociale italiano[43] e permette lo svolgimento di diverse attività che hanno come fine il perseguimento dell'interesse generale e il soddisfacimento di bisogni primari della persona. Diversi settori dell'ordinamento sono quasi esclusivamente retti grazie all'opera dei volontari, basti pensare, *inter alia*, alle attività sociosanitarie, al soccorso di emergenza-urgenza, alle associazioni di volontariato per soggetti fragili, alle associazioni di tutela delle donne maltrattate e alle attività di promozione culturale. Data la centralità della figura del volontario e, quindi, delle organizzazioni di volontariato è del tutto coerente la previsione di disciplinare esplicitamente tale figura all'interno del Codice del Terzo Settore. Pur seguendo la disciplina generale approntata dal Codice, vi sono alcune peculiari previsioni dedicate alle associazioni di volontariato. Di tale aspetto se ne occupano gli articoli 33 e seguenti del Codice. Già a prima vista emerge il carattere fortemente personalistico delle associazioni (riconosciute e non) di volontariato; invero, le organizzazioni in commento possono essere costituite esclusivamente attraverso la forma associativa, in modo da attribuire maggior rilievo all'attività prestata dai singoli. Inoltre, anche dal punto di vista dell'amministrazione di tali associazioni, è previsto che i soggetti che ricoprono cariche amministrative debbono essere scelti esclusivamente tra gli

---

[42] Per quanto riguarda l'attività di volontariato è significativa la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4859, in *www.dejure.it*, in cui si legge che le attività di volontariato sono quelle attività che si basano «sul carattere volontario, spontaneo e gratuito dell'attività prestata dai volontari, priva di alcun connotato di lucro anche indiretto, e realizza il principio di solidarietà, veicolando le risorse tecniche ed umane che tali soggetti sono disposti a mettere a disposizione della collettività per il conseguimento dei fini istituzionali del servizio sanitario, vale a dire della tutela della salute e della vita delle persone.».

[43] Basti pensare che, secondo i dati ISTAT, circa il 9% della popolazione italiana si dedica ad attività di volontariato di vario genere. Tale percentuale è decisamente significativa in quanto corrisponde a circa 5,5 milioni di persone impegnate in attività altruistiche. Si vedano, a tal riguardo: ISTAT, *Attività gratuite e a beneficio degli altri*, 2013; ISTAT, *Censimento permanente delle istituzioni non profit*, 2017.

associati.[44] Ancora, occorre precisare che l'eventuale attività di impresa svolta da tali associazioni deve essere connotata dalla marginalità rispetto all'attività principale.[45] Le organizzazioni di volontariato, infatti, svolgono le loro attività grazie, principalmente, alle erogazioni pubbliche e alle raccolte fondi presso i privati. È doveroso segnalare che le associazioni di volontariato possono avvalersi anche dell'opera di lavoratori, qualora la loro attività sia funzionale al regolare funzionamento dell'associazione stessa. L'impiego di lavoratori è dunque consentita, ma con limitazioni; invero, l'art. 33 del Codice del t.s. pone un limite quantitativo: il numero dei lavoratori all'interno di una organizzazione di volontariato non può essere superiore al 50 per cento del numero dei volontari associati.

La figura del volontario è disciplinata in modo assai dettagliato *sub* art. 17 del d. lgs. 117 del 2017, laddove si prevede che il volontario è colui che svolge le attività presso gli enti del terzo settore mosso da fini di solidarietà; la sua attività deve essere prestata in modo assolutamente spontaneo, senza fini di lucro e in modo gratuito. Tale aspetto è particolarmente rilevante per evitare che vi sia una sorta di truffa delle etichette; difatti, è fatto esplicito divieto di retribuire l'attività prestata dal volontario, garantendo, al più, un rimborso delle spese vive e documentate sostenute in ragione dell'attività prestata. Il rimborso delle spese è limitato a soglie assai contenute, proprio per evitare eventuali frodi (10 euro al giorno per un massimo di 150 euro mensili). Sono vietati, in quanto contrari alla *ratio* della previsione i rimborsi forfettari.[46] Infine, sempre con lo scopo di evitare situazioni patologiche, l'art. 17, comma 5 del Codice del Terzo Settore, prevede il divieto di prestare, all'interno dello stesso ente, l'attività di volontario e attività

---

[44] Art. 34 comma 1 del d.lgs 117 del 2017.

[45] Corte cost., 9 marzo 1998, n. 50, Pres. Granata, in *www.giurcost.it*. In essa, la Consulta ha avuto modo di precisare che, se l'attività di impresa (ossia l'iniziativa economica privata) è svolta in modo prevalente, allora il parametro costituzionale di riferimento è da rintracciarsi nell'art. 41 Cost.; viceversa, se è un'attività episodica rientra nella c.d. «libertà sociale» (il cui parametro costituzionale di riferimento è, senza dubbio, l'art. 2 Cost.), senza che ciò implichi la conseguenza di applicare la disciplina relativa all'impresa. Da tale pronuncia è quindi possibile ricavare il principio secondo il quale anche gli enti non profit possono svolgere, nell'ambito delle loro competenze, attività (marginale) di impresa, senza doversi per questo assoggettare alla disciplina comune per essa prevista.

[46] Corte. Cass., ord. n. 23890 del 2015, in *www.avis.it*.

retribuita[47] al fine di tutelare il lavoratore ed evitare che possa essere oggetto di sfruttamento da parte dell'ente stesso. Tale previsione è stata oggetto di un recentissimo intervento da parte del Governo, mediante il decreto-legge n. 14 del 9 marzo 2020. Invero, a fronte dell'emergenza sanitaria nazionale dovuta alla diffusione della patologia Covid-19, la previsione *ex* art. 17, comma 5, del Codice del Terzo Settore è stata temporaneamente sospesa e tornerà ad avere piena efficacia con il cessare dello stato di emergenza nazionale dichiarato per il tramite della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020. Lo scopo di tale intervento, come è evidente, è quello di poter impiegare il maggior numero possibile di risorse umane per fronteggiare l'abnorme carico di lavoro che gli enti del t.s. si trovano a dover fronteggiare. Così facendo, ad esempio, un medico dipendente di un ente *non profit* potrebbe anche svolgere l'attività di volontariato all'interno dello stesso ente. A parere di chi scrive, è del tutto giustificata questa temporanea sospensione della disposizione in commento, in virtù della necessaria maggior tutela del diritto alla salute durante lo stato emergenziale del tutto inatteso e di portata assai ampia.

Occorre dar conto, infine, della tutela costituzionale della figura del volontario. Sul punto è intervenuta a più riprese la Corte Costituzionale. In un primo intervento del 1992, la Consulta ha definito il volontariato come «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa […].».[48] Solo un anno più tardi con la sentenza n. 500 del 1993 l'attività di volontariato è stata riconosciuta come in grado di dare piena attuazione al principio di eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, di cui all'art. 3 comma 2 della Costituzione.

---

[47] Sul divieto di prestare attività di volontariato unitamente ad attività lavorativa (ancorché gratuita) si veda Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2019, n. 38652, in *www.dejure.it*; tale pronuncia afferma: «l'attività di volontariato è incompatibile con quella di lavoratore subordinato, autonomo e finanche con una attività lavorativa gratuita.».

[48] Corte Cost., 28 febbraio 1992, n. 75, Pres. Corasaniti, in *www.giurcost.it*.

La tutela del volontario, anche all'interno dell'associazione, è ulteriormente garantita dalla previsione che impone di stipulare apposite polizze assicurative e di permettere l'accesso agli strumenti di flessibilità oraria, ove possibile, sui luoghi di lavoro per quei soggetti che prestano servizio in qualità di volontari presso enti del Terzo Settore. Infine, occorre sottolineare la piena applicabilità alla figura del volontario della disciplina a tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al d. lgs. n. 81 del 2008 (il cui mancato rispetto comporta, peraltro, la responsabilità *ex crimine* dell'ente ai sensi del d. lgs. 231 del 2001).

Un intervento più di principio che di concretezza, seppur pienamente condivisibile, è stato posto in essere con la previsione di cui all'art. 19 del Codice del Terzo Settore, laddove si prevede la promozione dell'attività di volontariato soprattutto nei confronti dei giovani. Invero, tale norma prevede che le pubbliche amministrazioni si facciano promotrici della cultura del volontario, soprattutto nei confronti dei giovani. Tale finalità viene perseguita, tra l'altro, grazie al riconoscimento del Servizio Civile Nazionale presso gli enti del Terzo Settore. La promozione della cultura del volontariato è perseguita anche grazie al riconoscimento a livello scolastico e accademico delle attività di volontariato svolte dagli studenti in concomitanza con gli studi. Di fondamentale importanza è la sensibilizzazione della popolazione nei confronti delle attività di volontariato in modo da dare massima diffusione alla cultura del volontario. Il riconoscimento delle attività di volontariato è garantito anche dall'equiparazione di tale attività al servizio civile o militare di leva ai sensi dell'art. 10, comma 2, della legge n. 64 del 2001.

1.2.5. *Attività*.

Ai fini della definizione dell'attività svolta dagli enti *non profit* è necessario sottolineare come, prima della riforma del 2017, non fosse sufficientemente definito l'ambito di attività degli stessi. Difatti, la disciplina frammentaria previgente prevedeva esclusivamente le modalità con le quali gli enti *non profit* potevano operare, ma non anche il vero e proprio ambito di intervento. A titolo di esempio, senza pretese di completezza, si richiama la previsione contenuta

all'interno del d. lgs. 155 del 2006 concernente l'impresa sociale; *ivi*, si permetteva di conseguire la qualifica di impresa sociale allorquando fosse impiegata una quota del 30% di lavoratori disabili o svantaggiati indipendentemente dall'oggetto sociale.[49] La situazione di incertezza era dovuta, come troppo spesso accade all'interno del nostro ordinamento, ad un'ipertrofia normativa che creava non poche difficoltà di orientamento da parte degli operatori coinvolti. Invero, oltre alle innumerevoli normative *ad hoc* per le diverse tipologie di enti si affiancava anche la disciplina tributaria;[50] tale disciplina prevedeva degli obblighi più stringenti, anche sotto l'aspetto dell'attività svolta, rispetto alla disciplina dedicata alle singole categorie di enti. Le difficoltà appaiono del tutto evidenti. Stante la situazione di confusione normativa, il legislatore è intervenuto definendo in maniera chiara e schematica le attività che rientrano nell'ambito di intervento degli enti del t.s.; difatti, *sub* art. 5 del d. lgs. 117/2017 è possibile trovare, dopo una definizione di carattere generale, un catalogo di attività tipiche degli enti in discussione[51]. Appare in questa sede necessario riportare la definizione di ordine

[49] Art. 2 comma 2 d. lgs. 155 del 2006.
[50] Art. 10 d.lgs. 460 del 1997.
[51] Le attività tipiche, ritenute di interesse generale, elencate dall'art. 5 del d.lgs. 117 del 2017 sono: «a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, e alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni;
b) interventi e prestazioni sanitarie;
c) prestazioni sociosanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni;
d) educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, e successive modificazioni, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa;
e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi, nonché alla tutela degli animali e prevenzione del randagismo, ai sensi della legge 14 agosto 1991, n. 281;
f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni;
g) formazione universitaria e post-universitaria;
h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale;
i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo;

generale che attribuisce agli enti *non profit* lo svolgimento di attività di interesse generale in via esclusiva o principale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.[52] Il catalogo che segue prevede una serie molto ampia di attività che si presumono essere di interesse generale, se condotte in conformità con le norme speciali che ne disciplinano l'esercizio. La scelta del legislatore appare condivisibile laddove ha previsto, in contemporanea, una definizione di carattere generale e, successivamente, una elencazione specifica delle attività di interesse generale in modo da avere una struttura fluida che possa andare incontro ai cambiamenti sia temporali che sociali e, soprattutto, che eviti i c.d. vuoti normativi.

Dal punto di vista dei principi che regolano l'intera materia del Terzo Settore, appare necessario sottolineare il fondamento costituzionale che risiede negli articoli 2 e 118 della Costituzione. Difatti, l'art. 2 della Carta tutela la personalità del singolo anche nelle sue formazioni sociali e l'art. 118 favorisce l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà;[53] tale principio di sussidiarietà orizzontale, dunque, è alla base dell'azione degli enti *non profit* impegnati nel perseguimento di obiettivi finalizzati al soddisfacimento di bisogni primari della persona.

Merita di essere considerata e trattata individualmente la questione relativa all'esercizio dell'attività di impresa nell'ambito degli enti del Terzo Settore; invero, se un primo orientamento dottrinale, a dire il vero ormai risalante nel

---

j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario, ai sensi dell'articolo 16, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni;
k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso;
l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa;
m) servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da enti del Terzo settore [...]».

[52] Art. 5 comma 1 d.lgs. 117 del 2017.

[53] Art. 118 comma 4 Cost.; il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. è stato introdotto con la l. cost. n. 3 del 2001. Tuttavia, occorre segnalare che il principio di sussidiarietà era già riscontrabile in via interpretativa all'interno della Costituzione; a tal riguardo si veda A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 14 e ss. e F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, p. 63 e ss.

tempo, negava la possibilità di esercitare l'attività di impresa in assenza di una vera e propria struttura societaria,[54] ad oggi si è consolidato un orientamento dottrinale di segno radicalmente opposto.[55] Difatti, l'impresa è considerata come un mezzo grazie al quale raggiungere il fine di un ente collettivo; ciò comporta che anche un'associazione *non profit* possa, in via anche principale ed esclusiva, esercitare attività di impresa se essa è il veicolo più adatto al raggiungimento dello scopo associativo.[56] A sostegno di quanto appena affermato, viene in supporto la previsione dell'art. 2082 c.c., che prevede come requisito per l'attività di impresa quello della economicità e non la lucratività. Anche dal punto di vista della prassi è possibile rinvenire situazioni in cui enti del t.s. esercitano, oltre alla loro attività principale, anche attività di impresa strumentale al pieno raggiungimento dell'oggetto associativo. Gli enti di volontariato e gli enti religiosi sono solo alcuni dei numerosi esempi che si potrebbero elencare. Tuttavia, è opportuno segnalare che, con riferimento alle associazioni di volontariato, prevale il modello secondo il quale l'attività è svolta, per larga parte, grazie alle erogazioni pubbliche e solo in via residua grazie ad attività di impresa o simili. È lo stesso codice, poi, a prevedere espressamente l'impresa sociale in cui, tra l'altro, non vige il divieto assoluto di redistribuzione degli utili. Occorre, inoltre, segnalare l'orientamento derivante dall'ordinamento europeo: secondo la Corte di Giustizia sussiste l'esercizio dell'attività di impresa allorquando un organismo «esercita un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo status giuridico e delle sue modalità di funzionamento».[57]

---

[54] C. M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 1990, p. 360 e, nello stesso senso, C. FIENGO, *Società e associazione*, in *Riv. Dir. Imp.*, 1996, p. 147.

[55] M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore: un'occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 3; E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 708.

[56] A. CETRA, *L'associazione non riconosciuta che esercita un'impresa commerciale non è una società di fatto tra gli associati*, in *Giur. Comm.*, 4, 1999, 440.

[57] Corte Giustizia dell'Unione Europea, 23 aprile 1991, in causa C-41/90, in *www.dispi.unisi.it*. Qui, la Corte adotta una nozione sostanzialista di impresa, in luogo di una nozione formalistica. Tale approccio è del tutto condivisibile, a parere di chi scrive, in quanto deve necessariamente rilevare l'attività in concreto svolta e non l'etichetta che viene data (magari per evitare di sottostare a determinate normative). Il criterio sostanzialistico è sicuramente rispondente alle esigenze di tutela e di certezza del diritto.

Infine, occorre segnalare la previsione *sub* art. 6 del d. lgs. 117 del 2017, che disciplina l'esercizio di attività diverse rispetto a quelle previste dal precedente articolo. Tale possibilità è accordata agli enti del t.s., alla condizione che le attività diverse siano previste all'interno dell'atto costitutivo o dello statuto e che siano strumentali e secondarie rispetto alle attività previste dall'art. 5.

1.3. *Il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS).*

Il Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS) è previsto a partire dall'art. 45 del Codice del Terzo Settore; tale registro, tenuto dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, ha tra i suoi scopi quello, decisamente rilevante, di rendere conoscibile ai terzi, attraverso la sua pubblicità, l'appartenenza di un ente al t.s. Il registro *de quo* è suddiviso in diverse sezioni a seconda delle categorie degli enti (art. 46). L'iscrizione al registro unico è obbligatoria allorquando l'ente voglia beneficiare delle agevolazioni fiscali previste dalla legge. Difatti, la richiesta di iscrizione, sottoposta all'ufficio competente per territorio da parte del legale rappresentante dell'ente stesso, comporta una procedura di verifica da parte dell'ufficio, finalizzata al controllo, sia formale che sostanziale, dei requisiti che la legge impone agli enti del terzo settore. Tali requisiti debbono essere mantenuti durante tutta la durata dell'ente e sono previste procedure di verifica periodiche (art. 51); queste verifiche, effettuate con cadenza triennale, hanno lo scopo di verificare la continua sussistenza dei requisiti richiesti per l'iscrizione al registro stesso. In caso di venuta meno dei requisiti e di non adeguamento nei termini imposti dall'ufficio territoriale, l'ente viene cancellato dal registro in commento. All'interno del registro unico debbono necessariamente comparire alcune informazioni che hanno lo scopo di garantire la massima trasparenza rispetto a soggetti giuridici che godono dell'erogazione e dell'utilizzo di danaro pubblico. In ottica di massima trasparenza è altresì prevista, per l'iscrizione, l'acquisizione da parte dell'ufficio territoriale della informativa antimafia di cui all'art. 91 del d. lgs. 159/2011.

Sempre per garantire il corretto utilizzo dei fondi pubblici è previsto che i rendiconti e i bilanci di esercizio debbano essere depositati presso l'ufficio competente

per territorio presso cui l'ente è iscritto. Tra le informazioni richieste ai fini dell'iscrizione al registro sono previste: la denominazione, la forma giuridica, la sede legale, la data di costituzione, l'oggetto dell'attività, il possesso della personalità giuridica e del patrimonio minimo, le generalità dei soggetti che hanno la rappresentanza legale e le generalità dei soggetti che rivestono cariche sociali.[58]
L'ente può essere cancellato allorquando ne venga fatta richiesta dall'ente stesso, ovvero d'ufficio quando vengano meno (e non siano ripristinati) i requisiti previsti dalla legge per effettuare l'iscrizione.

2. La *governance* degli Enti del Terzo Settore.

Con l'introduzione della disciplina relativa al Terzo Settore, la struttura amministrativa degli enti *non profit* e la loro *governance* si è fatta molto più simile alle previsioni civilistiche dettate per le società di capitali e per le società cooperative. Ciò emerge limpidamente dalle disposizioni speciali[59] relative al t.s. che prevedono l'organo assembleare, l'organo amministrativo, l'organo di controllo e la revisione legale dei conti. A dimostrazione di ciò si può portare a titolo di esempio la previsione in materia di organo assembleare (art. 24), che sancisce l'osservanza e l'applicazione degli articoli 2372 e 2373 c.c.; il primo riguarda la materia della rappresentanza in assemblea ponendo diversi limiti sia qualitativi che quantitativi, il secondo riguarda la delicata materia del conflitto di interessi che potenzialmente può verificarsi allorquando l'assemblea sia in fase deliberativa.

[58] Art. 48 d. lgs. 117 del 2017.
[59] Titolo IV, capo III del d.lgs. 117 del 2017.

2.1. *L'assemblea e le sue competenze inderogabili.*

Per quanto attiene all'assemblea[60] giova sottolineare che, salvo diversa previsione dell'atto costitutivo o dello statuto, essa è composta da tutti gli associati regolarmente iscritti; hanno diritto di voto coloro che risultano iscritti da almeno tre mesi. Come già si diceva prima, il funzionamento dell'organo assembleare si ricollega alla disciplina generale approntata dal codice civile in materia di assemblea delle società per azioni. Si diceva già del vincolo imposto dall'art. 2373 c.c. in materia di conflitto di interessi in sede di assemblea; ebbene, tale vincolo impone il divieto di voto per quei soggetti che si trovino in conflitto di interessi. In materia di partecipazione e rappresentanza durante l'assemblea, oltre alla possibilità di collegarsi con mezzi telematici, sono previste delle limitazioni al numero di voti esprimibili da un singolo soggetto (fisico o giuridico che sia) ed è previsto il divieto di attribuire la facoltà di voto agli organi amministrativi, ai dipendenti o agli organi che svolgono il controllo. La rappresentanza opera attraverso il noto istituto della delega scritta ad altro associato con il limite di tre deleghe in capo ad un medesimo soggetto (estendibile a 5 in caso di assemblee con un numero di associati superiore a cinquecento).

Venendo alle competenze dell'assemblea è opportuno richiamare l'art. 24 del d. lgs. 117 del 2017; esso prevede le competenze inderogabili in capo all'organo assembleare. Preliminarmente si sancisce che la disciplina *de qua* si applica alle associazioni riconosciute e non riconosciute che appartengono al Terzo Settore in attuazione della uniformità del sistema richiesta in sede di delega parlamentare al Governo.

Nel dettaglio, le competenze dell'assemblea sono: (i) la nomina e la revoca dei componenti degli organi sociali, (ii) la nomina e la revoca, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, (iii) approvazione del bilancio, (iv) deliberare sulla responsabilità dei componenti degli organi sociali e promuovere l'azione di responsabilità nei loro confronti, (v) deliberare, salvo diversa previsione dell'atto costitutivo o dello statuto, sull'esclusione degli associati, (vi) deliberare le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto, (vii) approvare il

[60] Art. 24 del Codice del Terzo Settore.

regolamento dei lavori dell'assemblea stessa, (viii) deliberare lo scioglimento, la trasformazione, la fusione o al scissione dell'associazione e (ix) deliberare su quanto la legge, l'atto costitutivo o lo statuto attribuiscono alla sua competenza. Tali competenze, come si diceva, rivestono carattere inderogabile. Tuttavia, giova segnalare che il successivo comma 2 dell'art. 25 prevede una clausola derogatoria rispetto a quanto appena detto. Invero, per quelle associazioni che abbiano particolari requisiti dimensionali (numero di associati non inferiore a cinquecento) è possibile che atto costitutivo e statuto disciplinino le competenze dell'assemblea in deroga rispetto a quanto previsto dal comma 1 dello stesso articolo; tutto ciò è possibile solo quando siano rispettati i principi di democraticità, pari opportunità ed uguaglianza degli associati.

Si anticipa in questa sede, anche se verrà approfondito più oltre (cfr. *infra* cap. III § 3.1.), il rilevante ruolo rivestito dall'assemblea in relazione al controllo dell'operato dell'organo amministrativo. Nel caso delle assemblee degli enti del Terzo Settore, difatti, non si ha una situazione similare a quella che si verifica nelle assemblee delle società per azioni (laddove l'assemblea è costituita dagli azionisti e le relative decisioni sono assunte dalla maggioranza, che ben può essere concentrata anche in un singolo soggetto) in quanto ciascun associato è vincolato solo a se stesso, senza dover rispondere a logiche strategiche o di altro genere. Tale situazione fa sì che l'organo amministrativo sia sempre sotto la lente di ingrandimento dell'assemblea (seppure esclusivamente per le materie di sua competenza). È tale circostanza che fa sorgere il fenomeno che si può definire come "controllo diffuso" che si verifica in diversi ambiti della vita associativa all'interno del t.s. e di cui, peraltro, si discuterà separatamente.

2.2. *L'organo amministrativo*.

L'organo amministrativo è quell'organo deputato alla gestione della vita operativa dell'ente, così come avviene in materia societaria. Tale organo, in funzione della sua rilevanza, è destinatario di una disciplina piuttosto complessa prevista sia dalle disposizioni contenute nel codice civile, sia della disciplina particolare prevista dal Codice del Terzo Settore (artt. 26-27-28).

L'organo amministrativo, per espressa disposizione normativa,[61] è un organo la cui esistenza è inderogabile ed è prescritta sia per le associazioni (riconosciute o non riconosciute), sia per le fondazioni. La previsione inderogabile di cui si sta discutendo appare del tutto coerente con la finalità di uniformare la disciplina di tutti gli enti appartenenti al t.s., nonché con la finalità di uniformare la disciplina degli enti *non profit* con la disciplina prevista in materia societaria (e di cui si diceva *supra*). La nomina degli amministratori avviene ad opera dell'assemblea, salvo che per i primi amministratori, i quali debbono essere nominati nell'atto costitutivo (a meno che non esista già l'organo assembleare). Il potere di nomina degli amministratori è attribuito non solo all'assemblea (che comunque deve nominare almeno la metà degli amministratori, in attuazione dei principi di democraticità e di eguaglianza tra associati), ma anche ad altri organi sociali, se così si dispone nello statuto o nell'atto costitutivo. La maggioranza degli amministratori deve, inoltre, essere scelta tra le persone fisiche associate; in materia di nomina degli amministratori si applica, per espressa previsione dell'art. 26 comma 2 del Codice del Terzo Settore, l'art. 2382 c.c. che riguarda le cause di ineleggibilità e di decadenza degli amministratori. Tra queste, ricordiamo l'interdizione, l'inabilitazione, il fallimento o una condanna ad una pena a cui consegue l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi. Inoltre, gli amministratori possono essere nominati, se lo statuto o l'atto costitutivo dispongono il tal senso, anche da soggetti esterni, purché siano a loro volta enti appartenenti al Terzo Settore.

L'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere, inoltre, particolari requisiti di onorabilità, indipendenza e professionalità, ulteriori rispetto a quelli previsti dal-

[61] Art. 26 comma 1 del d.lgs. 117 del 2017.

la legge, per poter assumere la carica di amministratore. La gestione è rimessa, in tal modo, alla regolamentazione interna dell'ente in ottica di personalizzazione dello stesso, a seconda dell'attività svolta e a seconda degli utenti a cui si rivolge. Ancora, l'ente è libero di richiedere, pur nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, particolari requisiti in relazione ai principi a cui si ispira (ad esempio, gli enti ecclesiastici possono richiedere quale requisito l'essere un religioso praticante).
Gli amministratori, così come avviene in materia societaria, hanno la rappresentanza generale dell'ente e le limitazioni ad essa non sono opponibili ai terzi, salvo che questi ne siano a conoscenza o salvo che risultino iscritte nel RUNTS.

Una previsione che giova sottolineare è quella contenuta *sub* art. 27 del d.lgs. 117 del 2017, la quale estende la disciplina dell'art. 2475 *ter* c.c., che permette all'ente di richiedere l'annullamento del contratto concluso da un amministratore che abbia la rappresentanza della società e che versava in conflitto di interessi, purché tale conflitto fosse conosciuto o riconoscibile dai terzi. Appare del tutto chiaro che tale previsione sia indirizzata alla tutela dell'ente nelle situazioni in cui gli amministratori agiscano con modalità che cagionino uno sviamento dall'interesse sociale per spostarsi verso il soddisfacimento di un interesse proprio. Occorre qui precisare che tale ipotesi di conflitto di interessi è sanzionata esclusivamente sul versante civilistico, non essendo applicabile la disciplina prevista dall'art. 2629 *bis* c.c. in materia di omessa comunicazione del conflitto di interessi; invero, tale disciplina si applica esclusivamente alle società che abbiano titoli quotati in borsa (e non è, ovviamente, la casistica degli enti del Terzo Settore). Tale differente trattamento sanzionatorio, peraltro, risulta giustificato dalla diversità degli interessi tutelati: è indubbio che la tutela del corretto funzionamento di società che abbiano titoli quotati in borsa, e quindi diffusi tra il pubblico degli investitori, abbia una natura anche penalistica. Viceversa, per quelle società, od enti, che non abbiano le sopraccitate caratteristiche risulta sufficiente

la tutela approntata dal codice civile.[62] Inoltre, è doveroso segnalare la previsione di cui all'art. 28 del Codice del t.s. in riferimento alla responsabilità degli amministratori. Tale articolo individua le ipotesi di responsabilità dell'organo amministrativo, dei direttori generali, dell'organo di controllo e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti nei confronti dell'ente, degli associati, dei creditori, del fondatore e dei terzi attraverso un rinvio *de plano* alla disciplina civilistica di cui agli articoli 2392 e seguenti c.c. e al d. lgs. 39/2010. Anche sotto questo profilo giova ricordare che si sta trattando di una disciplina squisitamente civilistica, senza alcun profilo penalistico.

Infine, occorre sottolineare la previsione di cui all'art. 29 dello stesso Codice che prevede la denunzia al tribunale e all'organo di controllo; tale disciplina è finalizzata ad uniformare la disciplina speciale a quanto già previsto dagli articoli 2408 e 2409 c.c. Nella disciplina speciale si prevede la possibilità da parte di ogni associato, ovvero di un decimo degli associati se il loro numero supera i cinquecento, di denunziare fatti ritenuti censurabili all'organo di controllo il quale deve poi agire di conseguenza. Inoltre, si prevede la possibilità di denunzia al tribunale da parte di almeno un decimo degli associati, dell'organo di controllo, del revisore legale dei conti e del pubblico ministero ai sensi dell'art. 2409 c.c. debitamente adattato agli enti del t.s. Ciò che appare evidente è il regime di controllo assai penetrante che viene previsto anche per gli enti del Terzo Settore; tale disciplina, del tutto giustificata a parere di chi scrive in quanto finalizzata ad una gestione il più aderente possibile alle previsioni che normano la materia tutta, presenta anche dei profili problematici peculiari che si verificano nel mondo del Terzo Settore. Invero, specie nelle associazioni di volontariato e in quegli enti che abbiano dimensioni piuttosto ridotte, accade sovente che l'organo amministrativo sia costituito non da personale preparato dal punto di vista tecnico, ma da soggetti che mettono a disposizione il loro tempo per permettere all'associazione di esercitare l'attività per cui è nata. Ciò comporta che non sempre la gestione amministrativa sia conforme ai precetti legislativi, ma ciò non per

[62] Si vd. L.D. CERQUA, G. CANZIO, L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2016, p. 421 ss. Inoltre, si veda S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, Torino, 2018, p. 123 ss.

raggiungere scopi illeciti da parte di chi amministra, ma per una mancanza (spesso incolpevole) di un'adeguata preparazione tecnica. È la stessa disciplina a non richiedere il possesso di particolari requisiti di professionalità all'organo amministrativo e, anzi, si impone di scegliere la maggioranza dell'organo amministrativo proprio tra gli associati. Sarà l'ente, eventualmente, a dover prevedere in sede di atto costitutivo o di statuto il possesso di determinati requisiti per poter ricoprire il ruolo di amministratore.

Tale circostanza, del resto, potrà essere valutata positivamente, in sede di giudizio, ai fini della disciplina *ex* d. lgs. 231/2001, soprattutto con riferimento all'idoneità dei modelli organizzativi e di gestione. Viceversa, non sarebbe del resto giustificato un giudizio di inidoneità dei modelli legato alla mancanza dei requisiti di professionalità dell'organo amministrativo in quanto è la stessa disciplina speciale a non richiederli. Sotto questo profilo, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che possa chiarire tali dubbi e, soprattutto, garantire che gli enti abbiano un organo amministrativo particolarmente competente e che sappia orientarsi all'interno di un sistema assai complesso. Gli enti *non profit*, come più volte si è ricordato, agiscono soprattutto grazie all'utilizzo di erogazioni di danaro pubblico e ciò impone che la gestione di tale danaro sia il più possibile corretta e trasparente. È chiaro che una corretta gestione possa avvenire solo grazie ad un organo amministrativo che abbia determinate capacità e competenze. Se ciò che si vuol perseguire è una corretta gestione del danaro pubblico in ottica preventiva, è necessario dotare gli enti *non profit* di un organo amministrativo competente; non è, difatti, sufficiente il sistema di controllo *ex post*.

2.3. *L'organo di controllo*.

L'organo di controllo è un organo necessario all'interno degli enti del t.s. per espressa previsione dell'art. 30 del d. lgs. 117 del 2017; tale organo è deputato alla vigilanza nei confronti dell'ente in merito al rispetto della legge, dello statuto, dell'atto costitutivo e di tutta la normativa applicabile all'ente sottoposto al suo controllo. L'organo di controllo è obbligatorio per le fondazioni, mentre è facoltativo per le associazioni (riconosciute o non riconosciute) che non raggiunga-

no determinati requisiti strutturali, patrimoniali e reddituali. L'obbligatorietà dell'organo di controllo all'interno delle fondazioni è giustificata dal fatto che in esse l'assemblea non riveste carattere necessario. Come già si anticipava *supra*, l'assemblea all'interno degli enti del t.s. è di per sé deputata al controllo in merito alla fisiologica gestione dell'ente. Non essendo obbligatoria l'assemblea nelle fondazioni è del tutto logico che vi sia, invece, l'obbligatorietà dell'organo di controllo.

Per quanto attiene alle associazioni riconosciute e non riconosciute è necessario sottolineare che l'organo di controllo è obbligatorio laddove, per due esercizi consecutivi, l'associazione abbia superato almeno due dei seguenti requisiti: un attivo patrimoniale pari a 110.000,00 euro, entrate pari a 220.000,00 euro e 5 dipendenti impiegati. Inoltre, è prevista l'obbligatorietà qualora l'associazione abbia dei patrimoni destinati previsti dall'art. 10 del Codice del Terzo Settore. Anche la *ratio* dell'obbligatorietà nei casi sopra elencati è chiara: prevedere un controllo laddove l'ente abbia dei requisiti, soprattutto di natura economica, particolarmente rilevanti. In questi casi, dunque, non si ritiene sufficiente la vigilanza da parte dell'assemblea, ma si richiede un organo *ad hoc* che sia esclusivamente dedicato a tale scopo. L'organo di controllo può essere monocratico, oppure collegiale; la scelta è rimessa all'ente stesso attraverso lo statuto o l'atto costitutivo. In ogni caso, è necessario che i componenti dell'organo di controllo soddisfino i requisiti di cui all'art. 2397[63] c.c.; inoltre, trova applicazione l'art. 2399[64] c.c. in materia di cause di ineleggibilità e decadenza.

---

[63] Art. 2397 comma 2 c.c.: «Almeno un membro effettivo ed uno supplente devono essere scelti tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro. I restanti membri, se non iscritti in tale registro, devono essere scelti fra gli iscritti negli albi professionali individuati con decreto del Ministro della giustizia, o fra i professori universitari di ruolo, in materie economiche o giuridiche».

[64] Art. 2399 comma 1 c.c.: «Non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio:

1. a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382;
2. b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;
3. c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro

Per quanto riguarda i compiti affidati dalla legge all'organo di controllo negli enti del t.s., in via generale, si fa riferimento alla vigilanza sul rispetto della legge, dello statuto, dell'atto costitutivo e della normativa prevista per tale categoria di enti. Inoltre, il citato articolo 30 prevede un controllo rispetto alla corretta amministrazione con espresso riferimento al d. lgs. 231 del 2001. Invero, il comma 6 prevede che l'organo di controllo eserciti il suo compito anche in riferimento alle disposizioni del d. lgs. 231/2001 qualora applicabili e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, contabile ed il suo concreto funzionamento. Tale esplicito riferimento, come già si anticipava *supra* Cap. I, è la dimostrazione ulteriore dell'applicabilità del decreto sulla responsabilità amministrativa dipendente da reato anche agli enti del Terzo Settore, chiaramente attraverso la clausola di compatibilità. Difatti, per la particolare natura degli enti del t.s. occorre verificare la compatibilità delle disposizioni del d. lgs. 231 del 2001 e quelle contenute nel Codice del Terzo Settore.

Non sarebbe immaginabile una piana trasposizione delle disposizioni del decreto legislativo 231/2001. L'idoneità dell'assetto organizzativo, nonché del corretto svolgimento della funzione di vigilanza da parte dell'organo di controllo sono requisiti che il decreto 231/2001 richiede, *inter alia*, ai fini dell'esclusione della responsabilità *ex crimine* dell'ente. Sotto questo profilo giova segnalare che anche la disciplina civilistica, *sub* art. 2381 c.c., prevede che l'organo amministrativo debba assicurarsi, anche per il tramite di un comitato esecutivo all'uopo costituito, del corretto assetto organizzativo della società. Tale disposizione, a parere di chi scrive, appare applicabile, in quanto compatibile, anche agli enti del Terzo Settore. Invero, è l'organo amministrativo che deve assicurarsi dei requisiti organizzativi dell'ente in modo tale che sia idoneo al raggiungimento dello scopo per cui è stato costituito. Questo profilo ha delle ricadute necessarie se ci si riferisce alla disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001; difatti, è lo stesso articolo 6 del citato decreto a prevedere che sia compito dell'organo dirigente (formula, peraltro, non del tutto corretta) quello di dover adottare ed attuare i modelli organizzativi

---

o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.».

idonei alla prevenzione del rischio penale. Appare dunque chiaro che le competenze dell'organo amministrativo e di quello di controllo si intersechino; è l'art. 30 del d. lgs. 117 del 2017 a prevedere che l'organo di controllo debba sincerarsi dell'idoneità dell'assetto organizzativo, con riferimento alle disposizioni di cui al d. lgs. 231 del 2001. Ancora, sempre l'art. 30 del Codice del Terzo Settore, prevede che sia l'organo di controllo a dover controllare in merito al rispetto dei principi di corretta amministrazione. A questo punto, il necessario incontro tra le competenze dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo è evidente. Il rinvio che il citato articolo 30 opera con riferimento al d. lgs. 231/2001 consente di concludere che sia l'organo di controllo che l'organo amministrativo[65] debbano vigilare sul corretto assetto amministrativo dell'ente cui appartengono. Inoltre, l'organo di controllo riveste un ruolo di primaria importanza per quanto attiene alla situazione contabile dell'ente. Tale azione è possibile grazie alla verifica del bilancio sociale; invero, è richiesta all'organo di controllo la verifica del rispetto delle linee guida per la redazione del bilancio sociale, nonché di verificare che lo stesso sia redatto secondo le disposizioni di legge. Infine, a chiusura delle competenze assegnate all'organo di controllo si segnala la previsione *sub* comma 8 che assegna a tale organo ogni potere di tipo ispettivo, di controllo e di indagine rispetto alle operazioni sociali o su determinati affari posti in essere dall'organo amministrativo. Tale previsione risponde alla logica di consentire una vera e propria vigilanza su tutto ciò che riguarda l'ente senza limiti di competenza. Solo attraverso le attività di controllo, di ispezione e di indagine attuate dall'organo di controllo è possibile garantire che l'ente agisca *secundum legem*.

[65] Con riferimento all'art. 6 comma 1 lett. *a* del d.lgs 231 del 2001.

2.4. *L'Organismo di Vigilanza*.

L'organismo di Vigilanza (d'ora in avanti anche O. d. V.) è un organo non direttamente previsto all'interno del Codice del Terzo Settore, ma contemplato dal d. lgs. 231 del 2001 *sub* art. 6. Tale organo è funzionale per vigilare, *inter alia*, in merito alla corretta applicazione dei modelli organizzativi e di gestione e al loro aggiornamento e, in particolare, al rispetto dei protocolli in essi contenuti.[66] L'adozione dei modelli organizzativi, unitamente all'istituzione dell'organismo di vigilanza, è finalizzata, assieme alle altre condizioni di cui all'art. 6 del decreto legislativo 231 del 2001, all'esclusione della responsabilità *ex crimine* nei confronti della società (e degli enti del Terzo Settore)[67]. Malgrado l'assenza della previsione dell'O. d. V. all'interno del d. lgs. 117 del 2017, appare del tutto evidente che la previsione di cui all'art. 6 del d. lgs. 231 del 2001 può trovare applicazione, in quanto compatibile, anche all'interno della normativa speciale del t.s. L'istituzione sia dell'O. d. V., che dell'organo di controllo non può che essere considerata come una maggior volontà di strutturare un sistema che sia finalizzato alla prevenzione della commissione di reati in favore e a vantaggio dell'ente, sia alla corretta amministrazione dello stesso.

Come si diceva *supra*, l'organo di controllo deve essere composto da soggetti (o da un soggetto, se monocratico) che abbiano i requisiti previsti dagli articoli 2397 e 2399 c.c. Al contrario, per l'O.d.V. non sono richiesti tali requisiti da parte del legislatore. Tuttavia, in sede giurisprudenziale, ai componenti dell'O. d. V. è richiesta una continuità d'azione e particolari requisiti di professionalità ai fini non tanto dell'assunzione della carica, ma ai fini del successivo (ed eventuale)

---

[66] Si veda Corte app. Milano, sezione II, 21 marzo 2012, n. 1824, in *Dir. pen. cont.*, con nota di L. SANTANGELO, 3 luglio 2012, in cui si afferma che compete all'organismo di vigilanza verificare sia il funzionamento che l'idoneità dei modelli e di segnalare le (eventuali) carenze all'organo dirigente in modo che provveda in tal senso.

[67] Su questo punto si vd. M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 20 ss.; G. CORRIAS LUCENTE, *Le caratteristiche del modello organizzativo esimente*, in *Resp. amm. soc.*, n. 1/2011, p. 203; T.E. EPIDENDIO, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 4, p. 149 ss.; A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 93 ss.

giudizio di idoneità dei modelli organizzativi.[68] Occorre precisare che l'O. d. V. non costituisce un obbligo (a differenza dell'organo di controllo per le fondazioni e per le associazioni che superano i limiti di cui sopra), essendo una mera facoltà rimessa alle scelte strategiche della società (o dell'ente). Invero, non ponendo la legge alcun obbligo di costituzione dell'organismo di vigilanza, sarà l'ente a dover decidere se dotarsi dei modelli organizzativi e, dunque, dell'organismo di vigilanza, al fine di dotarsi di modelli organizzativi idonei alla prevenzione del rischio penale collegato all'attività svolta.[69] In caso di mancata adozione dei modelli e della costituzione dell'organismo di vigilanza l'ente resterà esposto alle conseguenze che il d. lgs. 231 del 2001 prevede in caso di commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso. Sarà l'ente a valutare se conviene, sia con riferimento all'attività svolta che con riferimento alle dimensioni e al rischio penale concretamente esistente, se adeguarsi alla disciplina *de qua*.

L'organismo di vigilanza, peraltro, assolve compiti in parte diversi da quelli svolti dall'organo di controllo e, anche per questo, è da ritenere del tutto auspicabile l'istituzione di entrambi gli organismi ai fini della valutazione di idoneità dei modelli organizzativi e della corretta organizzazione dell'apparato societario o associativo. I compiti che sono assegnati all'O. d. V. possono essere così sintetizzati: (i) vigilanza in merito alla corretta applicazione dei modelli organizzativi, (ii) verifica periodica della diffusione presso i destinatari dei modelli organizzativi e periodico aggiornamento degli stessi, (iii) accogliere le segnalazioni provenienti dai soggetti destinatari dei modelli organizzativi e (iv) comunicare eventuali situazioni patologiche relative all'applicazione dei modelli organizzativi. Per quanto attiene alla natura dell'organismo di vigilanza, la giurisprudenza di merito, accogliendo la maggioritaria tesi dottrinale, ha sostenuto che l'O. d. V.

---

[68] Ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Milano, 20 settembre 2004 ed Ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

[69] Invero, l'adozione dei modelli e, quindi, la previsione dell'organismo di vigilanza, non è un obbligo che la legge pone a carico delle società e degli enti; di questo aspetto si discuterà in maniera più approfondita *sub* cap. III § 1.1.

costituisce un soggetto indipendente dalla società e che non costituisce in alcun modo un organo sociale.[70]

Un profilo particolarmente interessante è quello che attiene alla eventuale responsabilità penale dell'organismo di vigilanza, in caso di mancata attuazione delle prerogative sue proprie. Invero, se è indubbio che possano configurarsi ipotesi di concorso ai sensi dell'art. 110 c.p., non altrettanto può dirsi rispetto ad una responsabilità *ex* art. 40 comma 2 c.p.; difatti, affinché possa sussistere una responsabilità per mancato impedimento di un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire è necessario che vi siano degli specifici poteri impeditivi attribuiti dalla legge ad un determinato organo.[71] Orbene, all'organismo di vigilanza non sono attribuiti, dalla legge, poteri impeditivi e per questo motivo non è possibile il configurarsi di una responsabilità penale in capo ad esso per il non aver impedito il compimento di un reato. L'O. d. V. può e deve segnalare eventuali aspetti patologici all'organo amministrativo della società senza poter intervenire direttamente. Se accadesse il contrario, ossia se l'organismo di vigilanza rispondesse per mancato impedimento si avrebbe una situazione per cui un soggetto risponderebbe per un reato non commesso e che non aveva nemmeno l'obbligo di impedire; tale situazione sarebbe palesemente contrastante con i principi costituzionali (primo fra tutti quello di personalità della responsabilità penale *ex* art. 27) e con i basilari principi di legalità che fondano il sistema penale nazionale. In conclusione, l'inerzia dell'O. d. V. potrà far sorgere una responsabilità esclusivamente di natura civile ed in particolare una responsabilità di natura contrattuale ai sensi dell'art. 1223 c.c.; invero, il conferimento dell'incarico all'O. d. V. presuppone che esso svolga il suo ruolo in modo professionale e conforme all'incarico. L'obbligazione è senza ombra di dubbio un'obbligazione di mezzi e, pertanto, il semplice verificarsi di un reato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente non potrebbe essere *ex se* motivo di responsabilità dell'organismo di vi-

---

[70] Tribunale di Milano, 8 agosto 2012, n. 9258. Si segnala anche G. BONGIORNO, *Organismo di vigilanza ex 231: natura e responsabilità*, in *diritto.it*, 2018; A. DE NICOLA, *L'organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2015.

[71] Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 22614; Cass., Sez. IV, 13 marzo 2008, n. 19524, reperibili on-line in *www.diritto.it*.

gilanza. Solo quando il compimento del reato è conseguenza immediata e diretta di un'inerzia dell'organismo di vigilanza è possibile muovere un rimprovero nei confronti dello stesso e, di conseguenza, agire per l'accertamento della responsabilità contrattuale con conseguente risarcimento dell'eventuale danno e con la revoca dell'incarico mediante risoluzione del rapporto.

Merita uno specifico approfondimento la previsione di cui al comma 4 dell'art. 6 d. lgs. 231/2001; *ivi* si prevede che negli enti di piccole dimensioni la funzione dell'O. d. V. può essere svolta anche dall'organo dirigente. Tale previsione, *ictu oculi* problematica, è particolarmente foriera di profili critici con riferimento agli enti del t.s. di piccole dimensioni. Invero, in tale circostanza non è prevista né l'istituzione dell'organo di controllo né quella dell'O. d. V.; solo l'organo amministrativo (*rectius* dirigente) sarebbe l'organo deputato al controllo di se stesso. Appare del tutto evidente che in tale circostanza, *de facto*, non vi sarebbe alcun controllo. Solo in ottica preventiva e solo su volontà dell'ente, si potrebbero istituire uno o entrambi gli organi, essendo mancante un vero e proprio obbligo derivante dalla legge.

2.5. *Revisione legale dei conti: breve cenno.*

Un breve cenno merita anche l'istituto della revisione legale dei conti all'interno degli enti del t.s.; l'art. 31 del dedicato Codice si occupa di tale aspetto. Si prevede l'obbligatorietà di nominare un revisore legale dei conti o una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro quando vi sia il superamento, per due esercizi consecutivi, dei seguenti limiti: totale dell'attivo patrimoniale pari a 1.100.000,00 euro, entrate comunque denominate pari a 2.000.000,00 euro, dipendenti occupati pari a 12 unità. È obbligatoria la revisione legale dei conti anche allorquando vi siano patrimoni destinati ai sensi dell'art. 10. Al superamento dei limiti sopra richiamati, inoltre, la funzione di revisione legale dei conti può essere esercitata anche dall'organo di controllo, secondo quanto dispone l'art. 30 comma 6 dello stesso Codice. In questa ipotesi, l'organo di controllo deve essere composto da revisori legali iscritti nell'apposito registro.

2.6. *I controlli esterni*.

Ai fini di una completa disamina dei sistemi di controllo approntati per il Terzo Settore, occorre dar conto anche dei controlli esterni, ossia quei controlli effettuati da soggetti terzi rispetto all'ente. Nel sistema dei controlli esterni intervengono diversi soggetti, prevalentemente di natura pubblica, al fine di garantire una corretta sorveglianza nei confronti degli enti *non profit*.

In primo luogo, occorre menzionare il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; esso ha il compito di vigilare innanzitutto sul possesso dei requisiti degli Enti del t.s. ai fini della registrazione nel RUNTS, nonché di vigilare sull'operato degli uffici regionali del Registro Unico. Inoltre, il Ministero ha il compito di predisporre i modelli per la redazione del bilancio degli enti del t.s. e di riferire periodicamente alle Camere in merito ai sistemi di controllo che sono stati posti in essere nei confronti degli enti operanti all'interno del Terzo Settore.

Un ruolo sicuramente rilevante è svolto dall'Ufficio del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore che opera a livello territoriale. Le attività di controllo poste in essere dall'Ufficio del RUNTS sono tipicamente di natura amministrativa e consistono in ispezioni, accertamenti, sopralluoghi che hanno la finalità precipua di accertare il reale possesso dei requisiti per mantenere l'iscrizione al registro, il rispetto degli obblighi che discendono dalla legge e dall'iscrizione al registro stesso e l'effettivo perseguimento delle finalità tipiche del Terzo Settore. Il ruolo dell'Ufficio del RUNTS è quindi di primaria importanza per garantire un fisiologico funzionamento dell'intero Terzo Settore.

Ancora, funge da controllore il Consiglio Nazionale del Terzo Settore che è istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; il suo ruolo è quello di esprimere pareri non vincolanti in merito ai modelli che il Ministero deve predisporre, sull'utilizzo delle risorse finanziarie pubbliche da destinarsi agli enti *non profit* e nomina i rappresentanti del Terzo Settore presso il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (CNEL).

Oltre al Consiglio Nazionale del Terzo Settore, funge da organo di controllo l'Organismo Nazionale di Controllo; esso è una fondazione di diritto privato isti-

tuita dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che svolge una funzione di indirizzo e di controllo rispetto ai Centri di Servizio per il Volontariato, che, a loro volta, hanno compiti formativi e di supporto tecnico nei confronti delle attività di volontariato. Inoltre, tali Centri sono finanziati dal Fondo Unico Nazionale costituito da erogazioni pubbliche finalizzate alle organizzazioni che si occupano di volontariato e ai Centri di Servizio per il Volontariato. L'Organismo Nazionale di Controllo si occupa della vigilanza rispetto al corretto utilizzo e alla corretta distribuzione dei fondi contenuti all'interno del Fondo Unico Nazionale.
Altra funzione di controllo è svolta, a livello territoriale, dagli Organismi Territoriali di Controllo; essi si occupano, oltre che del controllo rispetto all'operato dei Centri di Servizio per il Volontariato a livello locale, anche dell'accertamento del possesso dei requisiti e della loro costante sussistenza ai fini dell'accreditamento dei Centri stessi.
Infine, un importante ruolo di controllo è svolto dalle amministrazioni territoriali e pubbliche che erogano danaro, utilità di altro genere funzionali allo svolgimento delle attività richieste all'ente o che mettono a disposizione immobili agli stessi; invero, tali amministrazioni hanno il compito di vigilare rispetto al corretto utilizzo, da parte degli enti beneficiari, di quanto loro concesso per lo svolgimento delle attività tipiche.

Da quanto sin qui detto, appare chiaro che i controlli, sia interni che esterni, hanno come finalità quella di garantire il corretto funzionamento degli enti del t.s., in modo da evitare qualsiasi sviamento rispetto alle finalità tipiche per cui sono costituiti. I controlli interni si possono ritenere finalizzati ad una maggior tutela dell'ente in ottica individualistica, mentre i controlli esterni hanno la finalità di garantire un uniforme e corretto svolgimento delle attività che riguardano il Terzo Settore nel suo insieme; difatti, lo scopo dei controlli di natura esterna è proprio quello di garantire che non vi siano disparità all'interno del territorio nazionale rispetto all'osservanza della disciplina prevista per il settore *non profit*. I sistemi di controllo esterni, inoltre, garantiscono l'efficacia stessa del controllo, il

quale sarebbe altrimenti rimesso esclusivamente alla (buona) volontà dei singoli enti.

3. Il rapporto tra il Terzo Settore e la Pubblica Amministrazione.

Come si è già avuto modo di dire a più riprese all'interno di questo elaborato, il Terzo Settore si trova ad operare a stretto contatto con la P.A.; invero, le attività promosse e svolte dagli enti *non profit* sono spesso ausiliarie o strumentali rispetto a quelle devolute alla competenza del settore pubblico. Inoltre, taluni servizi sono affidati dalla pubblica amministrazione quasi esclusivamente ad enti del Terzo Settore (basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al soccorso di emergenza-urgenza o al trasporto sanitario di pazienti affetti da patologie croniche e ai servizi di utilità sociale). La circostanza per cui il t.s. si trova ad essere affidatario in via quasi esclusiva di servizi da parte della pubblica amministrazione, fa sorgere profili di sensibilità rispetto ad alcuni potenziali illeciti che possono essere commessi per ottenere l'affidamento dei servizi stessi (tra cui, ad esempio, spicca il fenomeno della corruzione). Allo scopo di garantire che i servizi devoluti dalla P.A. agli enti privati che appartengono al t.s. vengano affidati secondo procedure trasparenti, è stata introdotta un'apposita disciplina all'interno del d. lgs. 117 del 2017.

Tale disciplina dedicata è rintracciabile nel Titolo VII del Codice del Terzo Settore denominato "Dei rapporti con gli enti pubblici". La volontà del legislatore, attraverso la previsione di uno specifico titolo dedicato al rapporto tra il settore pubblico e quello privato, è quella di promuovere quanto più possibile la partecipazione del settore *non profit* per i servizi di utilità sociale. Tale intervento, sostenuto dal principio di sussidiarietà, si concretizza attraverso la partecipazione degli enti del t.s. non solo nella mera fase esecutiva dei servizi, bensì anche nella fase di progettazione delle politiche sociali. Anzitutto, occorre sottolineare che per Pubblica Amministrazione si deve adottare la nozione che si rintraccia all'interno del d. lgs. 165 del 2001 denominato "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche", per espressa volon-

tà del legislatore. Il compito delle amministrazioni pubbliche è chiaramente ed inderogabilmente quello di individuare i bisogni primari della società (compito, peraltro, esclusivo del settore pubblico) coinvolgendo, però, attivamente gli enti del t.s., in attuazione dei principi di sussidiarietà, efficienza, economicità, omogeneità, cooperazione, efficacia, responsabilità, copertura finanziaria, autonomia e unicità dell'amministrazione stessa.

Ulteriore aspetto da non dimenticare, a proposito dei compiti esclusivi che restano in capo alla pubblica amministrazione, è quello relativo ai controlli rispetto ai soggetti privati (ivi compresi gli enti del Terzo Settore).[72] L'ambito di intervento degli enti *non profit* è ben più ampio di quello previsto *ante* introduzione della riforma del 2017; difatti, la l. n. 328 del 2000 prevedeva la possibilità di ricorrere all'ausilio degli enti del t.s. esclusivamente per i servizi sociali. Con la riforma in commento, invece, si è ampliato l'ambito di intervento estendendolo a tutte le attività di interesse generale di cui all'art. 5 del d. lgs. 117 del 2017. Come si diceva poco sopra, il compito dell'amministrazione è quello di individuare i bisogni primari della comunità e i servizi da erogare, individuando i settori nei quali è richiesto un intervento da parte di soggetti terzi. L'amministrazione deve inoltre definire gli obiettivi generali da perseguire, le caratteristiche del servizio da erogare ed anche i criteri con cui dovranno essere scelti gli operatori terzi affidatari dei servizi e dei bisogni individuati. Gli strumenti attraverso i quali si concretizza la collaborazione fattiva tra pubblica amministrazione ed enti del Terzo Settore sono la co-programmazione e la co-progettazione. Per quanto riguarda la co-programmazione (prevista dall'art. 55 del Codice del Terzo Settore unitamente all'istituto dell'accreditamento), essa ha la finalità di ottenere una partecipazione degli enti *non profit* nel procedimento amministrativo[73] volto ad individuare, innanzitutto i bisogni che debbono essere soddisfatti e le risorse grazie alla quali raggiungere l'obiettivo; inoltre, nella fase della co-progettazione si individuano le

---

[72] V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, in *www.federalismi.it*, n. 20 del 2007, p. 8.

[73] M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, p. 4 e ss.; P. PANTALONE, *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, in *dir. ec.*, 1/2018; L. GILI, *Il codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2018.

modalità di realizzazione degli interessi e dei bisogni. All'interno della procedura di co-programmazione è necessario che vengano rispettati i principi di economicità, imparzialità, efficacia e di trasparenza da parte della pubblica amministrazione. È importante sottolineare che la fase di co-programmazione, così come la fase di co-progettazione (di cui si dirà *infra*), sono utilizzate per tutte le attività di interesse generale di cui all'art. 5 del Codice del Terzo Settore.

Per quanto attiene alla co-progettazione si può dire che questa è la fase esecutiva che segue la fase di co-programmazione. Questa fase, già prevista dalla Delibera ANAC n. 32 del 2016, è inquadrata nella fattispecie dell'accordo procedimentale di collaborazione.[74] La co-progettazione ha la finalità precipua di declinare da un punto di vista concreto le attività da mettere in atto che sono state individuate nella precedente fase. Durante la concretizzazione è necessario rispettare gli indirizzi, gli ambiti di intervento e gli obiettivi generali che sono individuati dalla pubblica amministrazione stessa.[75] Inoltre, la p.a. deve declinare le modalità di individuazione degli enti che partner, anche attraverso l'istituto dell'accreditamento.[76]

Ovviamente, solo gli enti che posseggono i requisiti individuati dalle amministrazioni pubbliche, nel pieno rispetto dei principi di trasparenza, uguaglianza, non discriminazione, rispetto della concorrenza e parità di trattamento, potranno essere destinatari dell'affidamento dei servizi individuati. Lo strumento attraverso il quale gli enti del t.s. si mettono a disposizione al fine di ottenere l'affidamento di un servizio è, per l'appunto, l'accreditamento. Tale istituto permette alla P.A. non solo di accertare il possesso dei requisiti richiesti per un determinato servizio, ma anche di ottenere una fattiva collaborazione da parte degli enti *non profit* nel momento della progettazione del servizio individuato

[74] È da segnalare la pronuncia del TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 28 giugno 2016, n. 890, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con la quale l'istituto di co-progettazione è stato qualificato come contratto di appalto. Nello stesso senso, si veda anche TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[75] Cons. Stato, parere del 31 maggio 2017, n.927, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[76] Art. 55 comma 2 del d.lgs. n. 117 del 2017.

come essenziale.[77] Inoltre, sono da ammettersi altre modalità di individuazione degli enti potenzialmente destinatari dell'affidamento, come l'istituto dell'autorizzazione amministrativa. Ciò che emerge in maniera limpida è che la disposizione di cui si sta discutendo detta una disciplina piuttosto generale e di principio, senza individuare nel dettaglio i criteri e i requisiti che devono soddisfare gli enti potenzialmente destinatari dell'affidamento. Ciò comporta, in palese contrasto con la volontà stessa del legislatore, una non omogeneità di criteri e di servizi a seconda dell'amministrazione che affida l'erogazione degli stessi. Anche su questo aspetto sarebbe opportuno un intervento da parte del legislatore per concretizzare ed uniformare i requisiti e i criteri di scelta degli enti affidatari. Tale intervento sarebbe auspicabile anche in ottica di piena attuazione del principio di trasparenza (uno dei principi cardine della p.a.) e, di conseguenza, della prevenzione di potenziali illeciti commessi con il fine di ottenere gli affidamenti dei servizi.

3.1. *La convenzione*.

Lo strumento che la legge individua (*sub* art. 56 del d. lgs. 117/2017) per l'affidamento dei servizi sociali di interesse generale[78] da parte delle amministrazioni pubbliche nei confronti degli enti del t.s., in particolare delle associazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale, è la convenzione. L'istituto in commento è previsto solo per le Organizzazioni di Volontariato e le Associazioni di Promozione Sociale che siano iscritte da almeno sei mesi nell'apposito registro e che abbiano particolari requisiti di moralità ed adeguate

---

[77]Sull'aspetto dell'accreditamento è interessante il contributo di E. FERIOLI, *L'accreditamento dei servizi sociali ed il Terzo Settore*: *una nuova sfida per il mondo del non profit?*, in *Riv. Aretè*, 1/2010, p.91. *Ivi*, si sostiene che le organizzazioni del Terzo Settore siano in grado di operare come «recettori di nuovi bisogni sociali, mostrando la loro capacità di cogliere molto prima delle Istituzioni malesseri e nuove necessità.».

[78] L'istituto della convenzione di cui all'art. 56 del Codice del Terzo Settore è utilizzabile solo per le «attività o servizi sociali di interesse generale" e non per tutte le attività di interesse generale di cui all'art. 5 dello stesso Codice. Tale scelta è stata adottata a seguito del parere emanato da Cons. Stato, parere 31 maggio 2017, n. 927, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si rimanda all'art. 128 del d.lgs. n. 112 del 1998 il quale definisce i servizi sociali come quei servizi destinati a «rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita.».

capacità per svolgere l'attività che sarà loro affidata; inoltre, sono richieste un'organizzazione ed una struttura che facciano desumere la loro attitudine per lo svolgimento dell'attività loro affidata.[79] Tale istituto permette non solo di affidare lo svolgimento di un servizio all'ente *non profit*, ma anche di assegnare allo stesso le risorse strumentali per l'esercizio dell'attività. Rimane del tutto chiaro il fatto che gli enti del t.s., per la loro stessa natura, debbono utilizzare le risorse loro assegnate esclusivamente per l'esecuzione di quanto è stato loro affidato. Non sarebbe ammissibile il conseguimento di un profitto, neppure indiretto, a seguito dell'espletamento dell'attività di cui sono assegnatari. Lo strumento della convenzione, peraltro, non può essere utilizzato dalle amministrazioni pubbliche per eludere il ricorso al mercato concorrenziale. Invero, è stata proprio la legge che ha delegato il Governo di introdurre la disciplina del Terzo Settore a precisare che il ricorso alla convenzione è ammissibile solo allorquando sia più favorevole rispetto al ricorso al mercato. Sotto questo profilo, occorre segnalare che la pubblica amministrazione deve tenere conto non solo dell'aspetto economico, ma anche dell'aspetto qualitativo del servizio che deve essere erogato. Tali due parametri consentono di valutare l'opportunità di affidare lo svolgimento di un'attività di interesse generale ad un ente del t.s., ovvero di ricorrere al mercato concorrenziale. Difatti, il regime di agevolazione di cui godono gli enti *non profit* sarebbe in grado di alterare la concorrenza nel mercato.

Lo stesso articolo si preoccupa di disciplinare, al comma secondo, anche la questione relativa al fattore economico e alle spese sostenute dall'ente per eseguire la prestazione che gli è affidata attraverso la convenzione. Gli enti del t.s. possono vedersi riconosciute, a titolo di rimborso, solo quelle spese che sono state effettivamente sostenute in virtù dell'espletamento del servizio loro richiesto e che siano debitamente documentate. Ovviamente, in sede di progettazione dell'incarico da affidare, la P.A. individua anche le risorse da destinare a quel determinato servizio e le spese che verranno successivamente rimborsate dovranno comunque stare all'interno della cornice preventivamente individuata, salva la sopravvenienza di eventi non prevedibili, al momento della progettazione, che comporta-

[79] Art. 56 comma 3 del d.lgs. 117/2017.

no un discostamento da quanto inizialmente preventivato. Lo strumento del rimborso non è l'unico con cui si dà la possibilità agli enti del Terzo Settore di prestare la loro opera. Invero, si ammette anche la possibilità di anticipare, in via forfettaria, un una somma di danaro che deve essere impiegata, fin da subito, per avviare l'attività; è da escludersi, in funzione della *ratio* del conferimento anticipato di danaro pubblico, una possibilità di accantonamento in capo all'ente destinatario dell'erogazione. L'anticipo in via forfettaria avviene, solitamente, allorquando le spese per dare avvio all'attività sono particolarmente elevate. Naturalmente, nel caso in cui tali spese, effettivamente sostenute dall'ente affidatario, dovessero rivelarsi inferiori alla somma versata *ex ante*, l'eccesso deve essere restituito; la restituzione è finalizzata ad evitare che vi sia il conseguimento di un profitto. È prevista, infine, anche la possibilità di rimborso dei costi indiretti, solo per la quota parte direttamente collegata all'attività che costituisce l'oggetto dell'affidamento.[80]

È fatta salva, per la convenzione in commento, la facoltà di recesso da parte della pubblica amministrazione, in funzione del disposto *sub* art. 11 della legge n. 241 del 1990; essa è sempre ammessa in caso di sopravvenuti motivi di pubblico interesse; in tale circostanza, è fatto salvo il diritto all'ottenimento di un indennizzo da parte dell'ente affidatario.

Da quanto sin qui detto, soprattutto con riferimento al fattore economico, appare del tutto evidente che tali aspetti siano particolarmente sensibili con riferimento alla potenziale commissione di reati finalizzati all'ottenimento di erogazioni di danaro pubblico e allo sviamento dalla fisiologia del rapporto tra pubblica amministrazione ed enti del t.s.; invero, tale aspetto è da tenersi in considerazione per la redazione dei modelli di organizzazione e gestione nella parte in cui si elencano le aree a rischio collegate all'attività svolta. Inoltre, anche una eventuale (fraudolenta) *mala gestio* delle erogazioni pubbliche può integrare diverse

[80] Se, al contrario, venissero riconosciuti rimborsi superiori rispetto alle spese effettivamente sostenute si rientrerebbe nell'ambito di applicazione della disciplina dei contratti pubblici, così come prevede la Relazione illustrativa del Governo al decreto legislativo, p.19, in *www.camera.it*.

fattispecie di reato, di cui si darà conto nella parte dedicata ai settori sensibili riferiti al Terzo Settore.

Per quanto riguarda la convenzione e il rapporto tra Terzo Settore e Pubblica Amministrazione occorre segnalare che l'enunciato dell'art. 57 del Codice prevede la possibilità di affidamento in convenzione, in via prioritaria, dei servizi di trasporto sanitario di emergenza-urgenza alle organizzazioni di volontariato accreditate e che siano iscritte da almeno sei mesi nell'apposito registro, aderenti ad una rete associativa di cui all'art. 41, comma 2 dello stesso codice. Tale previsione pone una chiara deroga rispetto alle procedure di gara normalmente previste; ciò sarebbe in contrasto con la libera prestazione dei servizi tutelata anche a livello europeo. Sul punto è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea: essa ha affermato la possibilità di derogare alle normali procedure di gara per quanto riguarda i servizi di cui si sta discutendo, attesa la rilevanza dell'interesse tutelato, ossia quello della salvaguardia della sanità pubblica.[81] È da segnalare anche l'intervento della giurisprudenza amministrativa, la quale si pone in linea con quelle che sono le indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia.[82]

[81] Corte di Giustizia U.E., sentenza 2 dicembre 2004, causa C-41/02 e, nello stesso senso, Corte di Giustizia U.E., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, in *Urbanistica e appalti*, 2015, p. 508 ss., con nota di R. CARANTA. Si veda anche, nello stesso senso, Corte di Giustizia U.E., 28 gennaio 2016, causa C-50/14, in *www.dejure.it*, secondo la quale non è contraria alle previsioni di cui agli articoli 49 e 56 del TFUE, la normativa nazionale «che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente a una finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio.»

[82] Cons. stato, sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208 e Cons. stato, sez. III, 10 luglio 2019, n. 4859. Qui, il supremo collegio amministrativo ritiene che l'affidamento diretto dei servizi alle associazioni di volontariato sia conveniente dal punto di vista economico, senza necessità di ulteriori dimostrazioni, in quanto manca la remunerazione della maggior parte del personale impiegato ed in quanto è previsto il solo rimborso delle spese sostenute, senza conseguimento di profitto dell'ente che eroga il servizio.

3.1.1. *Convenzioni e gare d'appalto: un breve sguardo.*

Merita particolare attenzione il profilo che riguarda la possibilità per gli enti del Terzo Settore di partecipare alle gare d'appalto. Invero, si potrebbe pensare ad una preclusione in virtù della possibilità di ottenere l'affidamento diretto attraverso lo strumento della convenzione. Tuttavia, è da evidenziare che ci troviamo in mancanza di una espressa preclusione ad opera della legge; al contrario, non vi sarebbero ragioni per escludere la possibilità, per gli enti *non profit*, di partecipare, al pari di tutti gli altri operatori economici, alle gare d'appalto. Tale soluzione è accolta anche a livello di ordinamento europeo. La Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi, inizialmente, nella già citata causa C-41/90 del 23 aprile 1991 (nota come sentenza Höfner) adottando una nozione funzionale di impresa e, successivamente, sottolineando che l'assenza del fine di lucro non preclude agli enti del t.s. di esercitare un'attività economica,[83] ammettendo così la possibilità di partecipare alle gare d'appalto. In questo caso, l'ente del t.s. sarà paragonato *in toto* ad un operatore economico tradizionale.[84] La giurisprudenza europea, peraltro, è stata accolta pienamente anche dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, la quale ha ammesso la partecipazione alle gare d'appalto pubbliche per gli enti del Terzo Settore.[85]

[83] Corte di Giustizia U.E., 29 novembre 2007, causa C-119/06.
[84] Occorre precisare che l'attività economica non deve essere l'attività primaria dell'ente, salvo i casi già discussi *supra*.
[85] Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116, in *www.ratioiuris.it*.

CAPITOLO TERZO

I MODELLI ORGANIZZATIVI: DISCIPLINA GENERALE E PECULIARITÀ NEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO:1. Introduzione e requisiti generali. 1.1. L'adozione del modello organizzativo: obbligo od onere? 1.2. La disciplina generale: articoli 6 e 7 del d. lgs. 231 del 2001. 1.2.1. Il criterio di imputazione della responsabilità all'ente: la colpa di organizzazione. 1.2.2. Il reato presupposto commesso dagli apicali: art. 6 del d. lgs. 231 del 2001. 1.2.3. Il reato presupposto commesso dai subordinati: l'art. 7 del d. lgs. 231 del 2001. 1.3 La predisposizione dei modelli organizzativi: aspetti generali. 1.3.1. I principi generali per la redazione dei modelli organizzativi. 1.4. Il sistema disciplinare. 1.5. Il codice etico. 2. I modelli organizzativi negli enti del Terzo Settore: quali le somiglianze e quali le differenze? 2.1. Il codice etico negli enti del Terzo Settore. 2.2. La delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 dell'ANAC. 2.3. L'individuazione delle aree a rischio negli enti del Terzo Settore. 3 Il controllo interno. 3.1. Il "controllo diffuso" negli enti del Terzo Settore: il caso di Croce Bianca Milano ODV.

1. Introduzione e requisiti generali.

A seguito dell'introduzione della responsabilità amministrativa dipendente da reato, avvenuta con il d.lgs. 231 del 2001, ha assunto notevole rilievo il profilo dell'organizzazione dell'ente al fine di prevenire la commissione di reati nel suo interesse o a suo vantaggio. A questo riguardo, emerge la notevole rilevanza dei modelli organizzativi e di gestione[1], i quali costituiscono, senza alcun dubbio, un profilo di primaria importanza all'interno del c.d. "sistema 231". Invero, sia per la finalità[2] che i modelli mirano a perseguire, sia per la valenza dal punto di vista processuale in ottica di esimente della responsabilità *ex crimine* dell'ente,[3] è possibile affermare che i modelli organizzativi siano il cuore della materia relativa alla responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato.[4] L'adozione dei modelli e la loro efficace attuazione costituiscono un aspetto assai rilevante

[1] Previsti agli articoli 6 e 7 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.
[2] Si veda *infra*, § 1.2.
[3] Di cui si dirà *infra*, Cap. IV.
[4] S.M. CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 84-86.

per la valutazione e la successiva gestione del rischio all'interno di un'impresa (o, più in generale, di qualsiasi ente assoggettato alla disciplina *de qua*). Invero, l'adozione dei modelli organizzativi, ai sensi del decreto 231 del 2001, rientra nella più ampia categoria del *risk assessment* e del successivo *risk management*, che si inseriscono all'interno della progettazione dell'intera attività economica dell'impresa, divenendo parte integrante della struttura aziendalistica.[5] L'analisi dei rischi e, più in generale, la progettazione di tutte le fasi e gli aspetti che riguardano un'impresa sono pacificamente passaggi irrinunciabili ai fini di una corretta gestione della stessa e della sua competitività sul mercato. Appare del tutto evidente, pertanto, che la valutazione del rischio penale d'impresa si inserisce indissolubilmente nella più ampia procedura di valutazione dei processi produttivi e della loro conseguente valutazione di rischio. All'interno di qualsiasi realtà imprenditoriale, nonché di qualsiasi altro ente che eserciti un'attività organizzata, la valutazione del rischio e la sua successiva gestione, sono fasi decisive ai fini dell'efficienza economica ed operativa.[6] La mancata individuazione di un potenziale rischio all'interno di un'attività economica (o di altra natura), tra cui rientra senza alcuna difficoltà il rischio di commettere reati in funzione dell'attività svolta dall'ente o dall'impresa, può comportare conseguenze assai nefaste per l'intera attività.[7] Da quanto sin qui affermato è del tutto evidente che qualsiasi realtà giuridica, inserita all'interno di un mercato, ha tutta la con-

---

[5] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., pp. 100-109.

[6] P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, I edizione, Milano, 2005, p. 135 ss.

[7] Si veda, a tal riguardo, il documento di Borsa Italiana, *Il risk management*, 4 giugno 2010, in *www.borsaitaliana.it*; è la stessa Borsa Italiana a dare una definizione di rischio: «Si parla di rischio riferendosi ad un evento che, quando si verifica, causa problemi.». Partendo da questa definizione, appare del tutto pacifico, a parere di chi scrive, che il rischio penale rientra sicuramente in tale definizione. I problemi potenzialmente derivanti dalla commissione di un reato all'interno di un ente (dovuto ad una mancata previsione dello stesso) possono portare a conseguenze del tutto invalidanti per l'attività stessa: basti pensare agli effetti preclusivi della misura della confisca o del commissariamento giudiziale dell'ente. Il verificarsi di un reato nell'ambito di un'attività economica può portare alla totale paralisi della stessa. Alla luce di ciò è possibile affermare che la funzione svolta dal modello organizzativo, nel più ampio ambito della valutazione del rischio, concorre innanzitutto alla prevenzione di situazioni patologiche e, successivamente, all'ottimizzazione dell'intera attività. Si veda anche P. PRANDI (a cura di), *Il risk management. Teoria e pratica nel rispetto della normativa*, Milano, 2012, pp. 37-51.

venienza a dotarsi dei modelli organizzativi; convenienza che viene valutata sulla base dell'attività svolta e (anche) sulla probabilità che un determinato rischio possa poi effettivamente concretizzarsi.

1.1. L'adozione del modello organizzativo: obbligo od onere?

Si diceva poco sopra che l'adozione dei modelli organizzativi è conveniente, sia ai fini economici che ai fini eventualmente giudiziari, per qualsiasi attività operante all'interno di un mercato. Occorre però domandarsi (ed è questo lo scopo del presente paragrafo) se l'adozione dei modelli organizzativi possa considerarsi un obbligo discendente dalla normativa in materia, ovvero se possa considerarsi un mero onere rimesso ad una valutazione di opportunità della singola realtà.

In linea generale, non si rintracciano disposizioni normative che impongano coattivamente l'adozione dei modelli organizzativi. Tuttavia, occorre segnalare che alcune normative di settore prevedono, per determinati operatori, la necessità di essere dotati dei modelli organizzativi o di gestione al fine di poter contrattare od operare all'interno di uno specifico mercato.[8] Anche queste previsioni, tuttavia, non possono considerarsi, a parere di chi scrive, come imposizioni finalizzate a coartare la volontà dell'ente in modo da farlo dotare dei modelli organizzativi e di gestione, ma costituiscono requisiti per poter partecipare ad alcune procedure di gara o per potersi inserire all'interno di un mercato settoriale. L'ente rimane quindi libero di non dotarsi dei modelli di organizzazione e di gestione, con la conseguenza di non aderire a quei mercati o settori che richiedono,

[8] È il caso, ad esempio, del *Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A.*, il quale prevede che le società emittenti che intendano quotarsi presso il «segmento titoli con alti requisiti» debbano necessariamente essere dotate dei modelli di organizzazione e di gestione. Ancora, come ben evidenzia A. BERNASCONI, op. cit., p. 35 ss., vi sono numerose disposizioni regionali che richiedono agli enti, che vogliano contrattare con la pubblica amministrazione, di essere dotati dei modelli organizzativi. Si vedano su questo punto, *inter alia*, la l. regionale della Calabria n. 15 del 2008, l. regionale dell'Abruzzo n. 15 del 2011, il decreto n. 1179 e il decreto 1180 del 2011 della Regione Sicilia. Si veda, inoltre, la delibera n. 32 del 2016 di ANAC, la quale richiede agli enti *non profit* che vogliano collaborare con la pubblica amministrazione di dotarsi dei modelli organizzativi. Anche questa previsione non potrebbe ritenersi un obbligo di dotarsi di tali modelli, ma un onere per l'ente che volesse inserirsi all'interno di questo specifico mercato. Su questo punto, si veda il paragrafo 2.2 di questo capitolo.

invece, la loro adozione. Rimanendo nell'ambito normativo, nemmeno la disciplina del d. lgs. 231 del 2001 prevede un obbligo di dotarsi dei modelli di cui si sta discutendo, rimettendo la decisione alla valutazione opportunistica dell'ente.

Nemmeno sul versante giurisprudenziale si riscontrano, se non in isolati casi,[9] pronunce che impongano l'adozione dei modelli organizzativi. Al più, la mancata adozione può portare ad una valutazione di rimprovero a seguito, però, del verificarsi di un reato presupposto. In mancanza della commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, alcun rimprovero può essere mosso per la mancata adozione dei modelli organizzativi.[10] Inoltre, occorre anche segnalare che, qualora l'ente sia già dotato dei modelli organizzativi, non esiste alcun obbligo di aggiornamento degli stessi, nemmeno a seguito di un mutamento di normativa *medio tempore* intervenuto. Il mancato aggiornamento potrà incidere in sede processuale nel momento del giudizio di idoneità ed efficacia dei modelli organizzativi, ma non potrà rilevare sotto altri profili.[11]

È opportuno segnalare che sul fronte della dottrina si riscontrano tesi a sostegno dell'obbligatorietà dell'adozione dei modelli organizzativi; tale obbligatorietà è sostenuta dalla necessaria adeguatezza degli assetti organizzativi dell'impresa. Una realtà priva dei modelli organizzativi non sarebbe, dunque, adeguata a livello di organizzazione generale.[12]

---

[9] G.u.p. Tribunale di Milano, 3 gennaio 2011, X s.p.a., in *rivista231.it*., la quale ha affermato l'obbligatorietà dell'adozione dei modelli come dovere, da parte della società, di contrastare il compimento di reati presupposto.

[10] Corte Cass., 23 giugno 2006, n. 32627, con nota di G. IZZO in *Cass. pen.*, 2007, p. 80; Trib. Riesame di Milano, 28 ottobre 2004, con nota di G. VARRASO, in *Corr. merito*, 2005, p. 319; G.u.p. Tribunale di Tolmezzo, 23 gennaio 2012, in *Dir. pen. cont.*; G.u.p. Tribunale di Novara, 1° ottobre 2010, in *Dir. pen. cont.*, con nota di M. PELAZZA, in cui si afferma che l'adozione dei modelli organizzativi è una «*incoercibile scelta positiva dell'ente*»; G.i.p. Tribunale di Milano, 20 settembre 2004, con nota di G. LUNGHINI, in *Corr. giur.*, n. 1/2005, p. 85.

[11] G.i.p. Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007, Impregilo, con nota di M. CARDIA, in *Resp. amm. soc.*, 4/2007, p. 163.

[12] N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Milano, 2017, p. 2302 ss. In tale opera, Abriani sostiene che sia obbligo dell'organo di controllo vigilare sull'adozione, da parte dell'organo amministrativo, dei modelli di organizzazione e di gestione (ritenuti per l'appunto obbligatori). In mancanza, vi sarebbe una responsabilità sociale da parte dell'organo amministrativo, prima, e dell'organo di controllo poi. Su tale aspetto, è interessante la statuizione del Tribunale di Milano, sez. VIII civ., 13 febbraio 2008, n. 1774, nella quale si afferma la responsabilità sociale del presidente del c.d.a. e

A parere di chi scrive, tuttavia, si può pacificamente giungere alla conclusione che l'adozione e la successiva attuazione dei modelli organizzativi, da parte dei soggetti giuridici sottoposti alla disciplina *ex* d. lgs. 231 del 2001, non è imposta da alcuna previsione normativa o dal diritto positivo e rimane, pertanto, un mero onere dell'ente. Al più, la mancata adozione potrà essere posta a fondamento dell'affermazione di responsabilità sociale per gli amministratori che non abbiano adottato ed attuato i modelli organizzativi; malgrado ciò, la mancata adozione dei modelli di per sé non costituisce, attualmente, alcun illecito e nessuna sanzione è prevista per la mera mancanza dei modelli organizzativi.

1.2. *La disciplina generale: articoli 6 e 7 del d. lgs. 231/2001.*

Dopo aver stabilito l'opportunità sia economica che pratica rispetto all'adozione dei modelli organizzativi, è necessario definire quali siano le finalità degli stessi. È certamente possibile rintracciare una finalità di natura preventiva, che deriva dalla possibilità di evitare l'affermazione della responsabilità dipendente da reato nel caso in cui l'ente, *inter alia*, si sia dotato, prima della commissione del fatto, di modelli organizzativi idonei a prevenire il rischio penale d'impresa.[13]

Inoltre, si può affermare senza difficoltà alcuna che l'adozione dei modelli risponda ad una finalità limitativa della responsabilità dell'ente qualora un reato sia stato già commesso; tale limitazione consiste nella possibilità di evitare

---

dell'amministratore delegato per non avere adottato modelli di gestione. In tale situazione, l'ente si è visto comminare una sanzione pecuniaria per un reato commesso nel suo interesse e a suo vantaggio. Non è stato possibile evitare (o, subordinatamente, ridurre) la sanzione pecuniaria in quanto l'ente non si era dotato di modelli di organizzazione e di gestione. Questa situazione è però differente dall'ipotesi sopra considerata in quanto, nello specifico caso, era stato commesso un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente; pertanto, la responsabilità degli amministratori è stata affermata proprio per le conseguenze dannose che la società ha subito in virtù, non solo della mancata adozione dei modelli, ma anche della commissione di un reato nel suo interesse o a suo vantaggio.

[13] Il tenore letterale dell'art. 6 comma 1 del d.lgs. 231 del 2001 è molto chiaro: «[…] l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi […]».

l'applicazione delle sanzioni interdittive (applicabili anche, lo ricordiamo, in via cautelare),[14] ovvero ottenere la riduzione della sanzione pecuniaria.[15]

Occorre segnalare anche la valenza *post factum* dei modelli organizzativi che si colloca all'interno delle fattispecie riparatorie, dopo la commissione del reato presupposto, ai sensi dell'art. 17 del decreto 231 del 2001.[16] Ciò è posto ad ulteriore dimostrazione della finalità special-preventiva del c.d. "sistema 231", il quale è interamente improntato a finalità di prevenzione invece che di repressione.

1.2.1. *Il criterio di imputazione della responsabilità all'ente: la colpa di organizzazione.*

Prima di passare alla disamina degli articoli 6 e 7 del decreto in commento, è necessario focalizzare l'attenzione sul criterio imputativo che permette di ascrivere la responsabilità all'ente a seguito della commissione di un reato presupposto nel suo interesse o a suo vantaggio. Tale criterio imputativo, dovrà rispondere ed essere aderente al principio sancito dall'art. 27, comma 1, della Costituzione,[17] che prevede il divieto di ascrivere una responsabilità in capo ad un soggetto per un fatto commesso da altri (c.d. divieto di responsabilità per fatto altrui). Ritenere l'ente responsabile per il sol fatto che un reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica inquadrata all'interno dell'ente risulterebbe del tutto confliggente con il principio appena menzionato. Appare del tutto chiaro che per esserci una responsabilità (anche di natura penale) nei confronti dell'ente è necessario che ad esso sia rimproverabile un comportamento antigiuridico. È pacifico che l'ente non possa porre in essere comportamenti al pari delle persone fisiche, ma è altrettanto vero che l'ente possa agire in senso giuridico e

[14] Artt. 17, 65 e 70 del d.lgs. 231 del 2001.
[15] Art. 12 comma 2 lettera *b* del decreto in commento.
[16] Così infatti stabilisce il comma 1 lettera *b* del citato articolo 17: «l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione dei modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi».
[17] Così, infatti, recita il comma 1 dell'art. 27 della Costituzione: «*la responsabilità penale è personale*».

che sia in grado di tenere comportamenti che rilevano dal punto di vista penale.[18]

Il criterio imputativo a fondamento della responsabilità dell'ente ha una natura ovviamente diversa dai criteri di imputazione previsti dalla normativa penalistica approntata per le persone fisiche.[19] Inoltre, come si anticipava poco sopra, si dovrà rispettare il divieto di responsabilità per fatto altrui. È necessario che tale criterio imputativo permetta di addossare all'ente una responsabilità derivante dall'aver permesso la commissione di un fatto reato presupposto compiuto da una persona fisica inquadrata all'interno della compagine dell'ente. A tal proposito assume particolare rilievo la teoria di De Maglie:[20] egli ritiene che, sulla base del noto principio di immedesimazione organica, di cui si è già parlato,[21] la persona fisica agisce come organo dell'ente e, se il reato è commesso proprio nell'interesse dell'ente, allora questo ne deve rispondere in quanto il fatto reato si considera commesso dall'ente stesso. Tale teoria, che si pone come alternativa alla già citata teoria di Ferrua rispetto alla *fictio iuris*,[22] permette di bypassare il problema della personalità della responsabilità in quanto l'ente risponde per un fatto proprio e non per un fatto altrui.[23] Ciò che tale teoria non permette di superare è il problema del principio di colpevolezza,[24] il quale deve essere sempre tenuto a mente per poter ascrivere una responsabilità di natura (formale o sostan-

---

[18] G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato: profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, p. 141.

[19] È doveroso il richiamo all'art. 42 comma 1 del codice penale: «*Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà*.». Intanto, occorre segnalare che la previsione appena riportata ha come destinatari le persone fisiche e, quindi, il richiamo alla coscienza ed alla volontà è riferito ai soggetti senzienti.

[20] C. DE MAGLIE, *L'Etica e il Mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 345.

[21] Si vd. Cap. I § 1.

[22] Ibidem.

[23] G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1126 ss.; G. DE SIMONE, op. cit., p. 141 ss.; A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 33 ss.

[24] Secondo ALESSANDRI, op. cit., p. 43, e G. DE VERO, op. cit., p. 1142, tuttavia, la teoria della immedesimazione organica sarebbe sufficiente a giustificare la responsabilità dell'ente.

ziale che sia) penale. Riprendendo la teoria quadripartita di Marinucci-Dolcini[25], è necessario che la condotta posta in essere sia colpevole, al fine di essere poi punibile. Partendo da questo assunto, è necessario quindi individuare un criterio imputativo che possa far emergere l'aspetto della colpevolezza in capo all'ente. È pacifico che l'ente non possa essere ritenuto colpevole da un punto di vista dell'elemento psicologico,[26] in quanto essere incorporeo e, dunque, non pensante. Per risolvere questa *impasse* è stata teorizzata la c.d. colpa di organizzazione.[27] Con tale criterio di imputazione, è dunque possibile rimproverare all'ente una mancata organizzazione dal punto di vista interno che ha permesso (o meglio, agevolato) il verificarsi di fatti-reati presupposto nel suo interesse o a suo vantaggio. In questo modo restano ferme sia la responsabilità nei confronti della persona fisica che ha commesso il reato presupposto, sia la responsabilità dell'ente in quanto la sua mancata organizzazione ha agevolato (o non ha impedito) la commissione dello stesso reato. Con tale criterio imputativo si prevede quindi, nei confronti dell'ente, una sorta di dovere di organizzazione (sebbene non obbligatorio come si diceva *supra*) o, meglio, una sorta di autoresponsabilità.[28] Nel caso in cui l'ente non si adegui a tale dovere (e un reato sia commesso[29]) è possibile muovere nei suoi confronti un rimprovero e quindi pro-

---

[25] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, IV edizione, Milano, 2015, p. 181 ss.

[26] G. DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, p. 624.

[27] Il concetto di colpa di organizzazione è stato teorizzato da K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1995, p. 615 ss.

[28] Tripodi parla di obbligo di diligenza nei confronti della società: tale espressione, a parere di chi scrive, può risultare fuorviante in quanto sembrerebbe porre un vero e proprio obbligo di organizzazione in capo all'ente; sarebbe più opportuno parlare di onere dell'ente. Per la visione di Tripodi si veda A. TRIPODI, *"Situazione organizzativa" e "Colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 491 ss.

[29] Invero, l'ente può essere responsabile solo a condizione che un reato sia stato commesso da uno dei soggetti indicati dall'art. 5 del d.lgs. 231 del 2001. In assenza della commissione di un reato presupposto l'ente non è responsabile per la sola mancanza di un apparato organizzativo idoneo alla prevenzione del rischio penale d'impresa. L'ascrizione di responsabilità in caso di mancanza della commissione di un reato presupposto confliggerebbe con il principio di tassatività e con il principio di determinatezza di cui all'art. 25 comma 2 della Costituzione.

cessarlo per affermarne la sua (eventuale) responsabilità.[30] Il dovere di auto-organizzazione, come sostengono Paliero e Piergallini, è di natura pianificatoria (sul piano progettuale) in quanto è «strumentale all'assorbimento dell'incertezza legata all'esistenza del rischio reato come fattore irritativo».[31] È a questo punto che andrà valutata in concreto la correlazione tra la commissione del reato e la mancata organizzazione dell'ente. Come si diceva poco sopra, è sufficiente che il fatto reato sia stato agevolato dalla mancata organizzazione dell'ente, non è invece necessario un vero e proprio nesso causale (peraltro anche di difficile, se non *diabolica*, prova).[32]

1.2.2. *Il reato presupposto commesso dagli apicali: art. 6 del d.lgs. 231 del 2001.*

Partendo dalla disamina dell'art. 6 del d. lgs. 231 del 2001 occorre subito sottolineare che tale disposizione si riferisce alla commissione di un reato presupposto[33] da parte di un soggetto che riveste ruoli apicali all'interno dell'ente.[34] L'espressione soggetti "apicali" si riferisce ai soggetti indicati *sub* art. 5 dello stesso decreto.[35] È interessante notare come il disposto di tale articolo ricomprenda (per ovvie ragioni) anche i soggetti che esercitano i ruoli apicali anche di fatto, non rilevando pertanto un criterio di tipo formale, ma di tipo sostanziale. Tale scelta è del tutto condivisibile in quanto non sarebbe tollerabile poter eludere l'applicazione della disciplina semplicemente facendo mancare l'atto formale di nomina alle funzioni *ivi* richiamate. Per dare una definizione più concreta di

---

[30] Ibidem.
[31] C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3, luglio-settembre 2006, p. 178.
[32] Ibidem, p. 176.
[33] I reati presupposto sono quelli annoverati all'interno del Capo I, Sezione III del d.lgs. 231/2001.
[34] Così, infatti, sancisce il comma 1 dell'art. 6: «se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'art. 5, comma 1, lettera *a*) […].».
[35] Art. 5 d.lgs. 231/2001 lett. *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;».

tali funzioni, dal punto di vista funzionale,[36] è utile riportare la definizione data da Pecorella e Astrologo: secondo tali esponenti della dottrina si debbono intendere soggetti che svolgono funzioni apicali coloro che abbiano una forte ingerenza sull'ente, ovvero su una unità operativa dello stesso.[37]

L'art. 6 è strutturato in modo da far discendere una responsabilità dell'ente nel caso in cui venga commesso un reato presupposto, nel suo interesse o a suo vantaggio, da uno dei soggetti che rivestano ruoli apicali. Tale previsione riprende senza alcun dubbio la teoria dell'immedesimazione organica,[38] grazie alla quale è possibile ricollegare le scelte dei soggetti di cui si sta discutendo con scelte proprie dell'ente ed in grado di far sorgere la sua responsabilità.

Dal canto suo, l'ente non incorrerà in alcuna responsabilità se prova che (i) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, (ii) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, (iii) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione e (iv) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera *b)*.[39] Per quanto qui interessa, assume particolare rilievo la lettera *a)*, la quale si riferisce espressamente all'adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi prima della commissione del fatto. La stessa Relazione al decreto ha previsto come causa di attribuzione della responsabilità all'ente la presenza di una colpa organizzativa (di cui si è detto nel paragrafo che precede), tale da non aver impedito la commissione di un reato nel suo interesse o a suo vantaggio, derivante dalla mancata adozione ed efficace at-

---

[36] F. SGUBBI, A. ASTROLOGO, *Articolo 5, responsabilità dell'ente*, in M. LEVIS, A. PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Bologna, 2014, p. 148.

[37] C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della* responsabilità, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 84 ss.

[38] M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. 231/2001,* in G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPARIA, *Diritto penale delle società,* Padova, 2014, p. 910; Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001, par. 3.2.

[39] Art. 6 comma 1 d.lgs. 231/2001.

tuazione dei modelli organizzativi.[40] La finalità della previsione *sub* lettera *a)* è pacificamente di natura preventiva in quanto funge da incentivo, per l'ente, a dotarsi dei modelli organizzativi nella fase anteriore alla commissione di un fatto di reato e l'incentivo consiste proprio nell'escludere la responsabilità dell'ente in giudizio. Inoltre, è possibile riscontrare un'altra finalità intrinseca ai modelli: essa consiste nel poter muovere un rimprovero, in caso di mancato adozione, nei confronti dell'ente. Tale circostanza permette, quindi, di fungere da substrato per la nascita della responsabilità propria dell'ente.[41]

Per quanto attiene all'onere della prova occorre subito sottolineare che ci si trova di fronte ad una situazione piuttosto articolata; invero, la situazione muta a seconda che si tratti di reati commessi da soggetti in posizione apicale (art. 6) o da soggetti subordinati (art. 7). Per quanto riguarda l'art. 6 del decreto in esame, occorre evidenziare che il tenore letterale della legge parrebbe introdurre un onere probatorio a carico dell'ente, in palese contrasto con il principio di non colpevolezza (come si discuteva *supra* Cap. I); tuttavia, se si considera l'adozione e l'efficace attuazione come un fatto impeditivo della responsabilità dell'ente, ne deriva, senza troppe difficoltà, che sia l'ente a dover dare prova di tale fatto impeditivo.[42] Con riferimento a questo profilo è da segnalare l'intervento della Corte di Cassazione con la sentenza Brill Rover s.r.l. del 2010 (i cui aspetti principali sono stati confermati anche dalle Sezioni Unite con la sentenza Thyssen-Krupp[43] del 2014). La Corte, in tale pronuncia, ha sottolineato come non sia possibile ravvisare alcuna inversione dell'onere della prova in quanto spetta all'accusa «l'onere di dimostrare l'esistenza… dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* e che abbia agito nell'interesse di questa» e di dimostrare anche «la carente regolamentazione in-

---

[40] Relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001, punto 4.

[41] G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 170.

[42] Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, in *www.olympus.uniurb.it*; si vd., inoltre, G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede* giudiziale, in A.M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, Napoli, 2013, p. 186, il quale sostiene che sull'ente non gravi alcun onere della prova (non potendosi quindi configurare alcuna inversione in tal senso), ma vi sia un mero onere di allegazione rispetto al fatto impeditivo.

[43] Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.

terna dell'ente».[44] Ciò detto, ne deriva che di fronte alla prova fornita dall'accusa in merito agli aspetti appena riportati, l'ente potrà fornire (ed è questo il caso di cui si sta trattando) una prova liberatoria che possa confutare quanto sostenuto dall'organo di accusa. Appare evidente, tuttavia, che nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un reato presupposto commesso da un soggetto in posizione apicale, la possibilità per l'ente di sottrarsi alla responsabilità *ex crimine* dipende sostanzialmente da una *probatio diabolica*; invero, l'ente dovrebbe provare le quattro condizioni (in via cumulativa e non alternativa) di cui si è detto poco sopra ed elencate dall'art. 6. La difficoltà nella prova, da parte dell'ente, risiede anche nel dover provare (nel caso in cui l'ente fosse dotato di modelli organizzativi) l'elusione fraudolenta da parte dell'autore del reato dei modelli adottati ed attuati. Anche tale aspetto merita una trattazione più approfondita in modo da chiarire la portata del significato del termine "fraudolenta"; secondo quanto sostenuto da Scoletta,[45] per elusione fraudolenta deve intendersi un'elusione avvenuta mediante artifizi o raggiri idonei ad aggirare l'impianto organizzativo predisposto dall'ente. Dello stesso avviso è Alessandri,[46] il quale ritiene che l'elusione è fraudolenta quando l'efficacia del modello è stata «artificiosamente aggirata».

Il soggetto che agisce aggirando il modello in maniera fraudolenta rende vana qualsiasi possibilità per l'ente di prevedere tale comportamento e, quindi, di poter intervenire per impedire la commissione del fatto reato. Appare del tutto evidente che è difficile, da parte dell'ente, fornire una prova liberatoria dimostrando l'elusione fraudolenta del modello (oltre, chiaramente, alle altre condizioni richieste dall'art. 6) da parte del soggetto agente. Proprio in ciò risiede l'aspetto di notevole difficoltà che fa ritenere tale situazione una *probatio diabolica*.[47] A maggior ragione, come sottolinea Alessandri[48], se si considera l'ipotesi in cui l'autore del reato non è individuato; come è noto, ai sensi dell'art. 8 del decre-

---

[44] Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, Brill Rover s.r.l., in *www.olympus.uniurb.it*.
[45] M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato*, cit., p. 915.
[46] A. ALESSANDRI, *Note penalistiche*, cit., p. 33 ss.
[47] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 187.
[48] A. ALESSANDRI, op. ult. cit.

to in commento, la mancata individuazione dell'autore del reato presupposto non osta all'affermazione della responsabilità nei confronti dell'ente. È chiaro che in caso di mancata individuazione dell'autore del reato risulta pressoché impossibile dimostrare che il modello sia stato aggirato in maniera fraudolenta.

1.2.3. *Il reato presupposto commesso dai subordinati: l'art. 7 del d.lgs. 231 del 2001.*

Per quanto riguarda l'art. 7 del d. lgs. 231 del 2001,[49] esso si riferisce ai reati presupposto commessi da soggetti subordinati, ossia da coloro che siano sottoposti alla direzione ed alla vigilanza dei soggetti che rivestono ruoli apicali.[50]

Nella prospettiva del citato art. 7 si assiste ad una situazione decisamente differente rispetto a quella approntata all'interno dell'art. 6. Tale differente situazione si sostanzia a partire dalla costruzione legislativa dell'art. dedicato ai reati commessi dai soggetti subordinati. Qui, difatti, si avrà la responsabilità *ex crimine* dell'ente solo se la condotta costituente reato è stata possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.[51] È significativo rilevare che tale differente costruzione è giustificata, a parere di chi scrive, dal fatto che qui si sta trattando di soggetti subordinati che, normalmente, non esprimono la volontà dell'ente stesso al pari di quanto avviene, invece, per i soggetti apicali. Da ciò ne discende che l'auto-responsabilità[52] dell'ente debba essere sicuramente più accentuata quando si tratta di soggetti in posizione apicale.

---

[49] Difatti, l'art. 7 comma 1 del d.lgs. 231 del 2001 si riferisce proprio ai soggetti c.d. subordinati: «Nel caso previsto dall' articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.».

[50] Secondo l'opinione di De Vero, rientrerebbero nel novero dei soggetti subordinati anche i collaboratori esterni; si vd. G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 155; in senso contrario, invece si riscontra la tesi di Vignoli, il quale ritiene che una tale interpretazione sia da intendersi illegittima in quanto trattasi di analogia in *malam partem*; si veda, a tal proposito, F. VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 907.

[51] Art. 7 comma 1 del d.lgs. 231 del 2001.

[52] Concetto di cui si è detto *supra* § 1.2.1.

È interessante, inoltre, notare come il legislatore abbia introdotto, *sub* comma 2, una presunzione *iuris et de iure*[53] che prevede l'esclusione della responsabilità in capo all'ente se esso ha adottato ed efficacemente attuato, *ante delictum*,[54] modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Nella situazione appena descritta e disciplinata dall'art. 7, non si pongono problemi rispetto all'onere della prova (problemi che, al contrario, rimangono dibattuti in dottrina per quanto attiene all'art. 6[55]), il quale incombe pacificamente sull'accusa.[56]

Nella costruzione dell'art. 7, proprio in funzione dei soggetti coinvolti[57], il legislatore ha voluto (a ragione) prospettare una situazione meno "afflittiva" nei confronti dell'ente; ciò è stato possibile prevedendo una presunzione di esclusione della responsabilità in caso di adozione ed efficace attuazione dei modelli. Infine, appare del tutto evidente che la costruzione di tale articolo pone in evidenza, come parametro per affermare la responsabilità in capo all'ente, la colpa organizzativa.[58]

---

[53] La natura della presunzione, oltre che dal tenore letterale, è anche confermata in giurisprudenza di merito in G.i.p. Tribunale di Napoli, ordinanza del 26 giugno 2007, in *www.olympus.unibr.it*, p. 10.

[54] È rilevante, ai fini dell'applicazione della disciplina *de qua*, il fatto che il modello sia stato adottato da parte dell'ente anteriormente alla commissione del reato presupposto. Ciò, oltre ad essere specificamente previsto dal legislatore, è anche una conseguenza del tutto logica se letta con riferimento alle disposizioni di cui all'art. 12 del d.lgs. 231 del 2001. L'effetto dell'esclusione della responsabilità è direttamente collegato all'adozione *ante delictum*; in caso di adozione *post delictum*, l'ente potrebbe giovare delle riduzioni e delle premialità di cui si diceva *sub* Cap. I.

[55] Si vd. Cap. I e nota 35 all'interno di questo capitolo.

[56] C.E. PALIERO, *Art. 7, soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in M. LEVIS, A. PERINI, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 87.

[57] Ossia i subordinati, i quali, al contrario di quanto avviene per i soggetti apicali, non esprimono direttamente la volontà dell'ente, ma agiscono su indicazione degli stessi soggetti apicali. Il differente trattamento legislativo è dunque giustificato, a parere di chi scrive, da tale differenza di posizioni gerarchiche e di ruoli ricoperti all'interno dell'ente.

[58] È di questo avviso TRIPODI, op. cit. p. 509 ss.; nello stesso senso si vd. C.E. PALIERO, *La responsabilità penale*, in AA.VV., *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 156.

1.3. *La predisposizione dei modelli organizzativi: aspetti generali.*

Per quanto riguarda la predisposizione dei modelli di organizzazione e di gestione ai sensi del d. lgs. 231 del 2001, bisogna rilevare che non esiste una disciplina *ad hoc*, né all'interno del citato decreto, né in altre disposizioni normative; invero, all'interno degli articoli 6 e 7 del decreto in commento vengono date talune informazioni generali e di principio alle quali attenersi per la predisposizione degli stessi, senza però che vi sia una disciplina di dettaglio che possa fungere da riferimento. A tal riguardo occorre segnalare la disposizione *sub* comma 3 dell'art. 6 del citato decreto,[59] il quale prevede che i modelli organizzativi possano essere adottati sulla base di codici di comportamento, comunicati al Ministero della Giustizia, redatti dalle associazioni rappresentative degli enti. Il Ministero della Giustizia può, di concerto con i ministeri competenti, esprimere un parere in merito all'idoneità dei modelli.[60] Alla luce di quanto sin qui rappresentato, appare fondamentale, ai fini della corretta predisposizione e della successiva attuazione dei modelli *de quibus*, fare riferimento alle linee guida emanate dalle principali associazioni rappresentative degli enti e che abbiano superato il vaglio di idoneità da parte del Ministero della Giustizia. Tra i vari documenti pubblicati in materia di redazione dei "modelli 231", assumono particolare rilievo le linee guida emanate da Confindustria.[61] Inoltre, è stato recentemente emanato un documento dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Con-

---

[59] Art. 6 comma 3 del d.lgs. 231/2001: «I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.».

[60] Il parere del Ministero della Giustizia, in ogni caso, non può vincolare il giudice in ordine alla valutazione dell'idoneità dei modelli predisposti sulla base di detti documenti; invero, a conferma di tale tesi soccorre innanzitutto l'indipendenza dell'organo giudicante secondo il brocardo *iudex peritus peritorum*, che ben si può adattare, *mutatis mutandis*, alla situazione *de qua*; invero, non è possibile affermare che il giudice debba uniformarsi (secondo il principio dell'*ipse dixit*) ad una valutazione altrui. Inoltre, il giudice, secondo quanto disposto dall'art. 101 della Costituzione secondo il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge.». Da ciò ne deriva che l'azione del giudice non possa essere vincolata da pareri emanati dall'esecutivo, nel caso di specie il Ministero della Giustizia. Si riscontra una pronuncia di merito che conferma tale ipotesi; G.i.p. del Tribunale di Bari, 18 aprile 2005, in *Le società*, 2006, con nota di S. BARTOLOMUCCI, p. 365.

[61] *Decreto 231. Le nuove linee di Confindustria per la costruzione dei modelli organizzativi*, disponibile on-line in www.confindustria.it.

tabili (CNDCEC), elaborato con la collaborazione di Consiglio Nazionale Forense (CNF), Confindustria e Associazione Bancaria Italiana (ABI)[62], il quale enuncia i principi consolidati per la redazione e la predisposizione dei modelli organizzativi.[63]

Dall'analisi di questi documenti è possibile individuare sia i principi generali a cui i modelli organizzativi debbono ispirarsi, sia una disciplina di dettaglio che consente una puntuale costruzione dei modelli, in modo che possano essere idonei al raggiungimento del loro scopo. Naturalmente, per la vasta e variegata gamma di enti operanti all'interno del panorama giuridico italiano, non è possibile predisporre un unico modello valevole per qualsivoglia soggetto giuridico, ma sarà necessario plasmare il singolo modello in relazione alla concreta natura dell'ente che dovrà adottarlo. La *customizzazione* del modello, difatti, è uno dei principi fondamentali che si rinvengono in ogni linea guida.

1.3.1. *I principi generali per la redazione dei modelli organizzativi.*

Per la redazione dei modelli organizzativi e di gestione è innanzitutto indispensabile fare riferimento al dettato degli articoli 6 e 7 del d. lgs. 231 del 2001, ai quali si rimanda, in modo da poter rispettare i principi da essi enunciati, nonché le finalità a cui i modelli organizzativi debbono rispondere. Oltre a ciò, è necessario che i modelli vengano costruiti sulla base di una approfondita analisi e conoscenza delle aree di attività dell'ente all'interno del quale debbono essere adottati. Da quanto detto ne deriva, in maniera limpida, che l'approccio per la costruzione dei modelli è di natura multidisciplinare e che il processo grazie al

---

[62] Tale associazione aveva già emanato le linee guida nel documento denominato *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, 2 marzo 2004 ed aggiornate il 25 marzo dello stesso anno e, poi, nel marzo del 2008, disponibili on-line in *www.abi.it*.

[63] *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, febbraio 2019, disponibile on-line in *www.commercialisti.it*. Già in precedenza, il CNDCEC aveva emanato delle linee guida per la redazione dei modelli organizzativi con il documento denominato *Principi di redazione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001*, 7 luglio 2016, *ibidem*.

quale si arriva all'adozione è un processo complesso suddiviso in diverse fasi, tutte tra loro collegate.

Come si diceva *supra* (§ 1.3), alla luce dell'eterogeneità degli enti che operano all'interno del panorama economico (e non solo) italiano, è del tutto pacifico il fatto che il processo di predisposizione dei modelli organizzativi debba rispondere a logiche di *customizzazione* dello stesso in relazione alla natura dell'ente a cui i modelli sono rivolti. Ciononostante, è possibile identificare, per tutti i modelli organizzativi, delle fasi che siano comuni. Prima di procedere all'analisi delle singole fasi, è doveroso sottolineare che, ai fini di una corretta predisposizione dei modelli è indispensabile un'approfondita conoscenza dell'ente,[64] con particolare riferimento ad alcuni aspetti che pare opportuno sottolineare. Innanzitutto, è necessario conoscere a fondo la struttura organizzativa, amministrativa e contabile dell'ente in modo da poter comprendere come vengano prese ed attuate le decisioni all'interno dello stesso. Inoltre, è necessario conoscere in modo dettagliato l'attività (o le attività) in concreto svolta dall'ente, in modo da poter identificare i potenziali reati presupposto nell'ambito di tale attività. Ancora, è indispensabile considerare le dimensioni, il volume di affari, il numero di persone dipendenti (e qualsiasi altra risorsa umana impiegata nell'ente) ed ogni altra informazione che riguardi la struttura generale dell'ente.

La prima di queste fasi consiste, senza alcun dubbio, nella mappatura (o identificazione) dei rischi ai quali l'ente può essere esposto in funzione dell'attività che svolge in concreto; identificare i rischi di naturale penale significa individuare gli eventi che possano avere effetti pregiudizievoli per l'ente alla luce della disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001. Tali effetti pregiudizievoli si sostanziano, ad esempio, nell'ascrizione della responsabilità amministrativa dipendente da reato nei confronti dell'ente e conseguente applicazione delle sanzioni previste dalla stessa normativa e di cui si è già detto *sub* Cap. I. Affinché un modello organizzativo possa essere in grado di svolgere appieno la sua funzione è necessario che non vengano trascurati taluni rischi che, seppur non assai proba-

[64] Tale fase può essere definita come fase di check-up generale dell'ente; si vd. CNDCEC, *Principi consolidati*, cit., p. 46.

bili, possano comunque concretizzarsi; invero, la presenza di eventuali vuoti[65] all'interno della previsione dei rischi potrebbe incidere in maniera decisamente rilevante in sede di valutazione dell'idoneità del modello stesso. Al fine dell'identificazione dei rischi può essere necessario procedere ad intervistare i soggetti in posizione apicale in modo da ottenere un *feed-back* in ordine ai fattori di rischio generici a cui l'ente è esposto. Tali interviste, predisposte e poste in essere dalla figura del *risk manager* (ove presente) o dall'organo di controllo o di vigilanza, hanno come scopo quello di conoscere l'esistenza o meno di particolari procedure, di analizzare la storia dell'ente (anche remota) in modo da verificare se si siano concretizzati taluni rischi, analizzare il processo con cui si giunge all'adozione delle scelte organizzative dell'ente e i processi decisionali che lo stesso adotta. Inoltre, può essere utile approfondire l'esistenza o meno di meccanismi autorizzativi e della segregazione delle decisioni[66] o l'esistenza di meccanismi di controllo. Infine, è necessario che vi sia un'attenta analisi dei documenti che riguardano l'ente, sia dal punto di vista dell'organizzazione interna, sia sotto il profilo dei suoi rapporti con i terzi (sia soggetti pubblici che privati) e, dunque, una *due diligence* dei contratti in essere di cui l'ente sia parte. Questa fase permette, in definitiva, non solo di identificare i potenziali rischi a cui l'ente esposto, ma anche le modalità di commissione dei reati presupposto e i soggetti che possano porli in essere. Invero, conoscere la struttura organizzativa dell'ente permette anche di identificare eventuali falle all'interno delle quali è possibile il verificarsi di comportamenti illeciti, anche sotto il profilo penale, e di identificare i soggetti che possano esserne i responsabili. Al termine di tale fase è opportuno redigere un documento che contenga i rischi ed i pericoli individuati in modo da passare alla fase successiva, ossia la valutazione di tali rischi.

La fase di valutazione dei rischi (*risk assessment*) ha il compito precipuo di definire la probabilità che un determinato evento potenzialmente pregiudizievole

---

[65] C.d. *gap analysis*.

[66] Con tale espressione ci si riferisce alla circostanza in base alla quale le decisioni assunte dall'ente non siano rimesse in capo ad un unico soggetto, in modo da evitare un'eccessiva concentrazione di potere in capo ad un singolo esponente dell'ente. La segregazione delle funzioni è decisiva ai fini della valutazione di idoneità del modello, di cui si dirà più approfonditamente *infra* cap. IV.

per l'ente possa concretizzarsi, con conseguente compromissione dell'operatività dell'ente.[67] Inoltre, rientra nella valutazione dei rischi individuati anche l'effetto che l'evento derivante dal concretizzarsi del rischio può avere nei confronti dell'ente. Appare doveroso sottolineare che non è possibile portare la probabilità di verificazione di un rischio a livello zero, ma è possibile intervenire adeguatamente per mantenerla a livelli di accettabilità.[68] I rischi verranno, pertanto, ordinati secondo un grado di probabilità[69] e di priorità a seconda della natura dell'attività che si sta considerando.

La fase successiva alla identificazione ed alla relativa valutazione dei rischi individuati all'interno delle aree di attività di un ente è quella costituita dalle procedure di controllo interno, finalizzate rendere concretamente effettiva la finalità di prevenzione della commissione di reati presupposto. Invero, le procedure di controllo interno sono quella parte «concreta e visibile» del modello di or-

---

[67] L'impatto dell'evento è da valutarsi, secondo le linee guida di CNDCEC, in relazione alla tipologia e all'intensità delle sanzioni applicabili, all'influenza che tale evento può avere sull'opinione pubblica (e quindi sull'immagine dell'ente) e sugli *stakeholder* di un certo rilievo; infine, l'impatto è da valutarsi anche con riferimento alla rilevanza, all'interno dei processi produttivi, che l'area interessata ha nel contesto dell'ente.

[68] In ambito economico, il concetto di accettabilità si riferisce al bilanciamento tra i costi da sostenere per prevenire un determinato reato e le conseguenze dannose che tale reato potrebbe cagionare all'ente. Se i costi di prevenzione sono superiori agli oneri negativi derivanti dalla commissione del reato, allora ci si trova al di sopra della soglia di accettabilità; è proprio in tale situazione che debbono intervenire tutti gli strumenti necessari al fine di abbassare il rischio dal di sotto della soglia di accettabilità, o comune in prossimità di essa. Tuttavia, trattandosi di materia penale e di prevenzione in ordine alla commissione di reati, non è possibile concentrarsi solo sulla questione economica, ma è necessario operare altre valutazioni, anche di ordine pubblico e sociale. Invero, la mancata verificazione di reati è un interesse generale della società, che merita una notevole tutela e che deve considerare altri fattori rispetto a quelli economici. Per questo motivo, è pacifico, in tutte le linee guida richiamate in questo elaborato, che la soglia di accettabilità è costituita anche dal fatto che il modello di prevenzione sia tale da non poter essere aggirato se non in maniera fraudolenta. Tale concetto, del resto, è richiamato direttamente anche dal legislatore *sub* art. 6 comma 1 lett. *c* del decreto 231/2001.

[69] Con tale termine ci si riferisce alla misura della possibilità che il reato venga commesso, a seguito delle analisi svolte sulla struttura organizzativa, sull'efficacia del controllo interno e sulle procedure interne relative ad una specifica area di attività. Tanto più una determinata area è soggetta alla possibilità di commissione di una pletora di reati presupposto, tanto più tale area sarà esposta al rischio penale di impresa. Si veda, per una più dettagliata analisi del concetto di probabilità di commissione di un illecito penale in ambito societario, il documento del CNDCEC, *Il modello 231/2001 per gli enti non profit: una soluzione per la gestione dei rischi*, ottobre 2012, in *www.commercialisti.it*. Si veda, inoltre, 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*, Milano, 2009, p. 81 ss.

ganizzazione e sono finalizzate all'abbassamento del rischio di commissione di un reato al di sotto della soglia di accettabilità. Per questo motivo, le procedure di controllo interno sono una parte irrinunciabile di un modello organizzativo che possa dirsi finalizzato alla reale prevenzione del rischio penale di impresa. Inoltre, giova ricordare che è la stessa lettera della legge[70] a richiedere che i modelli organizzativi prevedano sia un sistema di controllo, peraltro affidato ad un organo all'uopo designato, sia specifici protocolli relativi alla formazione delle decisioni dell'ente in modo da prevenire la commissione di reati presupposto. Alla luce di quanto appena affermato, vengono in rilievo i protocolli e le procedure di controllo che costituiscono parte integrante del modello di organizzazione e di gestione. In particolare, i protocolli sono quei documenti che indicano i comportamenti che debbono essere tenuti all'interno di un determinato processo dell'ente; ad integrazione dei protocolli soccorrono le procedure, le quali definiscono nel dettaglio le modalità di attuazione dei protocolli (i quali, dunque, costituiscono un documento di principio che poi viene declinato nel concreto grazie alle procedure di controllo). È interessante sottolineare che le linee guida di Confindustria[71] indentificano tre elementi caratterizzanti per quanto attiene alle procedure di controllo, in modo che esse siano efficaci. Il primo di questi elementi è quello della tracciabilità, ossia la verificabilità, documentazione, coerenza e congruità delle operazioni, delle transazioni e delle azioni. Il secondo elemento è costituito dalla segregazione delle attività, ossia dal divieto di gestire, da parte di un singolo soggetto, un intero processo in autonomia. Infine, il terzo elemento è costituito dalla supervisione ad opera dell'organismo di vigilanza.

Una volta adottato il modello e previsti i sistemi di controllo, è necessario che esso venga portato a conoscenza dei soggetti che operano all'interno dell'ente, in modo tale che ne possano dare attuazione. Tale fase si inserisce nelle più ampie procedure di formazione, informazione e divulgazione nei confronti dei soggetti apicali, ma anche nei confronti dei soggetti subordinati. Non solo, è necessario comunicare l'adozione del modello e i principi in esso contenuti anche ai

[70] Art. 6 comma 1 lett. *b* e comma 2 lett. *b* del d.lgs. 231 del 2001.
[71] Elementi poi ripresi e richiamati dal documento di CNDCEC del febbraio 2019 citato *sub* nota 54.

collaboratori esterni dell'ente in modo che possano adattarvisi. Altro aspetto di particolare rilievo consiste nel costante monitoraggio ai fini dell'aggiornamento del modello adottato, in modo tale che sia sempre rispondente ai mutamenti *medio tempore* intervenuti di normativa e/o di assetto organizzativo dell'ente. Tale onere di aggiornamento è in capo all'organismo di vigilanza e ha la finalità di avere un modello dinamico che possa essere in concreto efficace a prevenire reati presupposto commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

1.4. *Il sistema disciplinare.*

Il legislatore, all'interno della disciplina ex d. lgs. 231 del 2001, richiede espressamente[72] la previsione di un sistema disciplinare volto a reprimere quelle condotte che siano irrispettose delle previsioni e delle procedure contenute all'interno dei modelli organizzativi e di gestione. Il sistema disciplinare costituisce, dunque, un apparato repressivo volto a dare concretezza alle previsioni approntate all'interno dei modelli organizzativi. Occorre rilevare sin da ora che il decreto in commento non dà alcuna indicazione in merito al sistema disciplinare, nemmeno con riferimento ai destinatari, alla natura ed alla tipologia delle sanzioni e ai requisiti per l'applicazione delle sanzioni. Ciò che è certo, è che il sistema disciplinare ex d. lgs. 231 del 2001 è aggiuntivo ed autonomo[73] rispetto a responsabilità di natura penale, civile o amministrativa, deve essere redatto per iscritto e portato a conoscenza di tutti i dipendenti, collaboratori, ed altri soggetti che intrattengano rapporti con l'ente, le sanzioni *ivi* previste debbono rispettare la normativa disciplinare approntata dal diritto del lavoro e debbono essere conciliabili con la disciplina legislativa applicabile all'ente. Inoltre, è necessario che le sanzioni disciplinari previste rispettino i principi di specificità, immedia-

[72] Art. 6 comma 2 lett. *e* ed art. 7 comma 4 lett. *b* del d. lgs. 231/2001.

[73] G. STALLA, *I reati societari come presupposto della responsabilità amministrativa della società: aspetti comuni e differenze rispetto alla disciplina fondamentale del d.ivo 231*/01, relazione tenuta all'incontro di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 11 marzo 2005, in rivista231, p. 143 e ss. Ordinanza del g.i.p. del Tribunale di Bari, 18 aprile 2005, in *rivista 231*.

tezza, tempestività ed idoneità[74]. Ancora, le sanzioni non devono avere una finalità esclusivamente repressiva o punitiva, ma debbono svolgere una preminente funzione preventiva rispetto alla violazione dei protocolli e delle procedure di cui sono garanti. Il sistema disciplinare deve quindi prevedere i comportamenti ritenuti illeciti e, dunque, sanzionabili, i soggetti destinatari delle sanzioni e la procedura di applicazione delle stesse. Infine, come avviene in materia giuslavoristica,[75] è necessario che il soggetto a cui si contesta la violazione da sanzionare possa godere di un contraddittorio. Nonostante si faccia riferimento alla materia relativa al diritto del lavoro,[76] non è possibile affermare, a parere di chi scrive, che il sistema disciplinare ex d. lgs. 231 del 2001 sia sovrapponibile *in toto* a quello lavoristico; ciò perché i due sistemi disciplinari rispondono a finalità del tutto diverse. In materia di diritto del lavoro il sistema disciplinare è finalizzato a prevenire e reprimere inadempienze contrattuali tra datore di lavoro e lavoratore; l'interesse tutelato è di natura privata, senza alcuna conseguenza sul piano esterno. Per questo motivo, l'eventuale sanzione disciplinare irrogata ai sensi dello Statuto dei Lavoratori[77] e dei CCNL è rimessa alla mera valutazione di opportunità del lavoratore. Viceversa, il sistema disciplinare improntato ai sensi del d. lgs. 231/2001 risponde ad una finalità radicalmente diversa; esso mira a prevenire la commissione di reati e quindi ha una valenza non solo interna all'ente, ma anche di natura pubblicistica. Anche i presupposti applicativi delle sanzioni sono profondamente diversi rispetto a quelli tipici della disciplina lavoristica. L'interesse ad evitare condotte che siano prodromiche[78] alla commissione di reati è un interesse che appartiene all'intera comunità e non solamente alla più o meno ristretta realtà che gravita attorno all'ente. Il sistema disciplinare previ-

---

[74] D. PIVA, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo sconosciuto*, in *rivista 231*, 2013, pp. 93-98.

[75] Art. 7 della Legge n. 300 del 1970 (Statuto dei Lavoratori).

[76] La prassi di fare riferimento al sistema disciplinare ai sensi dello Statuto dei Lavoratori e dei Contratti Collettivi Nazionali del Lavoro è rinvenibile in tutte le linee guida citate *sub* nota 54.

[77] Legge n. 300 del 1970.

[78] A. BERNASCONI, *sub* art. 6. *Soggetti in posizione apicale e Modelli di organizzazione dell'ente*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 151.

sto dal decreto in commento è anche presupposto per l'efficacia dei modelli organizzativi, così come previsto dagli articoli 6 e 7 dello stesso.[79] A conclusione del discorso che si sta conducendo, appare opportuno segnalare che accade sovente di riscontrare le clausole di accettazione del sistema disciplinare ai sensi del d.lgs. 231 del 2001 sia all'interno dello statuto e dell'atto costitutivo dell'ente, sia all'interno dei contratti stipulati con i lavoratori dipendenti o delle lettere d'incarico per i collaboratori. Di fondamentale importanza, oltre alle previsioni sanzionatorie, soprattutto ai fini di prevenzione è l'adozione di un codice etico che ponga le basi di natura culturale e con indicazioni di principio che possano fungere da substrato per la diffusione di una cultura della legalità all'interno dell'ente.

1.5. *Il codice etico*.

Come si diceva poco sopra, a corredo del sistema disciplinare all'interno del modello organizzativo, è opportuno prevedere il Codice Etico: tale strumento ha la finalità precipua di diffondere, all'interno dell'ente, una cultura della legalità che spinga ad evitare comportamenti illeciti di qualsivoglia natura. Un compito di rilevante significato del codice etico è quello di far sì che tutti gli amministratori, associati, dipendenti e collaboratori si ispirino ai principi morali in esso contenuti; inoltre, è anche grazie al codice etico che può sorgere in capo ai soggetti che violino le disposizioni dello stesso una responsabilità di natura disciplinare nei confronti dell'ente. Il codice etico, seppur non obbligatorio, è un elemento che nella prassi risulta sempre presente all'interno del modello esimente. Dal punto di vista strutturale, il codice etico deve contenere innanzitutto la *mission* dell'ente unitamente ai principi ispiratori, dopodiché si prevedono le norme comportamentali, tra cui anche i comportamenti auspicabili e quelli, invece, da evitare; ancora, si prevede di diffondere presso gli *stakeholder* il codice etico in modo tale che essi possano adeguarvisi. La diffusione del codice etico deve avve-

[79] In questo senso si vd. D. PIVA, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo sconosciuto*, cit., p. 89 e ss. Sulla necessità di un sistema disciplinare *ad hoc*, si vd. Anche Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro*, Divisione VI, 11 luglio 2011, p. 2.

nire, anche e soprattutto, nei confronti di tutti coloro che si trovano impiegati all'interno dell'ente. Accade sovente che il codice etico debba essere accettato con apposita sottoscrizione. Anche le violazioni che riguardano il contenuto del codice etico fanno insorgere la responsabilità disciplinare del violatore, con conseguente irrogazione delle sanzioni *ivi* previste. Negli enti che abbiano una dimensione di particolare rilievo, anche alla luce dell'attività svolta, è possibile che sia costituito il Comitato Etico, con il compito di vigilare sia sull'aggiornamento del codice etico, sia del suo rispetto e, quindi, di procedere all'irrogazione delle sanzioni per i soggetti che ne violino i principi. Il comitato etico, laddove presente, svolge anche un fondamentale ruolo di formazione ed informazione per diffondere la conoscenza del codice etico all'interno dell'ente, nonché di interpretazione dello stesso. L'opportunità del codice etico è fortemente sostenuta da tutte le linee guida di cui si è sin qui detto.[80]

[80] In particolare, si vd. *Linee guida di Confindustria*, cit., in cui si declinano con estrema precisione i requisiti che il codice etico deve possedere. Ciò che un codice etico deve necessariamente possedere sono: (i) la premessa, con indicazione della *mission* dell'ente, (ii) i destinatari e l'ambito di applicazione, (iii) i principi etici, (iv) le norme di comportamento e rapporti con gli *stakeholder*, (v) le procedure di attuazione, controllo e diffusione, (vi) i meccanismi disciplinari.

2. I modelli organizzativi negli enti del Terzo Settore: quali le somiglianze e quali le differenze?

Analizzando le innumerevoli linee guida[81] che nel tempo sono state emanate con lo scopo (o almeno il buon proposito) di porre le basi per la costruzione dei modelli organizzativi, è del tutto evidente che nessuna di queste si sia preoccupata di prendere in considerazione, in maniera analitica, il variegato panorama del Terzo Settore; malgrado le dimensioni del fenomeno, di cui si diceva *supra* cap. II, e malgrado i differenti ambiti in cui il t.s. è coinvolto, anche con particolare riferimento ai rapporti con la pubblica amministrazione, si riscontra una notevole lacuna sotto il profilo della predisposizione dei modelli esimenti per gli enti *de quibus*. Invero, le linee guida di cui si è più volte detto, si focalizzano quasi esclusivamente su quegli enti che abbiano una natura schiettamente economica e che svolgono, principalmente, attività d'impresa. Tuttavia, alla luce di quanto detto in merito all'applicabilità della disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato anche agli enti del Terzo Settore,[82] sarebbe opportuno, a parere di chi scrive, un intervento che abbia come scopo quello di approntare una dettagliata disciplina per la redazione dei modelli organizzativi per gli enti *non profit*. L'opportunità in merito all'adozione dei modelli organizzativi per gli enti del Terzo Settore, ancorché non obbligatoria, risulta evidente anche alla luce dell'attività che tali enti svolgono, dei loro rapporti con l'apparato pubblico, del volume d'affari che gestiscono (si pensi, ad esempio, alle fondazioni o alle associazioni sportive o, ancora, alle associazioni sociosanitarie), nonché alla luce della riforma che ha introdotto il Codice del Terzo Settore.[83] In questa situazione di mancata presa in considerazione di un settore assai rilevante all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, sono da segnalare i significativi interventi da parte del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC), della Fondazione Nazionale dei Commercialisti (FNC) e dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano

[81] Si vd. note 52-53 e 54.
[82] Per questo aspetto si vd. *infra* cap. I.
[83] D. Lgs. 117 del 2017.

(ODCEC),[84] che hanno cercato di colmare (almeno in parte) la lacuna lasciata dal legislatore in questa materia. Difatti, attesa la profonda differenza che intercorre tra il settore del mercato e il Terzo Settore, sarebbe opportuno, a parere di chi scrive, un intervento *ad hoc* del legislatore per chiarire se sussistano delle differenze, ovvero se si possano applicare i medesimi principi e le medesime linee guida fino ad oggi emanate per il mercato dell'impresa. A ciò si aggiunge la totale mancanza di giurisprudenza in materia, situazione che rende ancora più incerta l'eventuale piena trasposizione delle linee guida relative alle attività economiche d'impresa anche agli enti *non profit*. È in questo terreno che si muove l'analisi che si andrà ad affrontare nel prosieguo di questo paragrafo.

Innanzitutto, giova ricordare come già si diceva *infra* cap. II, che il panorama del Terzo Settore è caratterizzato da una pletora di soggetti collettivi che si organizzano sotto una notevole gamma di forme giuridiche; inoltre, le attività svolte da tali enti sono di natura profondamente diversa da quelle svolte tradizionalmente dalle imprese. Alla luce di ciò, nel predisporre i modelli organizzativi e di gestione, oltre alle comuni difficoltà che riguardano tutti gli enti, si aggiungono le difficoltà che concernono la vastità delle forme giuridiche, nonché la presa in considerazione delle innumerevoli attività che vengono svolte nel settore *non profit*. Già da questa prima considerazione di principio, emerge in maniera limpida come non sia possibile elaborare un unico modello organizzativo *standard* per tutti gli enti appartenenti al Terzo Settore; anche in questo ambito, e a maggior ragione, sarà, dunque, indispensabile procedere ad una *customizzazione* del modello che tenga conto dell'attività in concreto svolta dall'ente *non profit* che viene considerato. Quanto si è detto *infra* § 1.3, può parzialmente valere, a parere di chi scrive, anche per gli enti *non profit*, soprattutto per quanto riguarda

[84] L'intervento è avvenuto con il documento denominato *Il modello 231/2001 per gli enti non profit: una soluzione per la gestione dei rischi*, ottobre 2012, in *www.commercialisti.it*; si segnala inoltre il documento denominato *Modello 231 ed Enti no profit alla luce della riforma del Terzo Settore e degli orientamenti dell'ANAC*, della Fondazione Nazionale dei Commercialisti (FNC), Roma, 31 luglio 2016, a cura di A. DE VIVO, disponibile on-line in *www.fondazionenazionalecommercialisti.it*, e infine il documento dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano denominato *Il modello 231 negli enti del Terzo Settore*, Milano, 29 novembre 2019, a cura di N. MONTI, S. BELLAVIA, G. LEONE e A. MILANESE, disponibile on-line in *www.odcec.mi.it*.

le fasi comuni per la redazione dei modelli organizzativi. *Nulla quaestio* per quanto attiene alle fasi di predisposizione, ai requisiti di forma, ai requisiti sostanziali generali, nonché al sistema disciplinare ed al codice etico (con alcune precisazioni di cui pure si dirà più oltre).

Ciò che differisce in maniera evidente con il settore delle imprese, riguarda, invece, la valutazione di ordine economico-finanziario che spinge le imprese a dotarsi dei modelli organizzativi. Invero, il bilanciamento tra costi e benefici operata con riferimento alla soglia di accettabilità di un rischio è un'analisi che riveste un ruolo sicuramente minore all'interno degli enti che non perseguono il fine di lucro. Difatti, il fine ultimo dell'imprenditore è quello di raggiungere il maggior profitto con le risorse a disposizione; tale fine non è certo condiviso con gli enti *non profit*, i quali, come è noto, perseguono finalità di natura sociale e avulse dal conseguimento del profitto come scopo primario. Ciò non significa che gli enti appartenenti al Terzo Settore debbano trascurare l'aspetto dell'impatto economico, ma tale aspetto non deve prevalere sul fine utilitaristico-sociale che essi perseguono. In un ipotetico bilanciamento tra interessi, a parere di chi scrive, non potrà mai prevalere l'aspetto economico rispetto a quello di natura sociale. È altrettanto vero, tuttavia, che è da tenere in considerazione l'impatto (anche economico) che eventuali sanzioni, eventualmente di natura interdittiva, potrebbero arrecare all'operatività stessa dell'ente. Una sanzione che imponesse un notevole esborso economico potrebbe compromettere senza alcun dubbio la vita dell'ente, impedendogli così di perseguire il fine solidaristico per il quale è stato costituito.[85] Per questi motivi, è necessario che anche nella predisposizione dei modelli organizzativi e di gestione degli enti *non profit* si faccia un'approfondita analisi della struttura, dell'attività e della valutazione dei rischi al fine di prevenire, ed eventualmente attenuare, l'irrogazione di sanzioni ai sensi del d. lgs. 231/2001.

Un aspetto di notevole rilievo è quello relativo al rapporto che intercorre tra gli enti del Terzo Settore e gli *stakeholder*; invero, per la natura dell'attività

[85] Per un'approfondita analisi degli effetti che le sanzioni ex d.lgs 231 del 2001 potrebbero avere sugli enti *non profit* si vd. Cap. IV di questo elaborato.

svolta dagli enti *non profit* è di fondamentale importanza la reputazione che essi hanno nel panorama dei soggetti ai quali si rivolgono. Un elemento caratterizzante degli enti del t.s. è quello di poter sopravvivere grazie alle donazioni e alle raccolte fondi che si svolgono presso terzi benefattori; se venisse meno la fiducia degli *stakeholder* nei confronti di un determinato ente (ad esempio a seguito di una mala gestione delle donazioni ricevuti, situazione che rileva anche sotto il profilo penale), l'ente subirebbe un pregiudizio all'immagine di portata assai ampia. Sotto questo profilo giova segnalare che, nel momento della valutazione dei rischi collegati alla potenziale commissione di reati presupposto, è necessario che vengano presi in considerazione anche quei fenomeni che abbiano un impatto economico trascurabile, ma che possano comportare un notevole danno di immagine all'ente. Quanto appena affermato vale soprattutto per quei reati presupposto per i quali non sono previste sanzioni interdittive.[86] L'impatto dell'opinione pubblica, per gli enti del Terzo Settore è particolarmente rilevante, sicché risulta necessario valutare anche questo profilo. È in questo tessuto che si inserisce l'opportunità dell'adozione dei modelli di organizzazione e di gestione: sia per coloro che si avvantaggiano dell'attività posta in essere dagli enti *non profit*, ma anche per coloro che, a qualsiasi titolo, si trovino a collaborare con essi. Invero, è di fondamentale rilevanza sapere che le donazioni e i fondi ricevuti siano gestiti sulla base di un'organizzazione in grado di prevenire storture, anche di carattere penale e che possano cagionare una destinazione delle risorse ricevuta in operazioni del tutto avulse dall'interesse generale che tali enti debbono perseguire.[87] Per questo motivo è di primaria importanza che i modelli organizzativi specifici per gli enti appartenenti al Terzo Settore prevedano delle procedure idonee a garantire una corretta raccolta delle donazioni (e delle liberalità in generale), nonché la loro successiva gestione. Il discorso che si sta affrontando vale soprattutto con riferimento a quegli enti che esercitano la loro attività quasi esclusivamente grazie alle donazioni che ricevono (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle fondazioni di ricerca o alle associazioni di pubblica assisten-

[86] Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di cui agli artt. 25 comma 1, 25 *ter*, 25 *quinquies* comma 1 lett. *c* e 25 *decies* del d.lgs. 231 del 2001.
[87] Si vd. a questo proposito il Cap. II.

za); in questi casi è doveroso prevedere un apparato organizzativo-gestionale, informato alla disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001, che sia in grado di prevenire in maniera efficiente l'utilizzo illecito di tali risorse economiche.[88] Diversamente, si correrebbe il rischio di avere delle vere e proprie associazioni (nel senso civilistico del termine) criminali che si celano dietro l'etichetta di enti *non profit* per ottenere danaro, o altre utilità, in maniera illecita.[89]

Questo discorso relativo alla predisposizione dei modelli organizzativi all'interno degli enti del Terzo Settore è ancora più rilevante per quanto attiene ai rapporti tra tali enti e la pubblica amministrazione; in questa situazione, difatti, il danaro che viene utilizzato è di natura pubblica, circostanza che quindi richiede un maggior controllo, nonché maggiori garanzie rispetto all'utilizzo che ne viene fatto.[90] Tale garanzia può essere certamente perseguita attraverso la predisposizione di un apparato organizzativo che sia in grado di tracciare ogni passaggio utile all'affidamento dei servizi da parte della p.a., nonché di tracciare tutti i flussi di danaro (in entrata e in uscita) in modo da scongiurare utilizzi illeciti.

Un'altra situazione assai rilevante, sotto il profilo dei modelli organizzativi, riguarda la gestione del personale volontario che si trova ad essere impiegato presso gli enti del Terzo Settore; invero, al fine di evitare la situazione per cui si celi dietro l'opera volontaria un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato[91]

---

[88] Tale necessità non si limita esclusivamente al mero rispetto della disciplina di cui al d.lgs. 231 del 2001, ma ha un risvolto peculiare trattandosi di enti del Terzo Settore; invero, come è stato ben sottolineato da M. FRIGOLI, *Appuntamento anche a giugno '95 a Triuggio*, in *Numero Amico*, 3/1994, il danaro, se non viene utilizzato in maniera corretta «come strumento di bene», acquisisce un ruolo «corrosivo che svilisce ogni iniziativa anche umanitaria». Questo aspetto è di primaria importanza all'interno degli enti *non profit*, in quanto il denaro (ed in generale il profitto economico) non può essere il fine dell'azione di tali enti; il fine primario deve necessariamente essere il soddisfare, con spirito altruistico ed umanitario, esigenze primarie e sociali della popolazione. Si vd. anche D. MAZZUCCONI, *L'impegno per la gestione e la formazione*, in G. CUCCHIANI, *Un secolo di Croce Bianca Milano*, Sesto San Giovanni, 2007, p. 108.

[89] Rispetto alle aree potenzialmente a rischio e le modalità di commissione degli illeciti collegati ad una *mala gestio* delle donazioni e delle erogazioni, si vd. *infra* § 2.3.

[90] Per questo aspetto si vd. *infra* § 2.1.

[91] Si vd., a titolo di esempio, la pronuncia: Tribunale di Genova, sez. lavoro, 25 ottobre 2013, n. 1416/2010, in *www.bollettinoadapt.it*. Qui, il giudice del lavoro riconosce che una associazione di pubblica assistenza, appartenente quindi al Terzo Settore, utilizzava dei finti volon-

(con lo scopo da parte del datore di lavoro di non retribuire le ore lavorative), sarebbe opportuno – con specifico riferimento agli enti del Terzo Settore – prevedere, all'interno dei modelli organizzativi e del codice etico, delle specifiche procedure che mirino ad evitare la situazione che si sta qui commentando.

Un altro aspetto che necessariamente deve essere qui segnalato riguarda la struttura organizzativa degli enti *non profit*; come si diceva già *sub* Cap. II, accade sovente che la compagine degli associati e anche dei ruoli apicali è costituita da personale volontario che non gode di una particolare formazione tecnica (situazione che, invece, dovrebbe accadere in ambito societario), salvo che per quegli enti che abbiano una struttura organizzativa molto ben articolata, come ad esempio accade per le fondazioni di ricerca. Vi sono addirittura casi in cui non esiste nemmeno una reale struttura organizzativa né particolari procedure (si pensi alle associazioni di volontariato che abbiano dimensioni assai ridotte e che siano costituite da pochissimi volontari). Questa situazione comporta la conseguenza che spesso non vi sia una reale consapevolezza dei ruoli e delle funzioni all'interno dell'ente e nemmeno dei potenziali rischi a cui l'ente stesso è esposto; per questo motivo si rivelano assai importanti i modelli di organizzazione e ancora più rilevante è la loro diffusione presso tutti gli associati, unitamene alla conoscenza e alla diffusione del codice etico e dei modelli comportamentali. È altrettanto vero che i modelli organizzativi, anche alla luce delle profonde competenze che richiedono per essere redatti, nonché per il loro costo economico, sono indicati prevalentemente per quelle realtà che abbiano requisiti dimensionali, patrimoniali e di volume d'affari quantomeno rilevanti. All'interno del panorama degli enti del Terzo Settore, anche alla luce di quanto sin qui detto, risulta di rilevante importanza l'adozione del codice etico, argomento al quale sarà dedicato il paragrafo che segue.

2.1. *Il codice etico negli enti del Terzo Settore.*

---

tari per svolgere le attività tipiche dell'associazione. Tali finti volontari erano, in realtà, veri e proprio lavoratori subordinati ai quali non veniva riconosciuto il corrispettivo per le mansioni svolte all'interno dell'associazione stessa. Si veda anche, nello stesso senso, Corte cass. civ., sez. IV, 16 ottobre 2017, n. 24360, disponibile on-line in *www.studiocerbone.it*.

Per la caratterizzante natura degli enti del Terzo Settore[92] risulta di primaria importanza soffermare l'attenzione sull'opportunità di prevedere un codice etico che guidi l'azione dell'ente *non profit* a cui si riferisce. Come si diceva *supra* § 1.5, il codice etico racchiude le indicazioni di carattere generale e di principio che ispirano l'agire dell'ente; il suo scopo precipuo è quello di porre le basi morali ed ideologiche che possano fungere da elemento di persuasione nei confronti dei destinatari per conformarvisi affinché il loro agire sia improntato alla legalità. Laddove sia ben radicata una profonda cultura della legalità e dell'agire secondo principi morali, potrebbero risultare del tutto superflui (ai fini persuasivi e non a fini normativi, sia chiaro) gli ulteriori protocolli e gli ulteriori strumenti che abbiano tale scopo. È proprio in ciò che risiede l'utilità del codice etico per gli enti del Terzo Settore; questo strumento, che richiama i principi su cui l'ente stesso si fonda e si ispira, funge da faro per l'attività di tutti coloro che agiscono all'interno dello stesso. Trattandosi per la maggior parte di personale volontario che spontaneamente decide di aderire all'azione dell'ente a cui si iscrive, non dovrebbe risultare difficile uniformarsi ai principi che sono sanciti all'interno del codice etico. L'accettazione del codice etico non potrebbe essere vista come un'imposizione (come potrebbe accadere all'interno di un'impresa dove, per mantenere l'impiego, si è disposti ad accettare anche principi che non si condividono), ma come una presa d'atto di quanto già risiede all'interno della persona che si mette a disposizione in modo solidaristico nei confronti dell'ente.[93] Dal punto di vista strutturale non vi sono particolari differenze tra codice etico degli enti che svolgono attività economica rispetto a quelli che operano all'interno del Terzo Settore. Le differenze più rilevanti potrebbero esserci dal punto di vista sostanziale; ciò in quanto il codice etico degli enti del Terzo Settore ha la finalità

[92] Con tale affermazione si intende sottolineare che il Terzo Settore, come già detto *supra* cap. II, si distingue sia dal settore pubblico, che da quello privato delle imprese. Inoltre, l'esistenza del Terzo Settore fonda le sue radici all'interno di un contesto sociale-culturale ed ideologico che fa sì che vi sia una profonda componente morale che spinge i soggetti ad agire all'interno del settore *non profit*.

[93] Basti pensare ai numerosissimi enti che abbiano una ispirazione religiosa; qui è facile, per chi vi aderisce, condividere i principi ispiratori dell'ente ed uniformarvisi anche nelle azioni quotidiane.

di sottolineare lo spirito di unità e di comunanza di valori che si pongono alla base dell'attività che essi svolgono.

Infine, a conclusione del discorso che si sta conducendo, è necessario sottolineare che l'adozione del codice etico negli enti del Terzo Settore è una prassi consolidata nel tempo; ciò, infatti, avveniva già prima dell'introduzione del d. lgs. 231/2001. Questa circostanza è legata al fatto che l'adozione del codice etico per gli enti *non profit* veniva e viene percepita da essi come necessaria a prescindere da disposizioni legislative o di altra natura che ne stimolino l'adozione.

2.2. *La delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 dell'ANAC.*

La delibera dell'ANAC n. 32 del 2016, denominata "*Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*",[94] è indirizzata alle amministrazioni pubbliche che si affidano agli enti del Terzo Settore per lo svolgimento di servizi alla persona (servizi sociali). Tale delibera assume particolare rilievo in quanto emanata prima della delega al Governo di adottare la riforma del Terzo Settore. La delibera in questione si è resa necessaria per due ordini principali di motivi: il primo è costituito dall'assenza, come più volte si è osservato, di una normativa coesa ed uniforme in materia di rapporti tra la pubblica amministrazione e gli enti *non profit*; il secondo motivo risiede nella previsione che permette alle pubbliche amministrazioni di affidare, in deroga alla disciplina del Codice degli Appalti,[95] determinati servizi agli enti *non profit* che rispettino tassativi requisiti. La delibera del 2016 impone alle amministrazioni pubbliche di rispettare i criteri di concorrenza per l'affidamento dei servizi sociali (così come definiti dalla l. 8 novembre 2000 n. 328, alla quale si rinvia per una panoramica completa) garantendo la massima partecipazione dei soggetti privati che siano guidati da rappresentanti con particolari requisiti di moralità di professionalità. Tra le modalità di affidamento a disposizione dell'amministrazione si trova, per

[94] Documento disponibile in *www.anticorruzione.it*.
[95] D. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 che sostituisce il d. lgs. 163/2006, noto come Codice dei contratti pubblici.

l'appunto, l'affidamento ai soggetti giuridici appartenenti al Terzo Settore e, in particolare, si dà facoltà alla pubblica amministrazione di stipulare convenzioni con le associazioni di volontariato, disciplinate dalla legge 11 agosto 1991 n. 266, nota come Legge Quadro in materia di volontariato; ai fini della stipulazione di convenzioni con le associazioni di volontariato è necessario che la pubblica amministrazione rispetti, in ogni caso, i principi di trasparenza e di imparzialità (elementi che si possono dire irrinunciabili per l'azione amministrativa pubblica). Orbene, una volta che le associazioni di volontariato siano rappresentate da soggetti con comprovati requisiti morali e professionali, è necessario che sussistano ulteriori requisiti affinché l'amministrazione possa andare in deroga alla disciplina imposta dal Codice degli Appalti. Questi ulteriori requisiti sono richiamati esplicitamente dalla delibera n. 32 dell'ANAC e ricomprendono, oltre alla moralità e all'adozione della carta dei servizi[96] anche il rispetto delle prescrizioni del d. lgs. 231 del 2001.[97] Il fine di questa previsione è del tutto chiaro e consiste nel garantire la legalità dell'azione, nonché il rispetto del principio di trasparenza, dei soggetti affidatari dei servizi di interesse generale e particolarmente sensibili; inoltre, tale precisazione costituisce un'esortazione per le pubbliche amministrazioni di verificare che gli enti con cui esse si interfacciano abbiano adottato i modelli organizzativi di cui al decreto 231/2001; ciò sia a tutela della pubblica amministrazione, ma anche e soprattutto a tutela degli utenti che si avvalgono dei servizi erogati dagli enti *non profit*. L'ANAC non si limita a prevedere l'adozione dei modelli organizzativi ex d. lgs. 231 del 2001, ma stila anche una serie di requisiti che tali modelli debbono avere per far sì che la pubblica amministrazione possa avvalersi dell'opera degli enti che adottano tali modelli. I requisiti previsti all'interno della citata delibera[98] sono: (i) l'individuazione delle aree a maggior

[96] Si riporta la definizione di carta dei servizi, rinvenibile su *www.qualitapa.gov*.it: «La Carta dei Servizi è il documento con il quale ogni Ente erogatore di servizi assume una serie di impegni nei confronti della propria utenza riguardo i propri servizi, le modalità di erogazione di questi servizi, gli standard di qualità e informa l'utente sulle modalità di tutela previste.».

[97] ANAC, delibera n. 32 del 2016, pp. 35-37. Tale previsione è stata anche recepita come indicativa della possibilità di applicare la disciplina di cui al d.lgs. 231 del 2001 agli enti del Terzo Settore. Per questo specifico argomento si fa rinvio al Capitolo I del presente elaborato.

[98] Ibidem, p. 37.

rischio per il compimento di reati, (ii) procedure idonee per la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente nelle attività a rischio, (iii) la gestione delle risorse economiche in maniera idonea ad impedire la commissione di reati, (iv) un sistema di segnalazione all'organismo di vigilanza, (v) un sistema di *whistleblowing* (ovverosia un sistema anonimo di segnalazione di commissione di reati in ambiente lavorativo) e, infine, (vi) la previsione di sanzioni disciplinari in caso di inosservanza o di violazione dei modelli e dei protocolli *ivi* contenuti. L'adozione dei modelli, secondo le previsioni ANAC, deve essere indirizzata alla realizzazione dei principi di trasparenza, correttezza ed economicità che guidano l'azione amministrativa nel suo insieme. È proprio la natura stessa dei servizi gestiti e la natura degli enti *non profit* che impone di adottare un sistema di controllo sulla gestione delle risorse che l'amministrazione pubblica mette a loro disposizione per il perseguimento degli obiettivi sociali. Dall'analisi della delibera in commento, appare del tutto evidente che non vengono fornite indicazioni precise per la predisposizione dei modelli; inoltre, come è evidente dalla lettera della delibera, i requisiti che vengono richiesti per gli enti del Terzo Settore che intendano collaborare con la pubblica amministrazione non sono diversi dai requisiti generali richiesti per qualsiasi tipologia di modello organizzativo, a prescindere dalla sua applicazione all'interno di enti che abbiano o meno finalità di lucro. Sotto questo profilo, la delibera oggetto di discussione non è del tutto risolutiva, a parere di chi scrive, in quanto non tiene conto delle necessarie differenze che i modelli degli enti del Terzo Settore debbono avere (per esempio, con riferimento all'utilizzo delle erogazioni pubbliche e delle donazioni o liberalità di qualsivoglia natura).

Suscita particolare interesse la tesi sostenuta da D'Arcangelo,[99] il quale ritiene che ai fini della predisposizione del modello organizzativo per gli enti del Terzo Settore è fondamentale un'approfondita analisi della normativa regionale (con particolare riferimento alla disciplina dei rapporti tra Terzo Settore e pubblica amministrazione) al fine di adattare il modello organizzativo alle previsioni normative regionali di settore. In questo modo di attuerebbe una «lettura in ot-

[99] F. D'ARCANGELO, *Fondazioni ed associazioni nel disegno sistematico del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007, *passim*.

tica 231»[100] di tale disciplina, in modo da rendere il modello organizzativo il più aderente possibile alle innumerevoli discipline di settore presenti all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Un ulteriore aspetto significativo da segnalare all'interno della delibera di cui si sta discutendo è la previsione di un sistema di controllo esterno, messo in atto dalla stessa amministrazione pubblica che affida il servizio, nei confronti dell'ente destinatario. Invero, oltre alle procedure di controllo interno che debbono sussistere ai sensi della previsione di adeguamento alle previsioni di cui al d. lgs. 231 del 2001, si prevede una serie controlli che abbiano la finalità di garantire il mantenimento dei livelli di qualità dei servizi durante tutto il periodo di affidamento degli stessi. Questa previsione, del tutto necessaria a parere di chi scrive, ha una duplice finalità: la prima consiste nel garantire alla pubblica amministrazione di aver destinato un servizio di interesse generale a soggetti che godano di un certo grado di affidabilità e di qualità; la seconda finalità, forse ancora più rilevante rispetto alla prima, è quella di garantire che i servizi siano soddisfacenti nei confronti degli utenti.[101]

2.3. *L'individuazione delle aree a rischio negli Enti del Terzo Settore.*

All'interno degli enti del Terzo Settore possono sicuramente verificarsi situazioni e condotte potenzialmente rilevanti ai sensi della disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato. Invero, una buona parte dei reati presupposto previsti dal catalogo del d. lgs. 231 del 2001 potrebbe verificarsi durante lo svolgimento o in funzione dell'attività degli enti *non profit*. Alla luce di questa considerazione è necessario che i modelli organizzativi all'uopo adottati, prevedano ed individuino le aree potenzialmente a rischio in modo da ap-

[100] Ibidem, p. 82.

[101] Questo aspetto non è da trascurarsi in quanto si tratta di servizi sociali e di servizi alla persona, spesso collegati a particolari e precarie problematiche di salute. È proprio in virtù di tale circostanza che si rende necessaria un'assoluta sicurezza in merito alla competenza, alla qualità ed all'affidabilità dei soggetti che erogano tali servizi.

prontare un sistema di prevenzione che sia idoneo ad evitare il verificarsi di illeciti collegati all'attività svolta dall'ente.

Di significativo rilievo, all'interno degli enti del t.s., sono i reati contro la pubblica amministrazione. Difatti, come diverse volte si è detto all'interno di questo elaborato, sono molte le situazioni in cui gli enti *non profit* si trovino a collaborare con l'amministrazione pubblica, ricevendo da essa i fondi necessari per il compimento dell'attività. Da quanto appena detto è evidente che l'area di attività che comprende i rapporti con la pubblica amministrazione sia particolarmente esposta al rischio di incorrere nella commissione dei delitti contro la pubblica amministrazione.[102] Sotto questo profilo, le aree a maggior sensibilità sono quelle che riguardano la gestione dei fondi pubblici ricevuti, la gestione delle attività umanitarie con conseguente erogazione di fondi europei, la gestione e la raccolta dei fondi attraverso lo strumento del 5X1000.[103] Ulteriori aree di attività sensibili sono quelle che prevedono il contatto diretto con i pubblici ufficiali dell'amministrazione pubblica, soprattutto nella fase di aggiudicazione di gare d'appalto o di affidamento di particolari servizi.[104]

Un'attività di particolare sensibilità all'interno degli enti del Terzo Settore riguarda la gestione del personale impiegato; invero, potrebbero verificarsi situazioni in cui si sfrutti l'opera dei volontari al fine di impiegarli per attività *de facto*

---

[102] Artt. 24-25 e 25 *quinquies* del d.lgs 231 del 2001.

[103] In tale ipotesi potrebbe integrarsi il reato di cui all'art. 316 bis c.p., malversazione ai danni dello Stato; le ipotesi di cui all'art. 316 *ter* c.p., indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato o il reato di cui all'art. 640 comma 2 c.p., truffa ai danni dello Stato. Le situazioni sin qui riportate potrebbero verificarsi sia ad opera di enti del Terzo Settore propriamente detti, ovvero da enti che utilizzino in maniera indebita la qualifica di enti *non profit* (ad esempio nelle ipotesi di truffa ai danni dello Stato, così come si diceva in merito alla sentenza del 22 marzo 2011 del Tribunale di Milano, citata *supra* cap. I) al fine di ottenere fondi pubblici da utilizzare per scopi avulsi da quelli propri per cui sono stati erogati. Ancora, si potrebbero verificare ipotesi in cui la destinazione del 5X1000 sia illecita in quanto destinata ad un ente del Terzo Settore fittizio, oppure la situazione in cui solo parte dei finanziamenti pubblici ricevuti vengano utilizzati dall'ente *non profit* per gli scopi per cui li ha ricevuti.

[104] È in queste attività che si possono verificare le ipotesi di corruzione di cui agli artt. 318-319-319 *quater* c.p.; invero, potrebbero verificarsi i fatti *ivi* previsti al fine di ottenere illecitamente l'affidamento di un servizio o l'erogazione di un contributo pubblico.

lavorative, ma senza retribuirli, profittando della loro condizione di volontari.[105] Ancora, potrebbero verificarsi situazioni che rilevino sotto il profilo del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.[106]

Sono significative anche le fattispecie di riciclaggio o auto-riciclaggio o illecito impiego di danaro o beni o altre utilità, le quali potrebbero verificarsi nel caso in cui proventi ottenuti in maniera illecita (ad esempio a seguito delle ipotesi richiamate all'interno della nota 87) e poi re-impiegati all'interno dell'ente per scopi illeciti.[107]

Un altro ambito di attività di particolare sensibilità per il pericolo di commissione dei reati riguarda la collusione con le associazioni di stampo mafioso ex art. 416 *bis* del codice penale. Sono numerose le ipotesi in cui possono verificarsi queste ipotesi, in particolar modo laddove vi sia l'affidamento di servizi di welfare sociale e la gestione di danaro pubblico; uno degli ultimi casi di cronaca giudiziaria che ha riguardato il filone di Mafia Capitale, ha messo in luce come numerosi enti del Terzo Settore siano state implicate nell'indagine. Vi è anche da aggiungere che la credenza dei più ritiene che il mondo del Terzo Settore sia in qualche modo escluso dalla possibile collusione con la criminalità organizzata, ma così purtroppo non è. Per questo motivo è doveroso che i modelli organizzativi specifici per gli enti *non profit* si soffermino anche su questo potenziale pericolo, il quale è sempre più concreto nelle aree a maggior benessere economico e laddove vi sia particolare richiesta di erogare servizi sociali.[108] Non bisogna poi dimenticare l'eventualità che un'associazione, fittiziamente *non profit*, venga costituita con lo scopo di ottenere erogazioni pubbliche o donazioni da private da

---

[105] Sono le ipotesi che potrebbero rilevare ai sensi dell'art. 603 *bis* c.p. in materia di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

[106] Sotto questo profilo giova segnalare l'introduzione, avvenuta nel 2017, *sub* art. 25 *duodecies* del d.lgs. 231 del 2001 dei commi 1 *bis*, 1 *ter* e 1 *quater* i quali si riferiscono alle fattispecie di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998 (noto come Testo Unico sull'Immigrazione). Sono molte le associazioni appartenenti al Terzo Settore che si occupano della gestione dei migranti ad essere coinvolte in indagini che riguardano il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o del favoreggiamento della permanenza clandestina all'interno del territorio italiano.

[107] Ci si riferisce alle ipotesi di cui all'art. 25 *octies* del d.lgs 231 del 2001.

[108] Su tale argomento, per un'analisi più approfondita, si legga G. MORO, *Mafia Capitale: l'effetto "boomerang" sul Terzo Settore*, in *www.rainews.it*, 16 dicembre 2014, articolo di P. MELE.

impiegare poi in attività illecite. In questa circostanza, oltre alle ipotesi di riciclaggio di cui all'art. 648 *bis* c.p. (e di cui si diceva poco sopra), si potrebbe anche verificare l'ipotesi di cui all'art. 416 c.p.

Appare doveroso sottolineare, a conclusione del discorso che si sta conducendo, che la costruzione dei modelli organizzativi non può prescindere da un'attenta analisi anche del contesto sociale ove l'ente si trova a dover operare. Anche le differenze territoriali, sociali e culturali debbono servire per potere analizzare il panorama circostante. Un modello davvero *customizzato*, a parere di chi scrive, deve tenere conto anche del contesto storico e degli accadimenti criminali dell'ambiente territoriale in cui l'ente pone in essere la sua opera. Con ciò si intende adottare una sorta di valutazione comparatistica di quanto già occorso per gli enti già operanti all'interno di un territorio, in modo da predisporre modelli organizzativi che tengano conto degli accadimenti storici passati in modo da prevenire eventi di natura simile a quelli già occorsi. Tale situazione comporta certamente un notevole sforzo sotto il profilo della predisposizione del modello, nonché una approfondita conoscenza del territorio e della storia giudiziaria di esso; tuttavia, laddove vi sia la gestione di servizi di interesse generale e la gestione di danaro pubblico o erogazioni sotto altra forma, è necessario che si faccia tutto quanto è possibile per prevenire eventuali situazioni patologiche che potrebbero compromettere la fiducia nei confronti di un settore che si può dire essere essenziale per la tenuta del sistema di welfare in Italia. Le storture che potrebbero derivare laddove dovessero verificarsi collusioni soprattutto con la criminalità organizzata comporterebbero un serio rischio financo per l'apparato democratico del Paese. Se la criminalità organizzata riuscisse senza troppo sforzo ad insinuarsi in un settore i cui destinatari sono per lo più soggetti fragili e facilmente aggirabili, si rischierebbe di avere un'ingerenza del potere criminale tale da compromettere il ruolo dello Stato nei confronti dei più deboli. È a questo fine, a parere di chi scrive, che viene prevista la doverosità del rispetto della disciplina ex. d. lgs. 231/2001 per gli enti che collaborino con la pubblica amministrazione.

Appare chiaro che quanto appena affermato è ancor più doveroso per quegli enti che abbiano una struttura complessa e un volume d'affari apprezzabile

sotto il profilo economico; diversamente, sul piano dell'offesa, sarebbe pressoché irrilevante la loro attività illecita.

3. Il controllo interno.

Alla luce di quanto è stato sin qui rappresentato, risulta pacifico il fatto che le procedure di controllo interno siano indispensabili per poter garantire il corretto funzionamento dell'apparato organizzativo predisposto al fine di prevenire il rischio penale all'interno degli enti di qualsivoglia natura. Il sistema di controllo interno (SCI) costituisce una fase essenziale per l'esistenza dell'ente stesso in quanto è finalizzato a «monitorare l'attività aziendale, sia preventivamente che a consuntivo per mitigare i rischi che possono ostacolare il raggiungimento degli obiettivi aziendali al fine di contribuire a condurre l'impresa coerentemente con gli obiettivi aziendali favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli».[109] Dalla definizione è possibile comprendere senza troppe difficoltà che il sistema di controllo interno risponde ad esigenze eterogenee e non esclusivamente alla prevenzione del rischio penale d'impresa. Il sistema di controllo interno include una variegata pletora di obiettivi e di attori che agiscono con il fine di garantire una gestione il più efficiente possibile dell'ente. Per i fini che qui interessano, si tratterà esclusivamente degli organi che cooperano al fine di garantire che l'ente agisca nel pieno rispetto delle norme, con particolare riferimento alla prevenzione del rischio penale d'impresa. A questo fine si tratterà del ruolo del consiglio di amministrazione, dell'*internal auditing*, del collegio sindacale, del revisore legale dei conti[110], dell'organo di controllo e dell'organismo di vigilanza.[111]

Il sistema di controllo interno si fonda su cinque fasi: (i) ambiente di controllo, (ii) valutazione dei rischi, (iii) attività di controllo, (iv) informazione e comunicazione e (v) monitoraggio.[112] La prima di queste fasi è costituita da tutti

---

[109] Report COSO II (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission), in *www.coso.org*.
[110] Si vd. Cap. II § 2.5.
[111] Dell'organo di controllo e dell'organismo di vigilanza si è già detto *supra* cap. II, al quale si rinvia.
[112] F. NEGRI, *Caratteristiche e definizione del sistema di controllo interno*, Milano, 18 ottobre 2017, disponibile on-line in *www.odcec.mi.it*.

i soggetti, interni ed esterni all'ente, che sono coinvolti a qualsiasi titolo, nel sistema di controllo dell'ente; ciascuno dei soggetti coinvolti ha specifiche responsabilità in merito al controllo che deve effettuare all'interno della realtà in cui è inquadrato. Non solo, l'ambiente di controllo è costituito anche dall'aspetto etico di ciascuno dei soggetti *ivi* operanti.[113] Per la fase della valutazione dei rischi si rimanda *supra* § 1.3.1 per quanto attiene alla disciplina generale e § 2.3 per gli enti del Terzo Settore. L'attività di controllo è costituita dall'apparato interno ed esterno che l'ente predispone al fine di mantenere nel livello di accettabilità i rischi che sono collegati all'attività svolta.[114] La fase di informazione e comunicazione è fondamentale per consentire a tutti gli operatori coinvolti all'interno dell'ente di conoscere tutte le procedure adottate al fine della prevenzione del rischio, nonché di attuarle a seconda delle responsabilità attribuite a ciascun soggetto. Da ultimo, l'attività di monitoraggio è quella fase finalizzata a garantire l'efficacia e l'efficienza del sistema di controllo interno; l'attività di monitoraggio, per definizione, consente di adeguare il sistema di controllo all'avanzamento inevitabile della realtà aziendale, essendo essa di tipo dinamico. Il monitoraggio consente di mantenere, *inter alia*, un costante aggiornamento dei modelli organizzativi anche ai fini della loro idoneità.[115]

Il consiglio di amministrazione svolge un ruolo di prim'ordine nell'ambito del sistema di controllo interno; invero, spetta a tale organo la supervisione generale strategica dell'ente. Il ruolo del c.d.a., nel controllo generale dell'ente, è specificato anche dalla disposizione di cui al comma 1 lettera *a* dell'art. 6 del d. lgs. 231 del 2001.[116] È lo stesso consiglio di amministrazione, poi, che può deliberare di costituire l'*internal auditing*, il quale ha il compito di verificare l'idoneità del sistema di controllo, nonché quello di verificare le eventuali aree di rischio che siano rimaste scoperte in modo da approntare gli interventi diretti a sanare

---

[113] Ibidem, p. 12.
[114] Ibidem.
[115] Si vd. § 1.3.1.
[116] Così dispone l'art. 6 comma 1 lett. *a* del d.lgs. 231 del 2001: «*l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*.». Da tale disposizione, si desume in maniera limpida il ruolo dell'organo dirigente, sia per quanto riguarda l'adozione, che per quanto attiene all'adozione dei modelli organizzativi.

tali lacune. L'attività di *internal auditing* prevede la necessità di verifiche periodiche relative al sistema di controllo interno e una periodica relazione in merito all'attività svolta al consiglio di amministrazione. Il soggetto che svolge tali funzioni non è necessariamente un soggetto interno all'ente, ma può essere nominato anche al di fuori di esso. In ogni caso, tale organo dipende direttamente dal consiglio di amministrazione, mantenendo tuttavia un certo grado di indipendenza in relazione alle attività proprie. L'*internal auditing* è diffuso soprattutto nelle realtà societarie particolarmente strutturate e complesse, mentre non si riscontra all'interno degli enti del Terzo Settore che abbiano una struttura piuttosto semplice.

Un ruolo certamente rilevante in ambito societario è svolto anche dal collegio sindacale, la cui disciplina è prevista a partire dall'art. 2403 del codice civile[117] (e al quale si rimanda per una panoramica completa); per quanto qui interessa, il collegio sindacale deve svolgere un controllo di legalità in concreto e di natura sostanziale[118] a seconda della realtà in cui esercita il suo ruolo, affinché possa essere esente da responsabilità nei confronti della società. Il collegio sindacale esercita la vigilanza sulle scelte adottate dall'organo dirigente per verificare se esse siano compatibili con i principi di corretta amministrazione e se tali scelte siano compatibili con la *policy* aziendale. Inoltre, il ruolo del collegio sindacale si estende al controllo dell'assetto organizzativo della società, per verificare se le procedure adottate e la struttura organizzativa siano tali da consentire il perseguimento dell'interesse sociale nel pieno rispetto delle disposizioni legislative e statutarie.

[117] Art. 2403 comma 1 c.c.: «Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.».
[118] Cass. civ., sez. I, 27 maggio 2013, n. 13081, disponibile on-line in *www.studiocerbone.it*.

3.1. *Il "controllo diffuso" negli enti del Terzo Settore: il caso di Croce Bianca Milano ODV.*

All'interno degli enti del t.s., si riscontra, a parere di chi scrive, un fenomeno che si può definire di controllo diffuso; ciò in quanto l'operato degli organi amministrativi e le relative decisioni sono sottoposte al controllo di una pletora di soggetti, la qual situazione rende *de facto* assai difficile che possano esserci situazioni patologiche o di natura illecita (fatti salvi i casi in cui vi sia un'ipotesi di concorso di persone nella fattispecie illecita).[119] Come già si anticipava nel capitolo precedente, *infra* § 2.1., l'organo assembleare, per le competenze che sono ad esso assegnate ai sensi del Codice del Terzo Settore, svolge un ruolo di controllo assai penetrante nei confronti degli organi dirigenti. La variegata composizione dell'assemblea, costituita – lo si ricorda – da tutti gli associati, permette di garantire un continuo e costante controllo su tutte le scelte che vengono assunte dagli organi preposti.

Il controllo che l'assemblea svolge all'interno degli enti *non profit* è certamente più penetrante rispetto a quanto avviene in ambito societario e questo rende più difficile il compimento di reati da parte degli organi dirigenti. Di particolare aiuto, al fine di comprendere meglio la situazione del controllo diffuso, è l'esperienza di Croce Bianca Milano;[120] invero, tale associazione di volontariato ha una struttura organizzativa particolarmente articolata che garantisce un costante controllo e un costante flusso di informazioni verso gli organi apicali, a loro volta sottoposti al controllo degli associati. Dal punto di vista strutturale si

---

[119] Nell'anno 1997, all'interno di Croce Bianca Milano, è stata emanata una disposizione che obbligava tutte le singole sezioni territoriali ad inviare periodicamente i verbali dei consigli interni, in modo tale che il Consiglio Generale e la Giunta Generali potessero avere contezza delle decisioni assunte. Non solo, sempre nello stesso anno, con la medesima disposizione, si prevedeva l'obbligo, da parte degli organi centrali di inviare a tutti gli associati la sintesi dei verbali del Consiglio Generale in modo da «*informare tutti di quanto discusso e deliberato*». Per un approfondimento delle ragioni che hanno spinto a tale presa di posizione si vd. G. CUCCHIANI, *Un Secolo di Croce Bianca Milano*, cit., p. 106 ss. È interessante, inoltre, sottolineare il contributo di B. ROSSINI, *Per una responsabilità collettiva*, in G. CUCCHIANI, op. cit., p. 127 ss., in cui afferma che, per rendere efficiente e trasparente l'attività dell'ente, è necessario che vi sia una «massima collegialità» secondo «una struttura organizzativa» che permetta di assumere decisioni condivise e ponderate.

[120] Croce Bianca Milano, organizzazione di volontariato (ODV); essa è un'associazione volontaria di pronto soccorso e di pubblica assistenza.

hanno 35 sezioni territoriali, dislocate in diversi comuni lombardi, e al vertice associativo si ha una giunta esecutiva, presieduta dal presidente generale, che ha il compito di assumere, unitamente al consiglio generale, le decisioni più rilevanti per l'associazione.[121] Il consiglio generale è composto da tutti i presidenti delle singole sezioni territoriali. Ciascuna delle sezioni territoriali, a sua volta, ha un consiglio interno al cui vertice vi è il presidente di sezione, che assume le decisioni di competenza per la sezione. All'interno di ciascuna sezione è presente l'assemblea dei soci che vigila sull'operato del consiglio di sezione. Ogni decisione assunta a livello territoriale dal consiglio di sezione deve essere inoltre comunicata agli organi centrali, che vagliano la decisione sia da un punto di vista formale che da un punto di vista sostanziale, avendo anche poteri di annullamento della stessa. Pertanto, anche l'operato delle singole realtà sezionali è sottoposto ad una pletora di controlli, formali o sostanziali, che rendono particolarmente arduo poter compiere fatti illeciti.

Le decisioni strategiche per l'intera associazione vengono assunte dalla giunta esecutiva, il cui operato è sottoposto al controllo dell'assemblea generale (composta da più di cinquemila soggetti che esprimono il loro voto attraverso i delegati). Oltre al controllo assembleare è previsto il controllo da parte dell'organo di controllo e dell'organismo di vigilanza. Già in questo modo è assai difficile che si riescano a compiere fatti illeciti.[122] Tutte le cariche all'interno dell'associazione sono elettive, motivo per cui è naturale che vi sia un controllo anche da parte di coloro che si sono candidati, ma che non sono risultati eletti. Per fare un paragone, è come se si trattasse del ruolo di vigilanza e di controllo svolto dalla minoranza parlamentare nei confronti della maggioranza. La parti-

[121] Per le decisioni di competenza della giunta esecutiva e del consiglio generale si vd. lo Statuto dell'associazione in *www.crocebianca.org*.

[122] Invero, nella storia di Croce Bianca Milano, fondata nel 1907, non si sono mai verificati fatti di reato collegati all'attività svolta. Di certo non si può desumere che tale circostanza sia legata esclusivamente al sistema di controllo diffuso che è *ivi* adottato, ma certamente si può affermare che esso giochi un ruolo di rilevante importanza ai fini della prevenzione del rischio penale.

colare struttura appena descritta,[123] unitamente al contesto sociale che dà vita all'associazione *de qua*, fa sì che si crei un naturale ambiente di controllo diffuso che rende assai complesso riuscire a nascondere fattispecie delittuose che potrebbero rilevare ai sensi della disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001. Il controllo diffuso interno, oltre che dalla struttura gerarchico-organizzativa dell'associazione, è agevolato – come si anticipava – anche dal substrato culturale e dai valori che accomunano tutti gli associati, i quali, all'atto dell'iscrizione debbono sottoscrivere il patto sociale; tale documento, che contiene anche il codice etico, impegna il socio ad uniformarsi ai valori ispiratori, anche di natura religiosa, che caratterizzano l'associazione. Questo insieme di fattori, a parere di chi scrive, è assai efficace nel garantire una gestione *secundum legem* dell'associazione, nonostante il notevole flusso di danaro che viene gestito dalla stessa. Tale connubio di elementi, inoltre, fa emergere ancor di più il ruolo di primaria importanza che riveste il codice etico; esso, come si diceva *supra*, ha il compito di prevenire la commissione di reati e i comportamenti illeciti attraverso una persuasione ed attraverso la diffusione di una cultura della legalità che possa anche posarsi sulle convinzioni personali di ciascuno. Un codice etico ben strutturato ha sicuramente un'efficacia superiore, a livello preventivo, rispetto ad un sistema disciplinare. Quando un soggetto tiene determinati comportamenti etici in quanto li condivide e ne è convinto personalmente, non necessita di avere apparati sanzionatori che le persuadano in tal senso. L'apparato sanzionatorio, unitamente al sistema di controllo propriamente detto intervengono laddove il codice etico non sia stato in grado di assolvere appieno al suo scopo.

Questo controllo diffuso "naturale" assieme al vero e proprio apparato organizzativo predisposto dai modelli organizzativi ai sensi del d. lgs. 231/2001,[124] fa sì che la realtà di Croce Bianca Milano goda di un elevato grado di affidabilità

[123] Per una più dettagliata analisi della struttura organizzativa di Croce Bianca Milano, si faccia riferimento al documento *Bilancio Sociale Croce Bianca Milano anno 2018*, disponibile sul sito istituzionale dell'ente *www.crocebianca.org*.

[124] Si sottolinea che Croce Bianca Milano è stata una delle prime realtà operanti nel settore *non profit* a dotarsi di modelli organizzativi ai sensi del c.d. "sistema 231", anche *ante litteram*. Invero, come si anticipava *supra*, già a partire dal 1997 vi erano strumenti idonei a sottoporre a controllo le decisioni assunte ad ogni livello, in modo da scongiurare storture rispetto alla gestione delle risorse economiche.

sotto il profilo della prevenzione del rischio penale collegato all'attività che svolge.

CAPITOLO QUARTO

PROFILI PROCESSUALI

SOMMARIO: 1. Il sindacato giudiziale sull'idoneità dei modelli organizzativi. 1.1. La stratificazione normativa in materia di predisposizione dei modelli organizzativi: ulteriori incertezze? 1.1.1. Le linee guida delle associazioni rappresentative degli enti: quale rilevanza sul piano probatorio in sede processuale? 1.1.2. Le *best practices*: una possibile soluzione? 1.2. I requisiti di idoneità dei modelli organizzativi nella prassi giurisprudenziale. 2. Idoneità dei modelli organizzativi per gli enti del Terzo Settore. 3. Misure cautelari interdittive. 3.1. Il procedimento cautelare: presupposti e applicazione delle misure. 3.2. Il commissariamento dell'ente in fase cautelare. 3.2.1. Il commissariamento giudiziale dell'ente: una scelta obbligata per gli Enti del Terzo Settore? 3.2.1.1. La prova, in sede processuale, dello svolgimento di attività di interesse generale. 4. La confisca del profitto del reato: rapporto tra la necessità della confisca, l'interesse generale dell'ente e la tutela degli utenti. 5. Il ruolo dei modelli organizzativi nel sistema cautelare e nel sistema sanzionatorio. 5.1. L'adozione post factum dei modelli organizzativi.

PARTE PRIMA

LA VALUTAZIONE GIUDIZIALE DEI MODELLI ORGANIZZATIVI

1. Il sindacato giudiziale sull'idoneità dei modelli organizzativi.

Prima di affrontare la questione che attiene alla valutazione giudiziale dei modelli organizzativi, è necessario premettere che il terreno su cui si muove è caratterizzato da un sensibile disorientamento degli operatori degli enti che debbono dotarsi dei modelli organizzativi.[1] Invero, la situazione di incertezza cui si fa-

[1] È interessante, su questo aspetto, il contributo di G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 11/2010, p. 4032, in cui egli sostiene che il legislatore sembra richiedere agli operatori interessati dall'applicazione della disciplina *de qua* uno sforzo eccessivo e sproporzionato rispetto a quanto il legislatore stesso «promette». Con questa affermazione ci si riferisce alla circostanza secondo la quale lo sforzo che le imprese sostengono, anche e soprattutto sotto il profilo economico, non è controbilanciato dalla certezza di adottare modelli che siano poi effettivamente valutati come idonei. Questa conclusione appare del tutto condivisibile allo scrivente, anche alla luce di quanto si è sin qui prospettato: gli adempimenti ri-

ceva cenno è causata da un triplice ordine di fattori, tra di loro collegati: il primo riguarda la mancanza, all'interno delle disposizioni di legge in materia, ossia gli articoli 6 e 7 del d. lgs. 231 del 2001, di una disciplina di dettaglio che consenta di conoscere con precisione i requisiti di idoneità dei modelli organizzativi.[2] Difatti, come già si anticipava *supra* cap. III, le disposizioni contenute all'interno delle norme testé richiamate sono perlopiù di principio, indicando i requisiti generali che tutti i modelli organizzativi debbono possedere. Tuttavia, come si è più volte ricordato, i modelli organizzativi, affinché possano svolgere il loro ruolo di prevenzione del rischio penale collegato all'attività svolta dall'ente, nonché la loro funzione di esimente della responsabilità amministrativa dipendente da reato,[3] è necessario che siano plasmati in concreto alla luce delle specifiche aree di attività dell'ente.

Tale situazione comporta inevitabilmente un ampio margine di discrezionalità in capo all'organo giudicante[4] che dovrà valutare l'idoneità del modello organizzativo allorquando l'ente si troverà ad essere imputato ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001. È proprio questo il secondo fattore che crea incertezza, data anche la scarsa giurisprudenza sul punto; tale circostanza causa ulteriore disorientamento agli operatori in quanto non è possibile, con un certo grado di prevedibilità, dotarsi di un modello che verosimilmente sarà ritenuto idoneo in un eventuale suo giudizio di idoneità. Infine, l'ulteriore profilo di criticità riguarda il

---

chiesti agli enti destinatari in materia di disciplina ex d.lgs 231 del 2001 sono di notevole impatto, sia sotto il profilo progettuale-organizzativo, che sotto il profilo economico. A fronte di queste onerose operazioni, il legislatore, dal canto suo, non conferisce la necessaria chiarezza utile agli operatori, in modo tale che essi possano conformarsi alle prescrizioni con un certo grado di prevedibilità rispetto alla (pur eventuale) valutazione, in sede giudiziale, dell'apparato organizzativo approntato.

[2] Sull'eccessiva genericità delle disposizioni contenute *sub* art. 6 del d.lgs. 231 del 2001 si vd. A. FIORELLA, *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica D.LGS. 231/2001*, Arel-Pwc, Roma, p. 30; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 23/2001, p. 10.

[3] M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 23 ss.; S.M. CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 76-102; A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 96 ss.

[4] V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2011, p. 74, il quale afferma che «le valutazioni giudiziali *in subiecta materia* sono endemicamente corrose da una cospicua componente di soggettività, fonte di incertezze e disomogeneità applicative.».

mancato aggiornamento dei requisiti *ex lege* di idoneità dei modelli organizzativi alla luce del continuo aggiornamento del catalogo dei reati presupposto e delle disposizioni normative, più in generale.[5]

1.1. *La stratificazione normativa in materia di predisposizione dei modelli organizzativi: ulteriori incertezze?*

Nella materia di cui si sta discutendo, si osserva una notevole stratificazione normativa (peraltro di diversa natura), in quanto si assiste alla presenza di almeno tre livelli di regolamentazione; invero, come già si diceva *sub* cap. III, oltre alle disposizioni di legge di cui al d. lgs. 231 del 2001, si riscontrano le Linee Guida delle associazioni rappresentative degli enti e, infine, le cosiddette *best practices* elaborate dai singoli operatori specializzati.

Per quanto attiene alle disposizioni di legge, occorre aggiungere a quanto sin qui rappresentato all'interno di questo elaborato, che esse costituiscono una mera cornice all'interno della quale ciascun ente dovrà predisporre in concreto il modello organizzativo idoneo a prevenire il rischio penale collegato all'attività svolta. Anche attenendosi scrupolosamente alle indicazioni che il legislatore fornisce per la predisposizione dei suddetti modelli organizzativi, non è possibile ottenere un modello che sia concretamente idoneo allo scopo per cui è stato ideato; difatti, l'eccessiva genericità delle disposizioni in commento non permette di avere un quadro dettagliato rispetto ai requisiti di idoneità dei modelli stessi. Tale circostanza, tuttavia, sembra essere ben conosciuta al legislatore, il quale ha previsto, già all'interno del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, la possibilità di fare riferimento alle linee guida delle associazioni rappresentative[6]; questa previsione, a parere di chi scrive, è una presa di consapevolezza in merito all'impossibilità (o

---

[5] Si vd. V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, cit., p. 72. Si vd., con riferimento all'attuale situazione sanitaria emergenziale causata dalla diffusione della patologia Covid-19 e i profili critici rispetto alla gestione del rischio da parte degli enti, V. MARCHESI, *L'ente alla prova dell'emergenza. Prime considerazioni su prevenzione del rischio e garanzie dell'ente ex d. lgs. 231/2001nel governo della crisi*, in *Sistema Penale*, 14 maggio 2020.

[6] Art. 6 comma 3 del d.lgs. 231 del 2001.

alla non volontà) di prevedere nel dettaglio i requisiti di idoneità dei modelli organizzativi alla luce della eterogeneità del panorama degli enti all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

Il legislatore ben avrebbe potuto indicare, con uno sforzo maggiore, requisiti specifici per ogni tipologia di reato appartenente al catalogo contenuto a partire dall'art. 24 del decreto in commento; anche volendo considerare oltremodo dispendiosa questa operazione, il legislatore avrebbe potuto compiere lo sforzo di prevedere protocolli e norme di comportamento, di carattere generale, valevoli per predisporre lo scheletro di una struttura organizzativa in grado di prevenire, almeno in astratto, il rischio penale di impresa. Quanto si sta affermando non è frutto della fantasia di chi scrive, ma trova riscontro nella disciplina che il legislatore ha approntato per la tutela della salute dei lavoratori con il d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81; in tale decreto legislativo, *sub* art. 30, il legislatore si è premurato di prevedere una serie di requisiti che i modelli di organizzazione ex d. lgs. 231 del 2001 debbono possedere ai fini di una presunzione di una loro idoneità.[7] Il fatto di indicare, da parte del legislatore, anche per il tramite di interventi rimessi a fonti subordinate alla legge o agli atti aventi forza di legge, sarebbe un'occasione per agevolare il lavoro degli operatori economici che vogliano adeguarsi alle disposizioni di cui al decreto legislativo 231/2001 e che vogliano davvero prevenire il rischio penale collegato all'attività da loro svolta. Tuttavia, ad oggi, non si riscontrano altri settori dell'ordinamento in cui il legislatore abbia fatto lo sforzo di avvicinarsi alle esigenze pratiche degli operatori economici con specifico riferimento all'adozione dei modelli organizzativi. Sempre con riferimento al ruolo del legislatore, è necessario prendere atto della mancanza di volontà di adeguare le previsioni di cui all'art. 6 del decreto in commento al continuo aggiornamento (come si diceva *supra* § 1.) del catalogo dei reati presupposto. Come giustamente osserva Mucciarelli[8], la costruzione del citato articolo 6 era coerente con l'originaria gamma dei reati presupposto, i quali erano finalizzati alla prevenzione di specifici illeciti in materia di corruzione e tutela della gestione

[7] Si vd. art. 30 comma 5 del d.lgs 81/2008.

[8] F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, 2010, p. 1247 ss.

dei finanziamenti pubblici ed erano in numero decisamente inferiore rispetto a quelli oggi previsti. A dimostrazione di quanto appena affermato viene in soccorso la previsione contenuta *sub* comma 2 lett. *c* del citato art. 6, la quale prevede che i modelli organizzativi contengano specifiche modalità di gestione delle risorse finanziarie. Tale previsione, alla luce dell'aggiornamento del catalogo dei reati presupposto, perde totalmente di significato se ci si riferisce, a titolo meramente esemplificativo, alle ipotesi di cui all'art. 25 *quater*1 del decreto in commento.[9] Tutto quanto sin qui affermato va ad ulteriore dimostrazione della situazione di indeterminatezza[10] che caratterizza le disposizioni legislative in materia di predisposizione dei modelli organizzativi e di gestione.

1.1.1. *Le linee guida delle associazioni rappresentative degli enti: quale rilevanza sul piano probatorio in sede processuale?*

Per quanto attiene alle linee guida delle associazioni rappresentative degli enti[11], peraltro direttamente previste dal legislatore *sub* art. 6 del d. lgs. 231 del 2001, occorre sottolineare che esse si caratterizzano per essere delle norme di au-

[9] Difatti, tale articolo si riferisce alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili. È chiaro che un modello organizzativo approntato solo sulla base delle indicazioni fornite dal legislatore sarebbe del tutto inidoneo alla prevenzione di questo specifico reato presupposto. La corretta gestione delle risorse finanziarie, così come la previsione di protocolli per programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente (entrambi requisiti individuati dal legislatore) sono del tutti ininfluenti ai fini della prevenzione di questo specifico illecito. Ciò dimostra, a parere di chi scrive, che sarebbe stato indispensabile un aggiornamento dei requisiti dei modelli organizzativi che si adeguasse contestualmente all'estensione del catalogo dei reati presupposto. Sempre sul punto si faccia riferimento a G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, cit., p. 4033.

[10] Tale indeterminatezza è stata esclusa in sede giurisprudenziale con la pronuncia Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., laddove afferma che, con specifico riferimento alla normativa sulla tutela della salute nei luoghi di lavoro, è compito del lavoratore predisporre il modello ai sensi delle indicazioni contenute nella disciplina speciale dedicata al lavoro. Ebbene, se questo può essere agevole con specifico riferimento alla sicurezza sul lavoro, non può dirsi altrettanto con riferimento a tutti gli altri settori in cui non sono previste specifiche indicazioni sul contenuto dei modelli organizzativi. Pertanto, a parere di chi scrive, permane la situazione di profonda indeterminatezza di cui si diceva.

[11] Linee guida di cui si è detto approfonditamente *sub* cap. II.

toregolamentazione che le associazioni di categoria prevedono al fine di meglio specificare quanto previsto, in linea di principio, dal legislatore. Come è a tutti noto, tali linee guida non possono godere di un'efficacia vincolante al pari delle diposizioni di legge in quanto approntate da soggetti privati e, come tali, non legittimati ad emanare disposizioni vincolanti *erga omnes*. Malgrado la natura privatistica di queste norme di autoregolamentazione, il legislatore attribuisce loro una minima rilevanza, dal momento che prevede che tali linee guida possano essere sottoposte al Ministero della Giustizia, il quale, di concerto con i ministeri competenti, può emettere un parere (non vincolante per il giudice in sede processuale[12]) circa l'idoneità di tali modelli ai fini della prevenzione dei reati presupposto. Nonostante la previsione appena commentata, il legislatore non ha previsto alcun beneficio, né sostanziale né processuale per quegli enti che si siano dotati dei modelli di organizzazione e di gestione predisposti sulla base delle linee guida emanate dalle associazioni rappresentative e che abbiano superato il vaglio di idoneità del Ministero della Giustizia.[13]

Tuttavia, è legittimo porsi la domanda circa la potenziale rilevanza, sul piano probatorio, dei modelli organizzativi adottati adeguandosi alle linee guida che abbiano ottenuto il giudizio favorevole del Ministero della Giustizia. A parere di chi scrive la soluzione a questo quesito è da ricercarsi, *in primis*, nella considerazione che già si faceva all'interno di questo elaborato (cfr. *infra* cap. III § 1.3.) concernente la necessità che i modelli organizzativi debbano essere predisposti sulla base della specifica attività svolta dal singolo ente; inoltre, si richiamava la necessità che il modello organizzativo fosse altamente *customizzato* prendendo in considerazione le specifiche aree di rischio a cui l'ente è esposto. Invero, si evidenziava la necessità di adottare un sistema di analisi dei rischi che sia basato sulla concreta attività posta in essere dall'ente, senza possibilità di individuare le attività di rischio attraverso un rinvio *de plano* ai rischi generalmen-

---

[12] Si vd. cap. III § 1.3. del presente elaborato.

[13] Per questo profilo si vd. A. FIORELLA, *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica D.LGS. 231/2001*, cit., p. 5104 ss. Fiorella afferma che il vaglio di idoneità del Ministero non può attribuire in maniera automatica l'esclusione della responsabilità dell'ente in quanto, in ogni caso, il modello organizzativo deve essere predisposto specificamente in relazione all'attività in concreto svolta dall'ente.

te individuati per le attività di natura simile a quella analizzata. L'attività di *risk assessment* e l'attività di *risk management* non possono essere svolte in maniera standardizzata per tutte le attività rientranti all'interno di una categoria generale, ma al contrario debbono calarsi sulla singola realtà da valutare; tale passaggio è di fondamentale importanza per garantire che i rischi individuati possano essere realmente ridotti ad un rischio accettabile. Difatti, se si considerassero rischi che in generale si possono far rientrare all'interno dell'attività svolta dall'ente, ma che nel concreto non vi rientrano, si avrebbe un sistema di controllo del tutto inefficace e meramente cartolare. Ancora, è necessario che le attività successive all'individuazione dei rischi siano calibrate e costruite sui rischi così individuati, in modo da ottenere un sistema di controllo che sia realmente in grado di espletare il suo scopo. Inoltre, già si ricordava l'impossibilità di predisporre un modello organizzativo unico, anche adottato sulla base delle linee guida delle associazioni rappresentative, valevole per tutte le realtà appartenenti ad una specifica categoria. Del resto, la stessa denominazione di "linee guida" non fa certo riferimento a specifici protocolli o ad una normativa di dettaglio plasmata sulle singole realtà, ma a documenti di carattere generale che danno indicazioni di massima per coadiuvare i soggetti che debbono predisporre i modelli organizzativi plasmati sulla singola realtà. Ebbene, tutte queste considerazioni non possono condurre alla conclusione che l'adozione dei modelli organizzativi adottati sulla base delle linee guida, ancorché idonee a parere del Ministero della Giustizia, siano *ex se* idonei alla prevenzione del rischio penale. C'è di più, i modelli così adottati non possono nemmeno avere, a parere di chi scrive, un ruolo privilegiato all'interno del sindacato giudiziale di idoneità.

Tale conclusione che si è qui prospettata è avallata anche dalla circostanza in base alla quale, come già si è detto a più riprese, il giudice non può essere vincolato, in sede processuale, dal parere rilasciato da soggetti terzi e, per di più, nemmeno previsti dalla disciplina processual-penalistica. Invero, anche in attuazione del principio *iudex peritus peritorum*, non sarebbe immaginabile conferire al parere del Ministero della Giustizia un'efficacia vincolante in sede processuale;

difatti, solo il giudice, proprio in virtù dell'esclusività del suo ruolo decisorio,[14] è legittimato a pronunciarsi sull'idoneità o meno dei modelli organizzativi in sede processuale. Quanto appena rappresentato trova, del resto, conferma nel dettato di cui all'art. 101 della Costituzione, il quale imprime in maniera evidente il principio in virtù del quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge». È evidente, pertanto, che solo l'intervento del legislatore potrebbe porre rimedio alla situazione di incertezza di cui si è detto, attraverso l'introduzione, mediante la legge o atto avente forza di legge, di parametri valutativi destinati al giudice; occorre precisare che tali parametri valutativi non possono convertirsi in una presunzione assoluta, inficiando così sul principio di libero convincimento del giudice. Al più, potrebbe essere richiesta, ma allo stato dell'arte così non è, una motivazione più penetrante, qualora il giudice si discostasse dal parere rilasciato dal Ministero. Tuttavia, a parere di chi scrive, anche questa soluzione non è percorribile, in quanto il giudizio che il giudice opera è sul concreto modello del singolo ente, pertanto non può accogliersi l'idea di una motivazione rafforzata in ordine all'eventuale giudizio di inidoneità di un modello predisposto sulla base di linee guida, che, lo si ricorda, sono per definizione indicazioni di carattere generale. È da rigettarsi anche l'eventuale adesione, in ossequio al principio dell'*ipse dixit*, qualora il giudice richiedesse una perizia per stabilire l'eventuale idoneità dei modelli e la loro aderenza alle indicazioni delle associazioni di categoria; difatti, anche volendo ammettere un (a dire il vero necessario) controllo peritale, il giudice non sarebbe comunque vincolato alle conclusioni del perito nominato.

---

[14] G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 28. Egli, all'interno del contributo, sottolinea come il giudice deve risolvere da sé le questioni che gli sono sottoposte, «non essendo sottomesso ad alcun esperto.». Lo stesso Carlizzi ripudia l'idea della figura del «giudice-recettore» il quale semplicemente «ratifica le opinioni degli esperti in maniera sostanzialmente acritica.». Occorre precisare che il contributo riportato si riferisce alle figure dei periti giudiziali in sede processuale. È chiaro, anche alla luce di questa affermazione, come il giudice non possa, a maggior ragione, ritenersi vincolato nemmeno ad un parere espresso dal Ministero della Giustizia, organo che alla luce del principio della separazione dei poteri non può in nessun caso interferire con l'ordine giudiziario. Del resto, è radicato all'interno del nostro ordinamento (sia a livello normativo che a livello giurisprudenziale) il concetto di libero convincimento del giudice. A livello giurisprudenziale, si vd. Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, in *CED cass. pen.*, 248943, la quale afferma limpidamente, *sub* p. 40, che «il giudice di merito non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico.».

Alla luce di quanto affermato, l'unica soluzione che si prospetta per risolvere almeno parzialmente il problema dell'eccessiva incertezza in cui versano gli operatori dei vari settori e del problema che riguarda l'eccessivo margine di discrezionalità del giudice, è quella di un intervento da parte del legislatore; invero, sarebbe auspicabile che esso intervenisse per dare indicazioni più dettagliate a seconda dei settori che si considerano, sulla scorta di quanto ha già fatto in materia di tutela della salute sui luoghi di lavoro con il d. lgs. 81 del 2008. Lo sforzo richiesto, ovviamente, è notevole, ma consentirebbe di raggiungere un duplice obiettivo: il primo consiste nel ridurre la più volte richiamata situazione di incertezza e il secondo risponde all'esigenza di avere, nella prassi, un sistema di prevenzione del rischio penale che sia davvero in grado di svolgere tale funzione. Va necessariamente segnalato, sotto questo profilo, un progetto di riforma che aveva lo scopo (almeno in astratto) di limitare il margine di discrezionalità dell'organo giudicante e di dare maggiori certezze agli operatori che volessero dotarsi dei modelli organizzativi. Ci si riferisce al progetto sottoposto al Ministero della Giustizia nel luglio 2010 da parte dell'Agenzia di Ricerche e Legislazione (AREL),[15] che aveva come scopo, *inter alia*, quello di introdurre lo strumento della "certificazione" (poi "attestazione") *ex ante* del modello organizzativo, in modo tale da garantire all'ente l'esclusione della responsabilità amministrativa dipendente da reato in caso di ottenimento della summenzionata certificazione. Secondo il citato progetto di riforma, la certificazione (o attestazione) avrebbe dovuto essere rilasciata dapprima dall'autorità amministrativa[16], poi ad opera di professionisti abilitati.[17] In caso di ottenimento della certificazione (o attestazione) di idoneità del modello, a condizione che (i) l'attestazione sia regolare, (ii) il modello concretamente attuato corrisponda al modello valutato in sede di atte-

---

[15] AREL, *Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231*. Tale progetto di riforma è noto anche come progetto Arel-Alfano, recepito anche dal d.d.l. a firma dell'On. Della Vedova.

[16] Difatti, il progetto prevedeva il rilascio della certificazione ad opera di apposite «commissioni di certificazione […] ai sensi dell'articolo 76, comma 1, lettere *a*) e *c*) del decreto legislativo 10 ottobre 2003, n. 276.». Si vd. il progetto di riforma iniziale pubblicato in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1138.

[17] *Ibidem*, in cui, in ultima istanza, si attribuiva tale compito ad attestatori «esercenti funzioni private sotto il controllo della pubblica autorità.».

stazione e (iii) non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la carenza organizzativa che ha determinato o agevolato la commissione del reato. Appare del tutto evidente che le indicazioni fornite siano alquanto generiche, soprattutto con riferimento alla regolarità dell'attestazione. La principale critica che si può muovere a tale progetto di riforma è che l'attestazione avrebbe introdotto, ad opera peraltro di soggetti terzi e non ad opera del legislatore, una presunzione pressoché assoluta circa l'idoneità dei modelli stessi e alla quale il giudice avrebbe dovuto sottostare. È evidente il contrasto con il disposto dell'art. 101 comma 2 della Costituzione, con il principio di libero convincimento del giudice e con quello del *iudex peritus peritorum*.[18] Occorre segnalare che il menzionato progetto di riforma prevedeva anche, a seguito dell'ottenimento dell'attestazione, l'impossibilità di applicare, fin dalle indagini preliminari, le misure cautelari interdittive all'ente. Tale circostanza, del tutto infondata sul piano preventivo, ha sollevato aspre (e, a parere di chi scrive, giustificate) critiche.[19] Ad oggi, molto probabilmente anche alla luce dei numerosi dubbi che ha sollevato a più riprese, il citato progetto di riforma non è mai stato attuato.

1.1.2. *Le best practices: una possibile soluzione?*

Alla luce della prospettata impossibilità di ottenere e dal legislatore e dalle numerose linee guida delle indicazioni chiare e dettagliate per la predisposizione di modelli organizzativi potenzialmente idonei al raggiungimento del loro scopo, le singole realtà hanno dovuto farsi carico dell'onere di approntare una disciplina di dettaglio. È evidente, tuttavia, che questa situazione non risolve in alcun mo-

---

[18] Si vd. G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica*, cit., p. 29, dove sostiene che contrastano con il suddetto principio criteri valutativi «legalmente prefissati».

[19] Sul punto si vd. G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 10/2011, p. 1140; G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, cit., p. 4036; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, 2010, p. 1251.

do la situazione di incertezza che permea l'intera materia.[20] Le singole imprese, dunque, attraverso l'adeguamento alle prassi consolidate in determinati settori, hanno cercato di approntare modelli organizzativi potenzialmente idonei a garantire loro un certo grado di prevedibilità. Le singole realtà si rifanno, principalmente, alle esperienze straniere[21] che hanno approntato raccolte di *best practices* elaborate dagli organismi internazionali come ONU e OCSE, agli standard elaborati a livello internazionale,[22] alle linee guida delle associazioni rappresentative e, infine, alla giurisprudenza (di cui si dirà nel paragrafo che segue). Aderendo a questo approccio, le singole imprese tentano di adeguarsi il più possibile ai parametri che potrebbero garantire l'idoneità dei modelli organizzativi. Tuttavia, nella prassi giurisprudenziale si rileva una sensibile disomogeneità che, in concreto, non garantisce agli operatori di essere al sicuro da potenziali contestazioni in ordine all'idoneità dei loro modelli, ancorché adottati sulla base delle disposizioni di legge, delle linee guida e delle *best practices*. Per concludere il discorso sin qui condotto occorre segnalare, come già si è fatto, che solo un intervento del legislatore, in ogni singola materia, ovvero specificando almeno i requisiti basilari per ogni categoria di reato presupposto, potrebbe porre un rimedio a tale situazione di incertezza; ancora, come giustamente afferma Mongillo,[23] solo grazie ad un approccio «multiagenziale» e ad un apporto «imparziale e proficuo dell'intera comunità dei soggetti interessati» è possibile «ridurre entro limiti accettabili l'insostenibile incertezza giuridica che attualmente permea la materia.». Alla luce di ciò, appare chiaro che nemmeno le *best practices* sono autonomamente in grado di risolvere la situazione incerta di cui si sta discutendo.

---

[20] C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *resp. amm. soc. enti*, 3/2006, p. 173.

[21] Tra cui, ad esempio, i *compliance programs FSGO* degli Stati Uniti e *UK Bribery Act* del 2010 per quanto riguarda il Regno Unito.

[22] Tra cui il già citato (cfr. *infra* cap. III) *Coso report*, gli standard elaborati da *European Confederation of Institutes of Internal Auditing (ECIIA)* e *Associazione italiana Internal Auditors (AiIA)*.

[23] V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, cit., p. 100.

1.2. *I requisiti di idoneità dei modelli organizzativi nella prassi giurisprudenziale.*

Nel panorama giurisprudenziale italiano si riscontra una notevole carenza con riferimento ai parametri valutativi che il giudice deve tenere durante il sindacato giudiziale concernente i modelli organizzativi; invero, dall'analisi della giurisprudenza disponibile, è possibile ricavare solo alcune statuizioni di principio, senza poter ricavare una disciplina dettagliata e che possa conferire un certo grado di certezza agli operatori economici. Lo scopo del presente paragrafo è quello di fornire una panoramica, il più completa possibile, circa lo stato dell'arte in materia di valutazione giudiziale dei modelli organizzativi in sede giurisprudenziale (verranno considerate solo le pronunce maggiormente significative), sia di merito che di legittimità. Si cercherà di seguire, per questo scopo, il criterio cronologico, in modo da poter comprendere l'evoluzione giurisprudenziale a partire dagli albori della materia, per poi arrivare sino alle più recenti pronunce. Una delle prime pronunce di merito in materia di modelli organizzativi è quella del Tribunale di Roma del 2002,[24] dove però si afferma, in modo assolutamente generico, che per la valutazione giudiziale dei modelli organizzativi è possibile, per il giudice, «nominare un perito per valutare l'idoneità a prevenire i reati di un modello organizzativo aziendale adottato dalla società indagata»; con questa affermazione, dunque, il Tribunale di Roma non aggiunge nulla di nuovo a quanto già previsto dalla disciplina processual-penalistica generale che consente al giudice di avvalersi di periti per coadiuvarlo nel suo compito.[25] Appare del tutto superfluo sottolineare che il giudice possa avvalersi della perizia per la valutazione del modello organizzativo, invero, per la natura dei modelli e per la natura della società *sub iudice* è naturale che possano essere richieste competenze tecniche che il giudice non è tenuto ad avere e che, di conseguenza, sia necessario avvalersi dell'opera di un soggetto esperto quale può essere il perito.

---

[24] Tribunale di Roma, 22 novembre 2002, in *Foro it.*, 2004, II, p. 318. Si segnala, però, una più recente pronuncia che impone al giudice di valutare nel concreto le relazioni peritali e di farlo con spirito critico, evitando in maniera assoluta un mero rinvio a quanto stabilito dai periti stessi: Cass. pen., sez. II, 1° ottobre 2009, n. 40749, in *CED cass. pen.*, 2009.

[25] Art 220 ss. del codice di procedura penale.

La prima pronuncia che indica quali debbano essere i requisiti dei modelli organizzativi,[26] in realtà, si limita ad operare un mero rinvio alle disposizioni di cui all'art. 6 comma 2 del decreto legislativo 231 del 2001; invero, così statuisce il Tribunale di Roma: «i modelli devono assolutamente rispondere alle esigenze previste dal 2° comma dell'art. 6 del d. lgs 8 giugno 2001 n. 231». Se questa affermazione è sicuramente vera e necessaria, nulla di nuovo però aggiunge a quanto stabilito dal legislatore e non fornisce alcun elemento di novità rispetto a quanto già prevede la normativa. Inoltre, come si vedrà più oltre in questo paragrafo, tale affermazione è stata superata dalle successive pronunce che richiedono, al contrario, che i modelli siano plasmati in concreto in virtù dell'attività del singolo ente. Certamente, appare ovvio che i requisiti di legge debbano, comunque, essere osservati come disciplina base per la predisposizione dei modelli di cui si sta discutendo.

Una significativa pronuncia in materia di idoneità dei modelli organizzativi *sub iudice* è riscontrabile nella statuizione secondo la quale «[…] il modello dovrà dunque essere concreto, efficace e dinamico, cioè tale da seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferisce.»;[27] da questa pronuncia è possibile ricavare i requisiti di concretezza, efficacia e dinamicità dei modelli organizzativi. Invero, solo attraverso un adeguamento delle previsioni del modello organizzativo in funzione dell'attività dell'ente può garantire, come si è detto più volte, che lo stesso possa esercitare la sua funzione di strumento di prevenzione del rischio penale collegato all'attività svolta. Il parametro della dinamicità, a dire il vero richiamato anche dallo stesso d. lgs. 231 del 2001,[28] è sicuramente di primaria importanza per garantire che i modelli siano continuamente aggiornati in funzione sia delle modificazioni della normativa, sia in funzione dell'eventuale mutamento o ampliamento delle aree di attività dell'ente considerato.

---

[26] Tribunale di Roma, 4 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, II, p. 317.

[27] Così stabilisce Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Guida dir.*, 2004, 47, p. 69; nello stesso senso, seppur con termini diversi, si vd. G.i.p. Tribunale di Milano, 8 marzo 2012, in *giur. merito*, 2012, 9, p. 1899. Inoltre, sulla necessità di un continuo aggiornamento dei modelli organizzativi si vd. Corte ass. app. Torino, 27 maggio 2013, in *Redazione Giuffrè*, 2016.

[28] Art. 6 comma 1 lett. *b* del d.lgs. 231 del 2001, dove si assegna all'organismo di vigilanza il compito di verificare l'aggiornamento del modello organizzativo.

Vi sono due pronunce, tra di loro distanti nel tempo, che richiamano la necessità di individuare, all'interno dei modelli organizzativi «strumenti idonei a identificare le aree di rischio dell'attività della società e a individuare gli elementi sintomatici della commissione degli illeciti.».[29] Questa statuizione aggiunge sicuramente un *quid pluris* rispetto a quanto dettato dalla normativa dell'art. 6 del decreto in commento; invero, *ivi* si prevede esclusivamente che vengano identificate le aree a rischio e non anche gli elementi sintomatici (ossia i campanelli d'allarme) che possano indicare la possibilità di verificazione di un reato presupposto. Con queste pronunce, quindi, viene introdotta la necessità di prevedere quei comportamenti, in presenza dei quali è possibile supporre che possa verificarsi un reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente e che possa cagionare la responsabilità amministrativa da reato. Nel 2005 è stata pronunciata dal G.I.P. di Bari[30] una sentenza con la quale si affermava che i modelli organizzativi che si limitano a riprodurre sostanzialmente i precetti penali in materia di d. lgs. 231 del 2001, senza prevedere poi specifici protocolli per ridurre il rischio penale in tali ambiti sono da considerarsi inidonei.

Di rilevante importanza, per quanto si sta dicendo, appare, a parere di chi scrive, la pronuncia che è stata emessa dal G.I.P. di Milano (sicuramente uno dei più attivi, anche per il tessuto economico in cui si inserisce, in materia di responsabilità amministrativa dipendente da reato ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231) e che stabilisce l'importanza delle linee guida e dei codici di disciplina ai fini dell'affermazione del giudizio di idoneità dei modelli organizzativi.[31]

---

[29] Le due pronunce cui si faceva riferimento, Tribunale di Milano, 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, p. 269 e G.i.p. Tribunale di Verona, 14 marzo 2007, in *Riv. pen.*, 2008, 9, p. 926, utilizzano i medesimi termini. Nello stesso senso si vd. anche Cass. pen., sez. I, 2 luglio 2015, n. 35818, in *Guida dir.*, 2015, 44, p. 80.

[30] G.i.p. Tribunale di Bari, 18 aprile 2005, in *Le società*, 2006, p. 365.

[31] Così, infatti, stabilisce G.i.p. Tribunale di Milano, 8 gennaio 2010, in *Foro ambr.*, 2010, 3, p. 350: «[…] la decisione dell'organo dirigente della società sotto inchiesta di uniformarsi tempestivamente ai codici di disciplina e alle linee guida indicate da Borsa Italiana e Confindustria è un dato fondamentale per affermare l'idoneità del modello di organizzazione e gestione […]».

Molto significativa è pure una pronuncia della Corte di Cassazione del 2013,[32] con la quale si affermano diversi principi di diritto; innanzitutto si riafferma la necessità di valutare, da parte del giudice, il modello organizzativo dell'ente in concreto e in «ottica di conformità/adeguatezza del predetto modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere […]»; inoltre, aggiunge che i modelli organizzativi «possono (non devono)» essere adottati in base ai codici di comportamento della associazioni rappresentative e che tali codici di comportamento «possono certamente essere assunti come paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere "calato" nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione». Ancora, sempre la stessa pronuncia, afferma che il parere di idoneità dei modelli adottati sulla scorta dei codici di comportamento delle associazioni di categoria da parte del Ministero «non vale certo a conferire a tali modelli il crisma dell'incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati.». Tale statuizione è cristallina nel chiarire quanto già si anticipava *supra* in merito alla valenza, in sede processuale, delle linee guida delle associazioni rappresentative dell'ente.

All'interno della giurisprudenza di legittimità è altrettanto fermo il principio secondo cui i modelli organizzativi non possano costituire un mero adempimento burocratico, ma debbono essere documenti nel concreto operativi in modo da esercitare la loro funzione preventiva.[33] Inoltre, è necessario, come già si diceva *supra* cap. III, che i modelli organizzativi, ai fini della loro valutazione di idoneità, tengano in considerazione i trascorsi storici dell'ente; invero, anche qualora l'ente si sia dotato di un nuovo organo amministrativo, è necessario che i

[32] Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, Impregilo, in *Resp. amm. soc.*, 3/2014, p. 81, con nota di T. GUERINI.

[33] Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.; nello stesso senso si vd. Cass. pen., sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442, in *CED cass. pen.*, 2016, dove si ribadisce il medesimo concetto e la Corte parla di «politica aziendale di mero formalismo cartolare ("paper compliance policy"».

modelli precedentemente (ed eventualmente) adottati vengano modificati, tenendo presente il trascorso, anche giudiziario, dell'ente stesso.[34]

È da segnalare una pronuncia con cui la Suprema Corte afferma il principio secondo cui i modelli organizzativi e di gestione non possono essere sostituiti *in toto* dai modelli aziendali Iso Uni En Iso 9001, se questi ultimi non contengono l'indicazione dei reati da prevenire nell'esercizio dell'attività.[35] È chiaro che, a seguito di questa pronuncia, viene confermata la necessaria presenza, all'interno dei modelli organizzativi e ai fini di una loro valutazione di idoneità, l'indicazione dei reati a cui l'ente si trova particolarmente esposto.

Infine, una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione ha stabilito che la mancanza di linee guida a cui uniformarsi non può essere un elemento per giustificare l'inidoneità dei modelli organizzativi e di gestione o addirittura giustificare la loro mancanza.[36] Tale pronuncia conferma quanto già si diceva *supra* riguardo la non piena rilevanza, in sede processuale, dell'adeguamento dei modelli organizzativi e di gestione alle linee guida delle associazioni rappresentative. Invero, solo la singola impresa, alla luce delle attività in concreto svolte, ha l'onere di approntare un modello organizzativo idoneo alla prevenzione del rischio penale. È chiaro che quest'ultima pronuncia, a parere di chi scrive, non fa altro che confermare il panorama incerto in cui si trovano ad operare gli enti. Non avendo essi modelli a cui riferirsi, restano in balia della discrezionalità dell'organo giudicante; nemmeno l'adeguamento a linee guida consolidate e riconosciute è in grado di conferire un minimo grado di prevedibilità circa il potenziale giudizio di idoneità in sede processuale.

Occorre poi precisare che, secondo la dottrina, è necessario che la valutazione giudiziale dei modelli organizzativi venga svolta in maniera differenziata a seconda che si tratti di modelli organizzativi adottati prima o dopo la consuma-

[34] Cass. pen., sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209, disponibile on-line in *www.aodv231.it*, 2016.
[35] Cass. pen., sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, disponibile on-line in *www.ilsocietario.it* con nota di C. SANTORIELLO.
[36] Cass. pen., sez. III, 27 gennaio 2020, n. 3157, in *Guida al diritto*, 2020, 10, p. 89.

zione del fatto-reato presupposto.[37] Invero, secondo tale tesi dottrinale, che appare condivisibile a parere di chi scrive, nel caso in cui il giudice si trovasse a dover valutare l'idoneità di un modello organizzativo adottato prima della commissione del reato presupposto, dovrebbe verificare in termini probabilistici e nel concreto «se in quelle condizioni concrete, considerate in un momento antecedente la commissione del delitto, questo sarebbe stato impedito se non fossero intervenute circostanze eccezionale e imprevedibili che, di fatto, ne hanno consentito la realizzazione.».[38] Quanto sin qui detto è condivisibile alla luce del fatto che non può essere contestata all'ente una condotta che, al momento dell'adozione del modello, era del tutto imprevedibile.[39] Nel caso opposto di adozione del modello organizzativo *post factum*, sarebbe necessaria una valutazione più penetrante circa l'idoneità dei modelli a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Tale circostanza è giustificata, a parere di chi scrive, dal fatto che un reato si è già verificato e quindi assume rilevanza la storia passata dell'ente; è chiaro che il modello dovrà essere attentamente vagliato per poter essere ritenuto idoneo a garantire le misure premiali a seguito di riorganizzazione (cfr. *supra* cap. I).[40]

2. Idoneità dei modelli organizzativi per gli enti del Terzo Settore.

---

[37] A. BERNASCONI, *Sub art. 6*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, p. 118.

[38] G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in *resp. amm. soc. enti*, 2007, 3, p. 13.

[39] La valutazione di adeguatezza del modello deve necessariamente avvenire con riferimento al momento in cui esso è stato adottato, potendo rilevare, al più, un suo mancato aggiornamento post adozione. Di certo, non sarebbe immaginabile ritenere il modello inadeguato per il solo fatto che un reato si è verificato; in tal modo, difatti, si renderebbe vana qualsiasi possibilità di far valere la funzione esimente, prevista dal legislatore, del modello stesso. Del resto, approntare un modello organizzativo che sia in grado di prevenire anche fatti del tutto imprevedibili sarebbe un'operazione talmente complessa da essere, di fatto, impossibile: *ad impossibilia nemo tenetur*. Sulla necessaria valutazione *ex ante* del modello organizzativo, rispetto alla commissione del reato, si vd. G.u.p. Tribunale di Milano, 17 novembre 2009, Impregilo, in *Le società*, 2010, p. 473, con nota di C.E. PALIERO.

[40] In questo senso si vd. G.i.p. Tribunale di Roma, 4 aprile 2003, in *CED cass. pen.*, 2003, p. 2803 ss., con nota di P. DI GERONIMO.

Trattando dei modelli organizzativi relativi agli enti del Terzo Settore e, in particolare, della loro eventuale idoneità, bisogna sin da subito premettere che si riscontra una totale assenza di giurisprudenza in materia; tale situazione implica anche una certa difficoltà nel sapersi orientare all'interno del già complesso panorama relativo al sindacato di idoneità dei modelli organizzativi. A tale situazione si aggiunge anche la mancanza, se non in qualche isolato caso, di linee guida che possano fungere da parametro di riferimento per costruire modelli organizzativi *ad hoc* per gli enti *non profit* e che siano potenzialmente idonei a prevenire il rischio penale in questo specifico settore dell'ordinamento. Ciò che si può affermare in maniera pacifica è che, dal punto di vista dei requisiti generali individuati dal legislatore *sub* artt. 6 e 7 del d. lgs. 231 del 2001, non sussistono differenze specifiche per gli enti *de quibus*. Invero, avendo già ampiamente discusso dell'applicabilità della disciplina del decreto legislativo 231/2001 anche agli enti del Terzo Settore (cfr. si vd. *supra* cap. I), ne consegue che i parametri generali individuati dal legislatore siano applicabili anche a questi specifici enti. A questa considerazione è però opportuno aggiungere che una mera aderenza ai requisiti generali individuati dal legislatore non potrebbe far discendere, così come avviene anche per gli enti del settore delle imprese, una idoneità del modello organizzativo costruito considerando solo tali parametri generali. A maggior ragione, per il settore *non profit*, è necessario che vengano considerati aspetti che non sono presenti all'interno delle imprese, aspetti di cui peraltro si è detto *supra* cap. III, al quale si rinvia per una compiuta analisi dei requisiti particolari che, a parere di chi scrive, dovrebbero possedere i modelli organizzativi speciali per il settore *non profit*.

Ancora, occorre aggiungere che nemmeno l'aderenza ai precetti individuati dalle linee guida di settore[41] sarebbe di per sé sufficiente a garantire, in un eventuale sindacato giudiziale di idoneità, un giudizio positivo. Questa considerazione discende, a parere di chi scrive, dall'analisi della giurisprudenza di cui si è trattato nel paragrafo precedente. Invero, così come per le imprese è richiesto che il modello sia plasmato nel concreto dell'attività svolta dall'ente e con parti-

[41] Si vd. Cap. III § 1.3.

colare riferimento alle aree di attività sensibili per la commissione di reati presupposto, è altrettanto necessario, e a maggior ragione, che i modelli degli enti *non profit* affinché possano essere ritenuti idonei, siano costruiti con specifico riferimento alle peculiarità che tali enti posseggono. Difatti, mutuare un modello organizzativo da parte di un ente *non profit*, ancorché idoneo, da un ente appartenente al settore delle imprese, senza operare alcuna modifica, sarebbe inevitabilmente un'operazione errata e che non consentirebbe di affermare l'idoneità del modello con riferimento al settore *non profit*.[42]

Nella prassi, l'adozione dei modelli organizzativi negli enti del Terzo Settore non è così diffusa,[43] soprattutto prima della delibera ANAC n. 32 del 2016 (si vd. *supra* cap. III § 2.2.); a seguito di tale delibera è richiesto, come noto, che per collaborare con la pubblica amministrazione è necessario prevedere modelli organizzativi ai sensi della disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001. Tuttavia, anche i requisiti individuati all'interno di questa delibera per i modelli organizzativi del settore *non profit* non possono ritenersi soddisfacenti, in quanto riprendono, *de facto*, le caratteristiche generali richieste ai modelli organizzativi delle imprese.

Alla luce di quanto sin qui rappresentato, ai fini dell'ottenimento di un eventuale giudizio positivo di idoneità del modello è imprescindibile, a parere di chi scrive, costruire il modello analizzando in maniera approfondita gli istituti previsti in via esclusiva per gli enti del Terzo Settore, facendo inevitabilmente riferimento al Codice del Terzo Settore. Invero, analizzando gli istituti speciali *ivi* previsti (e di cui si è dato conto *infra* cap. II) è possibile costruire un modello organizzativo che contenga tutte le procedure e tutti i protocolli finalizzati ad una corretta gestione dell'ente, avendo tenuto in considerazioni gli aspetti maggiormente problematici dello stesso. A titolo meramente esemplificativo, un modello idoneo per un ente *non profit* dovrebbe contenere certamente le procedure e

---

[42] Invero, le profonde differenze che sussistono tra enti del Terzo Settore e settore delle imprese, non consentono di ammettere l'adozione di modelli organizzativi che posseggano le stesse caratteristiche.

[43] Basti pensare che l'Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze (ANPAS), una delle più grandi realtà *non profit* operanti nel settore sociosanitario nel territorio nazionale, nel gennaio 2018 ancora discuteva delle procedure per adottare i modelli organizzativi di cui al d. lgs. 231 del 2001. Si vd. *Progetto Pac: volontariato e D.LGS. 231*, 27 gennaio 2018, Roma, in *www.anpas.org*.

i protocolli (i) per la gestione delle donazioni, (ii) per la destinazione delle risorse ottenute mediante il 5X1000, (iii) per la gestione del personale volontario e delle relative tutele - tutela della salute *in primis*, con espresso riferimento alla disciplina approntata all'interno del d. lgs. n. 81 del 2008, in quanto applicabile. Invero, la materia della tutela della sicurezza dei volontari e, anche, del personale dipendente è pacificamente uno degli aspetti più rilevanti all'interno del settore *non profit* -, (iv) per la gestione del personale dipendente - in particolare, prevedendo procedure che possano evitare che si verifichino situazioni di sfruttamento dei lavoratori, nascondendoli sotto la veste di volontari; su questo aspetto è da segnalare l'opportunità di introdurre uno specifico richiamo, tra le aree a rischio collegate all'attività degli enti in commento, alla disciplina di cui all'art. 603 *bis* del codice penale,[44] la quale sanziona le condotte volte allo sfruttamento del lavoro, alla disciplina di cui al d. lgs. n. 66 del 2003,[45] in materia di rispetto dell'orario di lavoro e della sua adeguata retribuzione e alla disciplina di cui al d. lgs. n. 81 del 2008. Ancora, è necessario (v) prevedere specifici controlli per la gestione del danaro pubblico da impiegarsi per gli scopi previsti dallo statuto e (vi) prevedere specifici procedure e controlli che garantiscano il rispetto della disciplina tributaria di favore; tutto ciò, oltre a quanto già rappresentato *sub* cap. III § 2.

Per concludere il discorso che si è fin qui condotto, appare doveroso sottolineare come non sia necessario, a parere di chi scrive, mutare le regole già viste per la valutazione dei modelli organizzativi per le imprese, ma il giudice dovrà semplicemente analizzare i modelli organizzativi degli enti *non profit* facendo specifico riferimento agli istituti speciali previsti per gli enti del Terzo Settore e non basandosi esclusivamente sui parametri di riferimento ad oggi esistenti solo

---

[44] Introdotto dal decreto-legge 138 del 2011, poi convertito nella l. n. 148/2011.

[45] Occorre segnalare che la violazione di tale disciplina non fa sorgere *ex se* la responsabilità ex d.lgs. 231 del 2001 in quanto non espressamente richiamata all'interno del catalogo dei reati presupposto. Tuttavia, sarebbe opportuno il riferimento, all'interno dei modelli organizzativi di cui si sta discutendo, quanto meno per il fatto che il mancato rispetto dell'orario lavorativo può avere conseguenze rilevanti sia sullo stato di salute del lavoratore (integrando così la violazione della normativa di cui al d.lgs. 81/2008, la quale a sua volta è annoverata nel catalogo dei reati presupposto) che sullo sfruttamento del lavoratore stesso, facendo emergere la responsabilità di cui all'art. 603 *bis* c.p.

per il settore economico. Si può dire, senza troppe difficoltà, che dovrà mutare la regola di valutazione e non la regola di giudizio allorquando si dovrà sindacare dell'idoneità di un modello organizzativo di un ente *non profit*. Questa conclusione è ancor più vera se si considera la circostanza in base alla quale non esiste, ad oggi, una specifica disciplina, né sostanziale né processuale, per l'adozione dei modelli organizzativi indirizzati al settore *non profit*.

PARTE SECONDA

LE MISURE INTERDITTIVE ALLA LUCE DELL'INTERESSE GENERALE DELL'ENTE EX ART. 5 DEL CODICE DEL TERZO SETTORE

3. Misure cautelari interdittive.

Il sistema cautelare, all'interno della disciplina di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, occupa, senza alcun dubbio, una posizione di estrema rilevanza; invero, agli aspetti che riguardano il sistema cautelare è dedicata l'intera sezione IV del capo III del decreto in commento. La rilevanza di tale sistema è tale che in dottrina si è parlato di «un vero e proprio sottosistema all'interno del processo *de societate*».[46] Da un punto di vista sistematico, è possibile distinguere le misure cautelari in misure interdittive e misure reali; le prime rispondono alla finalità di agire direttamente sull'attività dell'ente, potendola anche paralizzare[47] qualora le esigenze cautelari lo richiedano, mentre le seconde intervengono sul patrimonio dell'ente, senza inficiare, almeno *prima facie*, l'operatività dell'ente. Già da questa anticipazione emerge in maniera limpida come le misure cautelari interdittive sono quelle che fanno sorgere più profili critici soprattutto con riferimento alla prosecuzione dell'attività dell'ente e che, quindi, debbono essere applicate solo come *extrema ratio*,[48] data la loro portata afflittiva, sebbene temporanea. Le misure cautelari interdittive sono particolarmente sensibili in quanto interferiscono spesso con altri principi di cui l'ente gode, in particolare con il principio della libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione.[49] Bisogna sin da subito premettere che le misure cautelari in-

---

[46] A. PRESUTTI, *Lineamenti generali del sistema cautelare*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 283.

[47] È questo il caso dell'interdizione dall'esercizio dell'attività, di cui all'art. 9 comma 2 lett. *a* del d. lgs. 231 del 2001.

[48] Soluzione che viene accolta in sede legislativa dall'art. 46 comma 3 del d.lgs. 231/2001.

[49] Si vd., per questo profilo, F. PERONI, *Il sistema cautelare*, in AA.VV, a cura di G. GARUTI, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 247, il quale afferma che le misure cautelari interdittive, applicate nei confronti di una persona giuridica, influiscono su «posizioni di diritto non di rado dotate di tutela

terdittive disciplinate dal d. lgs. 231 del 2001 coincidono con le sanzioni interdittive previste dalla stessa disciplina,[50] motivo per cui i profili critici che si andranno ad evidenziare ben si possono riferire sia alle misure cautelari interdittive, che alle sanzioni della stessa natura. È inoltre opportuno sottolineare quale sia stato l'intento del legislatore nel prevedere le misure cautelari interdittive e lo si può fare riportando lo stralcio della relazione ministeriale al decreto legislativo 231 del 2001: «L'esigenza di apprestare un sistema di cautele con riferimento all'illecito imputabile alla persona giuridica ubbidisce a un duplice scopo: evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato; "paralizzare" o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati.».[51] Da questo estratto è agevole comprendere come le finalità del legislatore fossero di natura profondamente diversa; invero, da un lato si prefigge lo scopo di tutelare la garanzia dei creditori (pubblici o privati che siano) e dall'altro si premurava di tutelare un interesse di ben più ampia portata: l'interesse della collettività ad evitare che l'ente potesse nuovamente compiere reati o aggravare quelli già compiuti. Da questa relazione è possibile, inoltre, comprendere come non sia stata recepita l'esigenza, altrettanto rilevante a parere di chi scrive, di garantire l'assunzione di prove ai fini dell'accertamento della

---

costituzionale.». Il profilo maggiormente critico con cui si scontrano le misure interdittive (sia sanzioni che cautelari) riguarda, senza alcun dubbio, la previsione di cui all'art. 41, comma 2, della Costituzione, che sancisce la libertà dell'iniziativa economica privata. Interdire l'attività di un ente vuol dire limitare sensibilmente la libertà di iniziativa economica privata; tuttavia, occorre precisare che, al fine di prevenire e reprimere condotte delittuose che creano problemi di ordine pubbliche, è possibile – ai sensi del richiamato dettato costituzionale – limitare o, financo, limitare la libertà di iniziativa economica privata. Per maggiore chiarezza si riporta la previsione *de qua*: «(*l'iniziativa economica privata*) Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.». Corsivi ad opera dello scrivente. È chiaro, dunque, che tutte quelle attività che si pongano in contrasto con l'utilità sociale (come è il caso, pacificamente, che riguarda la commissione di reati), possono essere sottoposte a misure limitative. Diversamente, se si accogliesse l'ipotesi (per vero anche illogica) di non poter in alcun caso limitare la libertà di iniziativa economica privata, tutta la disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001 sarebbe viziata sotto il profilo della legittimità costituzionale.

[50] È, difatti, lo stesso art. 45 del d.lgs. 231 del 2001 ad operare un pieno rinvio all'art. 9 comma 2 dello stesso decreto.

[51] Relazione ministeriale al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, punto n. 17 (documento consultabile on-line in *www.aodv231.it*; *ivi*, è possibile rintracciare la citazione *sub* p. 31.).

responsabilità amministrativa dipendente da reato. Difatti, diversamente da quanto avviene nella disciplina processual-penalistica ordinaria[52] dove, tra le esigenze cautelari vi è quella di evitare il pericolo di inquinamento delle prove, nel caso della disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001 tale esigenza non è annoverata. Eppure, come è noto, l'ente sarebbe perfettamente in grado di occultare le prove a suo sfavore, soprattutto attraverso gli strumenti informatici o la soppressione di documenti particolarmente compromettenti.[53] È altrettanto vero, però, che la stessa finalità può essere raggiunta attraverso l'istituto del sequestro probatorio, certamente possibile per permettere agli inquirenti di salvaguardare il materiale probatorio; del resto, non vi sono dubbi circa la compatibilità dell'istituto del sequestro probatorio[54] anche nei confronti degli enti, nonostante il decreto in commento non ne faccia menzione.[55]

3.1. *Il procedimento cautelare: presupposti e applicazione delle misure.*

Precisate le finalità che le misure cautelari, in particolare quelle interdittive, intendono perseguire è necessario soffermarsi sui presupposti e sul procedimento applicativo delle stesse. Per quanto attiene ai presupposti applicativi delle misure cautelari occorre fare riferimento al disposto dell'art. 45 del decreto legislativo n. 231 del 2001; già da una prima lettura della norma in commento, è possibile individuare i primi due presupposti applicativi, ossia il *fumus commissi delicti* ed il *periculum in mora*. Invero, così come prevede il legislatore nel citato

---

[52] Ci si riferisce all'art. 274 del codice di procedura penale.

[53] È la stessa Suprema Corte che afferma, seppur in una risalente pronuncia, che il riferimento che opera l'art. 274 c.p.p., rispetto al pericolo di fuga (e qui, come detto, è naturale non prevedere tale esigenza cautelare nel procedimento *de societate*) e al pericolo di inquinamento probatorio, è incongruo all'interno della disciplina di cui al d.lgs. 231 del 2001. A parere di chi scrive, il pericolo di inquinamento probatorio è del tutto sussistente anche e soprattutto con riferimento all'ente, laddove è ben possibile occultare materiale potenzialmente pregiudizievole attraverso diverse operazioni sia fisiche che telematiche. La pronuncia a cui si è fatto qui riferimento è Cass. pen., sez. II, 12 marzo 2007, n. 10500, Smell, in *Guida al dir.*, n. 18/2007.

[54] Ci si riferisce al mezzo di ricerca della prova di cui all'art. 253 c.p.p.

[55] Sul punto si segnala una recente pronuncia: Cass. pen., sez. II, 13 febbraio 2019, n. 7003 in *www.aodv231.it*; tale pronuncia, in maniera limpida, afferma che l'istituto del sequestro probatorio, sebbene non direttamente previsto dal d.lgs 231 del 2001, trova piena applicazione nei confronti dell'ente (senza necessità, peraltro, di previa comunicazione allo stesso) in quanto compatibile ai sensi dell'art. 34 dello stesso decreto.

articolo, è possibile per il pubblico ministero, unico organo legittimato ad avviare il procedimento cautelare (non residuando spazio alcuno per un intervento *ex officio* del giudice), richiedere l'applicazione di misure cautelari allorquando vi siano «gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità amministrativa dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato».

Il *fumus* di cui si sta discutendo fa esplicito riferimento ai gravi indizi, espressione che rinvia a quella utilizzata all'art. 273 c.p.p., con riferimento ai gravi indizi di colpevolezza che legittimano la richiesta, insieme agli altri elementi ivi richiamati, delle misure cautelari personali. È costante nella giurisprudenza di legittimità, ritenere che tali gravi indizi siano elementi idonei a prevedere che, all'esito del procedimento penale e unitamente all'acquisizione di ulteriori elementi, possa essere pronunciata, con un certo grado di probabilità, una sentenza di condanna.[56] Oltre alla sussistenza del *fumus commissi delicti* è necessario che sussista anche l'altro presupposto applicativo, ossia il *periculum in mora*; esso, è costituito, così come lo stesso legislatore afferma, dal «concreto pericolo che ven-

[56] Cass. pen., sez. IV, 6 luglio 07, n. 37878, dove è possibile leggere che «in tema di misure cautelari personali, gli indizi di colpevolezza che giustificano l'adozione della misura non devono avere lo stesso grado di certezza e concludenza delle prove richieste dall'art. 192 c.p.p. per l'affermazione di responsabilità dell'imputato, ma devono essere di valenza tale da potersene desumere un elevato grado di probabilità di commissione del reato ipotizzato da parte dell'indagato, non essendo richiesto dall'art. 273 c.p.p., in questa fase, il requisito della precisione e concordanza ma solo quello della gravità». La pronuncia appena riportata, sebbene si riferisca a misure cautelari personali, dà una chiara lettura del concetto di gravità degli indizi che giustificano l'applicazione delle misure cautelari. Si vd., nello stesso senso e con riferimento alla necessaria gravità degli elementi indiziari ai fini cautelari, Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2017, n. 6660 e, da ultimo, Cass. pen., sez., V, 19 settembre 2019, n. 45181, tutte in *www.salvisjuribus.it*, aprile 2020, con nota di A. PARLATO. Occorre peraltro precisare in questa sede che i gravi indizi di colpevolezza, valutati ai sensi dell'art. 273 c.p.p., subiranno, in sede cautelare, una valutazione meno penetrante rispetto alle successive fasi del dibattimento e dell'eventuale affermazione della responsabilità penale dell'imputato; con questo si vuole sottolineare il fatto che il giudizio in fase cautelare è un giudizio prognostico allo stato degli atti, come è naturale che sia in una fase in cui ancora, potenzialmente, non si sono raccolti tutti gli elementi per sostenere l'accusa in giudizio. Su questo aspetto si segnala G.i.p. Tribunale di Bari, 18 aprile 2005, in *Le società*, 2006, p. 365, con nota di S. BARTOLOMUCCI. Nello stesso senso, si veda anche Cass. pen., sez. II, 12 marzo 2007, cit., p. 80, con nota di G. AMATO. Infine, sempre sul concetto della gravità indiziaria occorre riportare la posizione di S.M. Corso, *Procedura penale delle società*, cit., p. 117, il quale sostiene che i gravi indizi, nel procedimento cautelare, debbano riferirsi ad una «probabilità di colpevolezza alta, qualificata, ragionevole e capace di resistere ad interpretazioni alternative.».

gano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede.».[57] Come è agevole notare, la formulazione adottata dal legislatore prevede esclusivamente la concretezza del pericolo, non anche la sua attualità, come invece avviene all'interno dell'art. 274 comma 1 lett. *c* del codice di procedura penale;[58] ebbene, non vi sono motivi di escludere che, anche all'interno del procedimento cautelare rivolto all'ente, sia da fare riferimento anche all'attualità del pericolo e non solo alla sua concretezza.[59] Dopo aver chiarito quali siano i presupposti applicativi in presenza dei quali il pubblico ministero può richiedere al giudice competente[60] l'applicazione delle misure cautelari, è necessario soffermarsi sulla natura delle stesse misure. Invero, come si diceva poco sopra, le misure cautelari applicabili nel procedimento *de societate* coincidono con le sanzioni interdittive previste dall'art. 9 dello stesso decreto. Difatti, è lo stesso legislatore, attraverso lo strumento del rinvio operato dall'art. 45 del decreto in commento a prevedere questa circostanza. Avendo previsto ciò, è quindi necessario fare riferimento anche alla disciplina contenuta *sub* art. 13 del decreto che si sta qui commentando; invero, tale norma prevede che, ai fini dell'applicabilità delle sanzioni interdittive (e, quindi, anche di quelle applicate in via cautelare) è necessario che sussistano alternativamente due condizioni: (i) che l'ente abbia tratto un profitto di rilevante entità[61] dalla commissione del reato presupposto e il reato è stato commesso dai soggetti di cui all'art. 5 dello stesso decreto (nel caso di soggetti subordinati è necessario che vi siano state anche carenze organizzative che abbiano agevolato la

---

[57] Art. 45 comma 1 del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231.

[58] Il requisito dell'attualità del pericolo, inizialmente non prevista, è stato introdotto in forza dell'art. 2 comma 1 lett. *a* della L. 16 aprile 2015, n. 47.

[59] In questo senso si vd. A. PRESUTTI, *Lineamenti generali del sistema cautelare*, cit., p. 295.

[60] Si vd., a questo proposito, l'art. 47 del d.lgs. 231 del 2001.

[61] Sulla nozione di profitto di rilevante entità è opportuno, a parere di chi scrive, soffermarsi per comprendere la portata di tale concetto: la norma di cui al citato articolo 13 non definisce cosa debba intendersi per «profitto di rilevante entità», formulazione che naturalmente lascia ampio spazio all'interpretazione del singolo organo giudicante. Sul punto si riscontrano due principali pronunce della Suprema Corte: Cass. pen., sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 9 maggio 2016, con nota di M. RIVERDITI; tale pronuncia afferma, richiamando la pronuncia n. 51151 del 2013 della stessa Corte: «La nozione di profitto di rilevante entità non può limitarsi ad un mero dato numerico, ma ha un contenuto più ampio di quello inteso come utile netto, in quanto in tale concetto vi rientrano anche vantaggi non immediati comunque conseguiti dall'ente attraverso la realizzazione dell'illecito.».

commissione del reato) e (ii) che vi sia stata reiterazione degli illeciti.[62] Inoltre, è previsto dalla stessa norma che le sanzioni interdittive si possano applicare solo in relazione a quei reati presupposto che le prevedano espressamente. Orbene, appare del tutto evidente che, anche in fase cautelare, è possibile applicare quale misura cautelare una sanzione interdittiva solo allorquando vi sia motivo di ritenere che sia stato commesso un illecito per il quale è prevista la possibilità, in esito al giudizio, di applicare una delle sanzioni interdittive.

Il giudice procedente, quindi, deve dapprima valutare se il reato contestato all'ente prevede, in astratto, la possibilità di applicazione di una sanzione interdittiva[63] e solo successivamente interrogarsi sulla presenza o meno degli ulteriori presupposti applicativi previsti dall'art. 45 del decreto in esame.[64] Nella richiesta di applicazione delle misure cautelari, il pubblico ministero deve depositare, unitamente alla richiesta, tutti gli elementi raccolti sino a quel momento e anche quegli elementi che vadano a favore dell'ente e le eventuali memorie difensive o le deduzioni della difesa che siano state depositate. In questo modo, appare chiara la volontà del legislatore di evitare che il pubblico ministero possa operare una cernita del materiale probatorio a disposizione in modo da presentare solo gli elementi a sfavore dell'ente. Questa scelta, del tutto condivisibile a parere di chi scrive, permette anche di garantire appieno il diritto di difesa dell'ente, fin dal momento delle indagini preliminari.

Una volta ricevuta la richiesta del pubblico ministero, il giudice (se la richiesta stessa è presentata fuori udienza) fissa la data dell'udienza in cui si discu-

---

[62] Su questo aspetto è interessante la pronuncia Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32626, in *Guida al dir.*, n. 42/2006, p. 61. Qui si afferma che, ai fini della valutazione della sussistenza del rischio di reiterazione del reato è necessario che vi sia uno specifico riferimento anche alla politica dell'ente adottata negli anni, quindi con particolare riferimento agli eventuali illeciti commessi dall'ente nella sua storia passata.

[63] Per questo profilo si faccia riferimento a Tribunale del Riesame di Milano (ordinanza), 28 aprile 2008, Aristos, in *Corr. merito*, n. 7/2008, p. 840, con nota di G.L. GATTA. *Ivi*, si prevede che al fine della valutazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, il giudice deve effettuare tale analisi su tutta la fattispecie complessa che genera la responsabilità amministrativa dell'ente; *ergo*, l'interesse e il vantaggio ottenuti a seguito della commissione dell'illecito da parte dei soggetti di cui all'art. 5 dello stesso decreto, oltre che le altre condizioni di cui già si è detto.

[64] Di questo avviso è anche A. PRESUTTI, *Lineamenti generali del sistema cautelare*, cit., p. 290.

terà della richiesta di applicazione di misure cautelari, dandone avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori. Tale previsione, contenuta *sub* art. 47 del decreto in commento è una novità rispetto alla procedura ordinaria di applicazione delle misure cautelari personali[65] che, come noto, avviene *inaudita altera parte*; solo a seguito dell'ordinanza del giudice procedente,[66] è possibile, per l'indagato/imputato ottenere la revoca delle stesse a seguito dell'interrogatorio di cui all'art. 294 c.p.p., ovvero attraverso l'istituto del riesame. Occorre sottolineare che tale diverso procedimento applicativo è giustificato, a parere di chi scrive, anche dalla profonda differenza che intercorre tra l'ente, di per sé astratto, e la persona fisica. Se l'applicazione *inaudita altera parte* nei confronti della persona fisica trova la sua ragion d'essere nell'evitare che la persona destinataria possa sottrarsi all'applicazione della misura attraverso la fuga, altrettanto non può dirsi dell'ente che, in quanto inanimato, non può certo sottrarsi all'applicazione delle misure cautelari. Lascia qualche dubbio la previsione per cui tra le esigenze cautelari non figura il pericolo di inquinamento delle prove. Tuttavia, come già si diceva *supra* è possibile ricorrere al sequestro probatorio per scongiurare il pericolo di cui si sta dicendo. All'esito dell'udienza fissata dal giudice procedente, esso procede alla decisione attraverso ordinanza, con la quale stabilisce anche le modalità applicative delle misure. Così come avviene nella procedura penale ordinaria, il giudice non può applicare misure più gravose rispetto a quelle chieste dal pubblico ministero, dovendosi rispettare i criteri di cui all'art. 275 del c.p.p.

Di particolare rilevanza è l'art. 46 del decreto legislativo 231 del 2001, il quale prevede i criteri di scelta delle misure, stabilendo che il giudice debba scegliere le misure cautelari rispettando il criterio di idoneità e proporzionalità a seconda delle esigenze da soddisfare. Il criterio di proporzionalità si riferisce, così come previsto dall'art. che si sta commentando, all'entità del fatto che viene contestato all'ente e «alla sanzione che si ritiene possa essere applicata» allo stesso. Occorre segnalare anche la previsione di cui al comma terzo dello stesso arti-

[65] Art. 292 c.p.p.
[66] *Ibidem*.

colo, laddove si prevede che l'interdizione dell'attività (senza alcun dubbio la misura più invalidante per l'ente) possa essere applicata solo quando tutte le altre misure non siano adeguate a garantire le esigenze cautelari. Infine, si prevede che le misure cautelari non possano essere applicate in via congiunta, in ossequio al criterio di gradualità e proporzionalità delle misure cautelari.

3.2. *Il commissariamento dell'ente in fase cautelare.*

Di particolare interesse, per il discorso che si sta conducendo, è la previsione contenuta *sub* comma 3 del citato articolo 45, laddove si attribuisce la facoltà al giudice di disporre il commissariamento dell'ente, ai sensi dell'art. 15, in luogo dell'applicazione della misura cautelare interdittiva. Già dalla formulazione della norma, è agevole notare come qui si utilizzi la formula "può nominare", mentre *sub* art. 15 si utilizza la formula "dispone". È legittimo, pertanto, domandarsi se il giudice abbia la facoltà di nominare un commissario giudiziale, in sede cautelare, ovvero se la sua scelta sia comunque vincolata ai presupposti di cui all'art. 15 del decreto in commento. Alla luce della *ratio* sottesa alla previsione di cui al citato art. 15, ossia quella di impedire che vi sia un'interruzione di un'attività di pubblico interesse, ovvero che abbia sensibili ricadute sotto il profilo occupazionale, è legittimo, a parere di chi scrive, ritenere che anche in fase cautelare, la nomina del commissario giudiziale debba avvenire in piena aderenza con i presupposti indicati dall'art. 15 del d. lgs. 231 del 2001. Diversamente, si avrebbe un eccessivo potere discrezionale del giudice, il quale potrebbe non disporre il commissariamento dell'ente, anche laddove tale scelta avesse gravi ripercussioni sulla collettività. In questo modo si creerebbe un ingiustificato conflitto tra due norme contenute all'interno della stessa disciplina e si verificherebbero situazioni identiche trattate in maniera differenziata, con potenziale violazione financo del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione. Anche alla luce di quanto appena affermato, appare del tutto evidente che, anche in fase cautelare,

il commissariamento dell'ente debba essere disposto sulla base delle indicazioni dell'art. 15.[67]

Tuttavia, rimane persistente la criticità legata alla valutazione giudiziale in merito sia all'effettiva sussistenza dell'interesse pubblico perseguito dall'ente che delle ricadute sul piano dell'occupazione. Di questo profilo si dirà, con riferimento agli enti del Terzo Settore, nel paragrafo che segue.

3.2.1. *Il commissariamento giudiziale dell'ente: una scelta obbligata per gli Enti del Terzo Settore?*

Come si è già anticipato *sub* cap. II e anche nel presente capitolo, l'istituto del commissariamento giudiziale dell'ente, ai sensi dell'art. 15 del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, deve applicarsi (anche in fase cautelare) laddove l'ente *sub iudice* svolga un'attività di pubblica necessità o un servizio pubblico, ovvero qualora l'interruzione dell'attività possa causare un pregiudizio ai livelli dell'occupazione. Già *prima facie* è possibile individuare la *ratio* sottesa a tale previsione: evitare che l'interdizione dall'attività dell'ente possa causare un pregiudizio alla collettività. In questi specifici casi prevale l'interesse alla tutela della collettività e dei livelli di occupazione, rispetto alle esigenze cautelari che dovessero palesarsi. Ebbene, per l'argomento che si sta trattando all'interno di questo elaborato, viene in rilievo soprattutto la lettera *a* dell'art. 15 del citato decreto legislativo. Invero, se ci si riferisce all'attività posta in essere dagli enti del Terzo Settore, è agevole notare come tali attività siano destinate, per espressa previsione normativa,[68] al soddisfacimento di interessi generali collettivi e che trovano rifugio financo nelle disposizioni costituzionali.[69] Orbene, è lecito do-

---

[67] Nel senso di ritenere che la nomina del commissario giudiziale debba essere vincolata ai presupposti di cui all'art. 15 del decreto legislativo 231 del 2001, si vd. G.i.p. Tribunale di Salerno (ordinanza), 28 marzo 2003, Ivam, in *Cass. pen.*, 2004, p. 266, con nota di G. FIDELBO. Si veda, inoltre, S.M. CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, cit., pp. 128-129.

[68] Si vd., a tal proposito, il capitolo II, § 1.2.3. per una compiuta analisi della questione.

[69] Appare doveroso riportare, in questa sede, la già citata pronuncia (cfr. *infra* cap. II § 1.2.3.) TAR Lazio, Roma, sez. II, 13 gennaio 2020, n. 338, in *www.dejure.it*, secondo il collegio amministrativo, le attività di interesse generale sono quelle «attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico

mandarsi se per gli enti *de quibus*, sia possibile affermare che, qualora si trovassero imputati ai sensi della disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001, il giudice possa ritenersi in un certo qual modo vincolato a propendere per la nomina di un commissario giudiziale, in luogo dell'applicazione delle sanzioni interdittive[70]; tale discorso è possibile estenderlo, ovviamente, anche al procedimento applicativo delle misure cautelari interdittive.

Innanzitutto, occorre preliminarmente constatare che, sul punto, manca sia una esplicita previsione normativa e, anche, un qualsiasi riferimento giurisprudenziale, pertanto non è possibile affrontare il discorso attraverso un'analisi degli orientamenti prevalenti.

Ritenere la sussistenza di un vincolo in sede di valutazione giudiziale in ordine all'applicazione di una qualsiasi misura cautelare o sanzione, fa inevitabilmente emergere alcune criticità, che si cercherà di analizzare in questa sede.

Il primo profilo critico su cui ci si deve soffermare è il rapporto che intercorre tra il principio di libero convincimento del giudice, la sua indipendenza e la sua soggezione soltanto alla legge[71] e l'imposizione al giudice stesso di un vincolo valutativo in sede processuale. Sotto questo profilo è pacifico ritenere che vincoli di valutazione riferiti al giudice, possano essere introdotti solo attraverso la legge o atti aventi forza di legge e non anche attraverso altre fonti che siano ad esse subordinate[72]. La legge (e gli atti aventi forza di legge) ben potrebbero, quindi, introdurre una specifica previsione che imponga di non applicare a quegli enti

---

o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale.». È chiaro, quindi, che le attività svolte dagli enti del Terzo Settore non possono subire interruzioni, al fine di scongiurare un grave pregiudizio alla collettività.

[70] Almeno di quelle che impedirebbero o renderebbero particolarmente difficile la prosecuzione dell'attività; ci si riferisce alle lettere *a*, *b*, *c* e *d* dell'art. 9, comma 2, del d.lgs. 231 del 2001.

[71] Ci si riferisce al più volte richiamato art. 101 comma 2 della Costituzione: «i giudici sono soggetti soltanto alla legge».

[72] È proprio a questo aspetto che si riferisce l'espressione secondo la quale il giudice è soggetto soltanto alla legge. Un intervento legislativo, dunque, ben può guidare l'azione e anche la valutazione del giudice; del resto, quanto si è appena affermato, coincide con il principio di legalità.

che svolgono un'attività di pubblico interesse, di pubblica necessità o un servizio pubblico, sia le misure cautelari interdittive, che le sanzioni della stessa natura. Ad oggi, tuttavia, non si riscontra una norma di tale portata con riferimento agli enti del Terzo Settore, i quali, lo si ricorda, svolgono per definizione e per loro stessa natura attività di interesse generale a beneficio di tutta la collettività. Difatti, come già si è compiutamente anticipato in questo elaborato (cfr. *infra* cap. II), gli enti del Terzo Settore svolgono attività di interesse generale in via esclusiva o principale «per il perseguimento […] di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale»[73]; tale situazione è quindi assai rilevante se ci si riferisce al disposto di cui all'art. 15, comma 1, lett. *a*, del d. lgs. 231 del 2001. Invero, se il d. lgs. n. 117 del 2017 (Codice del Terzo Settore) stabilisce che gli enti del Terzo Settore svolgono attività di interesse generale finalizzate al perseguimento delle finalità di cui sopra, è chiaro che un'interruzione delle medesime avrebbe inevitabili gravi ripercussioni sulla collettività.[74]

Alla luce di quanto detto, appare del tutto pacifico che, qualora un ente svolgente tali attività, si trovasse ad essere *sub iudice*, l'organo giudicante, accertato l'effettivo svolgimento delle attività di cui all'art. 5 del d. lgs. 117 del 2017, dovrebbe disporre senza indugio il commissariamento giudiziale dell'ente in modo tale da permettere il proseguimento delle attività di interesse generale. In tale fase valutativa concernente lo svolgimento di attività di interesse generale di cui all'appena citato art. 5 deve permanere, a parere di chi scrive, la discrezionalità valutativa del giudice in ordine all'effettiva attività svolta in concreto dall'ente imputato. Invero, come si è più volte affermato all'interno di questo elaborato, è necessario verificare in concreto che l'ente iscritto al Registro unico degli enti del Terzo Settore ponga concretamente in essere le attività per le quali è stato costituito, in modo tale da evitare che vi possa essere una truffa delle etichette per evitare di vedersi applicate le sanzioni interdittive, anche in sede cautelare, di cui

[73] Art. 5 del d. lgs. n. 117 del 2017.

[74] Si pensi, a titolo di esempio, alle conseguenze dovute all'interruzione delle attività socio-sanitarie, alle attività di tutela dei soggetti fragili, alle attività di formazione ed istruzione *et similia*, a seguito dell'applicazione, da parte del giudice penale, delle sanzioni interdittive applicate anche in via cautelare. La collettività si troverebbe, così, privata di servizio di indubitabile primaria necessità.

all'art. 15 del d. lgs. 231 del 2001.[75] Quanto appena affermato risponde alla irrinunciabile necessità di scongiurare che taluni enti possano agire nell'ombra e mascherarsi dietro a denominazioni di favore per sottrarsi all'applicazione della disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001; si immagini il caso in cui, attraverso operazioni fraudolente, l'ente finga di svolgere (in astratto) le attività di interesse generale di cui all'art. 5 del d. lgs. 117 del 2017 e si escludesse la discrezionalità valutativa dell'organo giudicante proprio sull'effettivo svolgimento di esse: in tal modo si avrebbe una situazione aberrante in cui l'ente non potrebbe essere destinatario delle sanzioni interdittive (applicate anche in sede cautelare) in funzione di vincolo valutativo imposto all'organo giudicante. Così facendo si permetterebbe, se non addirittura incentiverebbe, lo sfruttamento della denominazione di ente del Terzo Settore per sfruttare le agevolazioni che la normativa prevede e, nel caso qui prospettato, financo la non applicabilità delle sanzioni interdittive applicate anche in via cautelare. È chiaro che questa soluzione non può ritenersi accettabile all'interno di qualsivoglia ordinamento giuridico, motivo per cui, in questo ambito, la discrezionalità (se si vuole anche limitata) del giudice deve rimanere ferma. Come si anticipava, ad oggi, non esiste una disposizione di tale portata; inoltre, non esistendo nemmeno un orientamento giurisprudenziale in tal senso, non è possibile nemmeno fare affidamento al potere persuasivo, ancorché non vincolante nel nostro ordinamento, degli orientamenti giurisprudenziali. Ancora, al fine di evitare un qualsiasi contrasto con il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, sarebbe auspicabile un intervento *ad hoc* del legislatore in modo tale da introdurre, in sede di d. lgs. 231 del 2001, ovvero all'interno del Codice del Terzo Settore, una disposizione che escluda l'applicazione delle sanzioni interdittive applicate anche in sede cautelare nei confronti di quegli enti, appartenenti al Terzo Settore, che svolgano attività di interesse generale a beneficio della collettività. Ancora, potrebbe anche bastare un intervento che inserisca all'interno dell'art. 359 c.p.[76] la previsione secondo la quale le attività di

[75] Si vedano il cap. I, § 3.2.2., e il cap. II, § 1.2.3., del presente elaborato.
[76] Il quale riguarda, per l'appunto, le persone che svolgono un servizio di pubblica necessità.

cui all'art. 5 del Codice del Terzo Settore rientrano nel novero delle attività di pubblica necessità.

Occorre poi soffermarsi sul profilo che riguarda lo svolgimento di un pubblico servizio.[77] La nozione di pubblico servizio è riportata *sub* art. 358, comma 2, c.p., laddove si afferma: «Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale». Anche in questo specifico caso, la valutazione in ordine al concreto svolgimento del pubblico servizio è rimessa all'organo giudicante. Tuttavia, in materia di pubblico servizio è presente una copiosa giurisprudenza e, perciò, è più agevole individuare quelle attività che rientrano in tale definizione.[78]

3.2.2. *La prova, in sede processuale, dello svolgimento di attività di interesse generale.*

Rebus sic stantibus, occorre domandarsi, sotto il profilo strettamente processuale, se la prova dello svolgimento delle attività di interesse generale che possa scongiurare il pericolo di applicazione di sanzioni interdittive o di misure cautelari interdittive, debba essere fornita dall'ente, ovvero possa essere desunta *ex officio* dal giudice avanti al quale pende il procedimento. Le possibilità, a parere di chi scrive, sono tre: la prima è che l'onere della prova debba gravare sul pubblico ministero che richiede l'applicazione di una sanzione interdittiva o di una misura cautelare della stessa specie; la seconda, invece, è che, ai sensi della normativa vigente e del principio *iura novit curia*, lo svolgimento dell'attività di interesse generale da parte degli enti del Terzo Settore sia un fatto notorio e che, come tale, non richiede di essere provato ai sensi dell'art. 190 comma 1 del codice di procedura penale; la terza, invece, è che l'onere di provare lo svolgimento

[77] Art. 15 comma 1 lett. *a* del d.lgs. 231 del 2001.
[78] È indubbio, ad esempio, che il soccorso sanitario di emergenza-urgenza, posto in essere dalle associazioni di volontariato in via preferenziale, ai sensi dell'art. 57 del Codice del Terzo Settore, rientri nella nozione di pubblico servizio. Si vd., per tutte, Cass. pen., sez. VI, 21 dicembre 2016, n. 5818, in *CED cass. pen.*, 2017.

dell'attività di interesse generale gravi sull'ente. A parere di chi scrive è possibile escludere, senza alcuna difficoltà, tale ultima ipotesi in quanto sarebbe in palese contrasto con il dettato costituzionale di cui all'art. 27 della Carta, dal quale discende che non può e non deve essere l'imputato a dimostrare fatti a sé favorevoli. Inoltre, è la stessa disciplina del procedimento cautelare ex art. 45 del d. lgs. 231 del 2001 che prevede che sia il pubblico ministero a dover dimostrare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure cautelari. Al più, l'ente potrà fornire prova contraria rispetto a quanto prospettato dall'organo di accusa.

Bisogna escludere, a parere di chi scrive anche la prospettata ipotesi dell'interesse generale perseguito dagli enti come fatto notorio, in quanto è inevitabile che vi sia quantomeno una valutazione in ordine al reale svolgimento, da parte dell'ente *sub iudice*, di attività di interesse generale.[79]

Allo stato dell'arte, quindi, nel momento in cui si dovesse discutere dell'applicazione di una sanzione interdittiva o di una misura cautelare della stessa natura nei confronti di un ente del Terzo Settore, dovrebbe aversi, a parere di chi scrive, la seguente situazione processuale: esistendo una disposizione di legge che prevede che gli enti del Terzo Settore svolgono attività di interesse generale rivolte al perseguimento di interessi collettivi e alla luce di quanto sin qui rappresentato, dovrebbe spettare al pubblico ministero dimostrare che l'attività nel concreto svolta dall'ente *de quo* non rientri tra quelle indicate *sub* art. 5 del decreto legislativo n. 117 del 2017 e, conseguentemente, la possibilità di applicare, da parte del giudice, una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9 del d. lgs. 231 del 2001, anche in via cautelare. Diversamente, qualora questa prova non fosse fornita o non fosse sufficientemente forte, il giudice dovrebbe optare per l'applicazione dell'istituto del commissariamento giudiziale, in quanto l'eventuale interruzione dell'attività dell'ente avrebbe inevitabili conseguenze pregiudizievoli nei confronti della collettività.

Quanto si è detto sin qui, con riferimento ad una possibile disciplina derogatoria per gli enti del Terzo Settore, non è un aspetto del tutto sconosciuto al

[79] Si veda, tal proposito, la nota 71 del presente capitolo.

nostro ordinamento, infatti basti pensare all'ampia disciplina derogatoria che è prevista per particolari categorie di enti che, pur essendo sottoposti alla disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001, possono avvantaggiarsi dell'esclusione dell'applicazione delle misure cautelari indicate dall'art. 45. Si sta parlando del d. lgs. 9 luglio 2004 n. 197 per quanto attiene alle banche e gli intermediari finanziari e del d. lgs. 7 settembre 2005 n. 209 per quanto attiene alle assicurazioni. Invero, per le categorie appena citate è prevista l'esclusione della disciplina di cui all'art. 45 del d. lgs. 231 del 2001 alla luce della necessità di far prevalere la tutela creditizia, la tutela degli investitori e la tutela degli assicurati. Non solo non è prevista l'applicazione delle sanzioni interdittive maggiormente afflittive, ma è financo esclusa la gestione da parte del commissario giudiziale in sede cautelare; questa previsione, in particolare, suscita nello scrivente alcuni dubbi. È proprio il commissario giudiziale che, per espressa previsione normativa *sub* art. 15 comma 3 del d. lgs. 231 del 2001, deve curare l'adozione dei modelli organizzativi per l'ente sottoposto a procedimento penale amministrativo, ossia deve assicurarsi che avvenga la riorganizzazione dello stesso. Invero, è stata proprio la mancata organizzazione ad aver cagionato il compimento del reato presupposto, pertanto il fatto di dover procedere alla riorganizzazione è sicuramente un aspetto di notevole rilevanza all'interno dei compiti del commissario giudiziale. Se si vuole davvero garantire che l'ente *sub iudice* si adegui alla normativa ex d. lgs. 231 del 2001, in particolare per quegli enti la cui paralisi potrebbe cagionare sensibili pregiudizi sulla collettività, non si capisce perché nel regime derogatorio previsto per le banche, gli intermediari finanziari e le assicurazioni si escluda anche la nomina del commissario giudiziale, il quale potrebbe riportare l'ente a condizioni di legalità, prima mancanti.[80] Il regime di cui si sta parlando è palesemente derogatorio rispetto alla disciplina generale, tanto che ci sarebbe da interrogarsi sull'opportunità di tale scelta, vista anche la gestione non sempre ri-

[80] Tuttavia, occorre dar conto di una impostazione dottrinale che ritiene che la nomina del commissario giudiziale, in taluni casi, può costituire un impedimento per la prosecuzione dell'attività dell'ente, in quanto vincolata dalle prescrizioni che il giudice ha formulato in sede di nomina. Per questo profilo si vd. A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 461.

spettosa della legalità degli istituti bancari e assicurativi.[81] Tuttavia, ad oggi la situazione è quella appena prospettata, caratterizzata da disposizioni che limitano notevolmente la discrezionalità del giudice nel momento in cui si trovi a dover decidere quale delle misure cautelari adottare nei confronti degli enti di cui si sta dicendo. Questo aspetto dimostra la fattibilità di quanto si diceva *supra*, ossia un vincolo alla discrezionalità del giudice in sede processuale introdotto attraverso una legge o un atto avente forza di legge, così come è stato fatto per questo specifico settore dell'ordinamento giuridico e anche l'esclusione dell'applicazione delle misure cautelari interdittive per determinate categorie di enti.

Ebbene, così come il legislatore si è premurato di adottare un regime ampiamente di *favor* rispetto agli enti appena citati, altrettanto potrebbe fare con riferimento agli enti del Terzo Settore, i quali dal punto di vista delle conseguenze in caso di paralisi dell'attività, potrebbero generare sensibili pregiudizi nei confronti dell'intera collettività. Il riconoscimento del loro valore a beneficio della collettività e, soprattutto delle fasce più deboli di questa, è già sancito dalla legge (cfr. Codice del Terzo Settore) e trova fondamento anche all'interno della Carta costituzionale (cfr. *infra* cap. I e cap. II). Se ci si volesse interrogare su quale principio prevale tra la tutela del credito, dell'investimento e degli assicurati e la tutela dei diritti sociali e del diritto alla salute, la risposta sarebbe a chiunque evidente.

Anche alla luce della disciplina derogatoria di cui si è appena detto, non paiono esserci ulteriori ostacoli che possano impedire un intervento del legislatore per prendere una coraggiosa posizione anche con riferimento al settore *non profit*. Occorre segnalare che la disciplina speciale prevista per gli istituti bancari e le assicurazioni esclude le misure cautelari e la nomina del commissario giudiziale solo in fase cautelare, mantenendo fermo l'apparato sanzionatorio in caso di condanna dell'ente per uno dei reati presupposto. Tale circostanza non può che

[81] Invero, sono molteplici i precedenti giudiziari che investono istituti di credito all'interno del panorama nazionale. A titolo meramente esemplificativo si riportano gli scandali bancari maggiormente rilevanti verificatisi in Italia: Banco Ambrosiano nel 1982, Banca Popolare Italiana nel 2006, Monte dei Paschi di Siena nel 2008, Carige nel 2012, Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca nel 2014.

far sorgere il dubbio, a parere di chi scrive, soprattutto sotto il profilo della coerenza di una simile scelta. Se è necessario tutelare le posizioni dei creditori, degli investitori e degli assicurati durante la fase cautelare, non si capisce come mai tale tutela non venga mantenuta ferma anche nella fase successiva all'affermazione della responsabilità penale dipendente da reato. Invero, se agli enti di cui si sta discutendo si applicassero le sanzioni interdittive a seguito di condanna, le posizioni dei soggetti terzi interessati sarebbero inevitabilmente pregiudicate. A questo punto potrebbe intervenire, anche in questa sede, il commissariamento giudiziale dell'ente in luogo delle sanzioni interdittive. È anche vero che nella fase esecutiva delle sanzioni è prevista una vigilanza da parte della CONSOB, al fine di garantire che vi sia la tutela degli investitori, dei creditori e degli assicurati. Anche all'interno dell'ipotizzata disciplina derogatoria per gli enti del Terzo Settore si potrebbe prevedere un sistema di controllo, *post* accertamento della responsabilità amministrativa dipendente da reato e *post* condanna dell'ente, da parte di un'autorità amministrativa *ad hoc* costituita. Si potrebbe trattare di un organo interno al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore, ovvero di un organo istituito presso il competente Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

È chiaro che, al momento, non esistendo una normativa specifica tutte le valutazioni in ordine all'interesse che l'ente persegue, alle attività in concreto svolte e all'opportunità di disporre misure cautelari interdittive e di applicare le sanzioni della stessa natura in esito al procedimento, sono rimesse alla discrezionalità del singolo organo giudicante. Vista anche la totale assenza di giurisprudenza su questo specifico profilo e in assenza di un intervento del legislatore, ci si trova, ancora una volta, in una situazione di evidente incertezza.

4. La confisca del profitto del reato: rapporto tra la necessità della confisca, l'interesse generale dell'ente e la tutela degli utenti.

La misura della confisca, come peraltro si anticipava *sub* cap. I del presente elaborato, è una misura che occupa certamente una posizione di rilievo all'interno della disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001.[82] La confisca, oltre che ad essere una misura sanzionatoria prevista esplicitamente dall'art. 9, comma 1 lett. *c*, del citato decreto, è anche una misura applicata in svariati ambiti dello stesso decreto legislativo 231/2001. Invero, è prevista (i) allorquando venga disposta la prosecuzione dell'attività dell'ente attraverso il commissario giudiziale, ai sensi del comma 4 dell'art. 15, (ii) nel caso in cui l'ente ponga in essere le misure riparatorie, così come prevede l'art. 17 lett. *c*, (iii) nei casi previsti dall'art. 23 comma 3 dello stesso decreto e (iv) quando, a seguito del riconoscimento della valenza esimente dei modelli organizzativi, ai sensi dell'art. 6, comma 5, del decreto in commento; invero, in quest'ultimo caso la confisca ha la finalità di rimuovere dall'ente il profitto, comunque ingiustamente ricevuto. Già da quanto appena detto, emerge che la funzione della confisca va ben oltre la semplice funzione sanzionatoria, ma si caratterizza per finalità ben più ampie che rispondono alla necessità di eliminare, sia dal patrimonio dell'ente che dall'intero panorama giuridico, i profitti di qualsivoglia natura che sono stati conseguiti in maniera illecita a seguito del compimento di un illecito penale.[83] Appare doveroso riportare

---

[82] Non solo, la misura della confisca occupa un ruolo di primo piano all'interno di tutto l'ordinamento giuridico, essendo prevista in diverse norme, peraltro di natura differente. Invero, oltre alla confisca di cui al d.lgs. 231 del 2001, è possibile rinvenire la confisca ai sensi dell'art. 240 c.p., quella prevista ex art. 322 *ter* c.p. in materia di reati contro la pubblica amministrazione (confisca per equivalente), la confisca "antimafia" prevista dall'art. 24 del d. lgs. 159 del 2011 e la confisca urbanistica prevista dall'art. 44 del d.p.r. n. 380/2001 (Testo Unico dell'Edilizia).

[83] Occorre soffermarsi, almeno in parte, sulla *vexata quaestio* che riguarda la nozione di profitto del reato da sottoporre alla misura della confisca, sia in via diretta che per equivalente. Si darà qui conto di alcune precisazioni che vengono fornite sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina; una delle pronunce più significative in materia di profitto del reato, della sua individuazione e della successiva quantificazione è Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a., in *Mass. CED.*, n. 239923, in cui la Corte afferma che «l'applicazione del principio relativo all'individuazione del profitto del reato … può subire, per così dire, una deroga o un ridimensionamento, nel senso che deve essere rapportata e adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione.». Tale affermazione è significativa ed indicativa di un'indispensabile valutazione nel concreto della singola questione

una definizione che diede Pulitanò, con riferimento alla natura della misura che si sta qui analizzando; egli definisce la confisca come una sanzione «*sui generis*, in quanto non commisurata secondo i criteri di "proporzione" validi per le altre sanzioni».[84] Invero, la confisca non conosce limiti applicativi, così come avviene per le altre sanzioni all'interno della disciplina ex d. lgs. 231 del 2001.[85] Sulla natura della confisca si segnala anche l'intervento della Corte di Cassazione la quale, nel 2015, ha dato una definizione di tale istituto molto significativa, a parere di chi scrive, per comprenderne appieno la portata; così viene definita dalla Suprema Corte: «un istituto "neutro", capace di assumere natura e fisionomia diversa e quindi "camaleontico", ad eloquente sottolineature della capacità della confisca di adattarsi all'ambiente normativo di riferimento e di recepire le peculiari finalità, che, per suo tramite il legislatore intenda, di volta in volta, perseguire.».[86]

---

sottoposta al vaglio del giudice, senza la possibilità di individuare, per tutti i reati presupposto, un unico criterio di individuazione del profitto del reato. La conclusione prospettata dalla pronuncia appena citata è stata poi accolta anche dalla giurisprudenza successiva, che qui si segnala: Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.it*; Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit. Sul *quantum* del profitto da sottoporre a confisca, si vd. M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 39, in cui afferma che tale valutazione è rimessa alla esclusiva competenza del giudice della cognizione. Si vd. anche A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit. p. 220. Infine, si segnala Cass. pen., sez. VI, 16 gennaio 2018, n. 1754, la quale sottolinea innanzitutto il necessario nesso di pertinenzialità tra il profitto del reato e il reato stesso, dovendosi escludere la confisca di somme di danaro, beni o altra utilità che nulla abbiano a che spartire con il reato presupposto verificatosi; inoltre, su questo punto, specifica la Corte che, anche le somme di danaro eventualmente incassate a seguito dell'alienazione del bene, profitto diretto del reato, mantengono il nesso causale con esso e possono pertanto essere destinatarie della misura della confisca. Infine, il Supremo Collegio, precisa che la nozione di profitto di reato non può estendersi a tal punto da rendere vana la *ratio* sottesa alla misura della confisca, ossia eliminare dal patrimonio dell'ente o da chi ne ha il possesso, del prezzo o profitto del reato.

[84] D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, p. 964.

[85] A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 219. Si vd. anche S.M. CORSO, *Procedura penale delle società*, cit., p. 33, il quale definisce tale misura come «sempre obbligatoria, e dunque indefettibilmente applicata dal giudice all'ente condannato, sia nella forma dell'ablazione diretta dei beni costituenti il prezzo o il profitto del reato presupposto, sia quale espropriazione *per tantundem*, ossia di beni di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato, quando non sia possibile l'apprensione diretta.».

[86] Cass. pen., sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 922. Appare poi doveroso riportare la definizione di misura di «natura proteiforme» della confisca che ha dato Cass. pen., sez. un. 2 luglio 2008, n. 26654, cit.

Come si è avuto modo di appurare, le diverse tipologia di confisca, con differenti presupposti applicativi e anche differenti collocazioni normative, rispondono in linea generale ad una finalità unica, ossia quella di rimuovere dalla circolazione beni che sono stati acquisiti mediante condotte illecite.[87] Alla luce di quanto sin qui rappresentato, appare del tutto evidente che la confisca sia uno strumento assai efficace per il contrasto della criminalità economica, anche organizzata, e, più in generale, per ripristinare (o almeno tentare di farlo) lo *status quo ante* rispetto alla commissione del reato, impedendo che all'interno del panorama giuridico possano circolare beni che siano stati acquisiti mediante condotte contrarie ai principi dell'ordinamento. È, quindi, chiaro che l'interesse alla confisca non è un interesse limitato al singolo caso che viene perseguito, ma risponde a finalità ben più ampie che abbracciano, a parere di chi scrive, l'intero concetto di legalità. Invero, sanzionare e perseguire il singolo soggetto (fisico o giuridico che sia), senza rimuovere le conseguenze illecite cagionate dalla condotta dello stesso, equivarrebbe a porre in essere una giustizia monca. Tale affermazione è ancora più vera con riferimento ai reati economici, sempre più in crescita a livello internazionale,[88] laddove è necessario rimuovere i profitti illeciti, anche qualora non sia possibile identificare l'autore del reato che ha permesso l'acquisizione di tali profitti. L'efficacia della confisca è tale che, nella prassi, è ben più temuta rispetto alle sanzioni penali tradizionali a carico delle persone fisiche.[89] Questo discorso è valido, ovviamente, anche per la criminalità degli enti; difatti, è doveroso impedire che un soggetto giuridico possa giovarsi, per il perseguimento della sua attività, di profitti ottenuti in maniera illecita. È in questo frangente che la confisca può e deve esercitare il suo ruolo di riequilibrare la situazione e portarla al momento antecedente alla commissione del reato presupposto. Con riferimen-

---

[87] Sotto questo profilo è interessante il contributo di V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, Torino, 1950, p. 361, il quale parla di una vera e propria espropriazione dello Stato di beni di altri in seguito a condotte illecite.

[88] Si vd. *Global Economic Crime and Fraud Survey*, di PwC, 2020, la quale evidenzia un netto incremento (dal 29% al 35%) dei reati economici a livello globale.

[89] Questa affermazione è ancora più vera con riferimento alla criminalità organizzata; si pensi all'intuizione avuta dal giudice Falcone, il quale fu tra i primi a comprendere l'importanza di agire sui patrimoni delle cosche mafiose e non solo di agire penalmente sulle persone fisiche.

to a quanto appena detto, appare chiaro che nessun problema si pone quando si tratti di confiscare direttamente il profitto o il prezzo del reato, ossia in quei casi in cui essi siano agevolmente individuabili all'interno del patrimonio dell'ente. Più critica è, invece, la situazione in cui si dovesse rendere necessario procedere alla confisca per equivalente, in quanto indirizzata a beni che non hanno (almeno apparentemente) alcuna connessione diretta con il reato commesso.[90] Per quanto attiene all'istituto della confisca per equivalente, all'interno della disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001, occorre fare riferimento all'art. 19 comma 2 dello stesso; invero, la norma specifica che la confisca per equivalente abbia natura alternativa e sussidiaria rispetto alla confisca diretta prevista dal comma 1. La confisca per equivalente, per espressa previsione del legislatore delegato, ha ad oggetto «somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato.».[91] Occorre poi soffermarsi, almeno brevemente, sull'istituto del sequestro finalizzato alla confisca, misura che può essere applicata in via cautelare al fine di garantire che le cose che dovranno essere, all'esito del procedimento, confiscate non vengano occultate o consumate nelle more della definizione del procedimento stesso.

Dopo aver brevemente introdotto l'istituto della confisca e della misura ad essa prodromica, è necessario riferirsi agli aspetti che rilevano ai sensi del presente elaborato; invero, occorre domandarsi se, nel bilanciamento tra l'interesse pubblico della prevenzione e della repressione penali (scopi ai quali la confisca *de qua* è indirizzata) e la tutela dell'attività di interesse generale degli enti del Terzo Settore possa ritenersi esistente una regola che definisca l'*iter* applicativo di tale misura. Orbene, a parere di chi scrive, non possono sussistere dubbi circa la piena

---

[90] È questa, peraltro, la linea su cui si orienta la Suprema Corte: Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2018, n. 46973, in *Giur. pen. web*, 2018, 10, con nota di G. DELLA VOLPE. In questa pronuncia, la Corte ritiene che la natura della confisca diretta sia preventiva, mentre quella della confisca per equivalente sia di natura sanzionatoria in quanto «colpisce beni di altra natura, che non hanno alcun nesso pertinenziale con il reato, palesando una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura eminentemente sanzionatoria.».

[91] Per un riferimento giurisprudenziale in merito alla confisca per equivalente si vd. Cass. pen., sez. VI, 29 aprile 2013, n. 18799, in *corr. trib.*, 2013, p. 2058 e Cass. pen., sez. un., 6 ottobre 2009, n. 38691, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 777. Inoltre, per un'ampia analisi della principale giurisprudenza in materia di confisca ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 231 del 2001, si veda S.M. CORSO, *Codice della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 145 ss.

applicabilità della confisca diretta sui beni che siano direttamente collegati e abbiano quindi un nesso pertinenziale con il commesso reato presupposto. In questo caso, qualora sia identificato all'interno del patrimonio dell'ente il profitto o il prezzo del reato, non vi possono essere ostacoli nell'applicare la misura ablatoria. Lo stesso discorso può applicarsi, a parere di chi scrive, anche qualora il profitto o il prezzo del reato siano nella disponibilità dell'autore del reato o di terzi, purché – come peraltro prescrive il comma 1 dell'art. 19 del decreto in commento – non siano terzi in buona fede.[92]

Al contrario, laddove non sia identificabile il profitto o il prezzo del reato, ovvero quando questi siano già stati consumati, sorgono dei dubbi circa la possibilità dell'applicazione della misura della confisca per equivalente su somme di danaro, beni o altre utilità nella disponibilità dell'ente. Questo aspetto fa emergere sensibili criticità, soprattutto se ci riferisce a beni che rientrano nel patrimonio dell'ente del Terzo Settore a seguito di donazioni o altre liberalità. In questo modo si avrebbero due aspetti di criticità: il primo riguarda la destinazione di tali somme di danaro: coloro che hanno donato tali somme di danaro, con l'intento di fare un'opera di bene e di apportare un beneficio alla collettività vedranno (almeno in astratto) le loro somme destinate ad altri scopi. Ancora, potrebbe emergere il profilo che riguarda la confisca di somme di danaro, sempre per equivalente, che siano frutto di elargizione da parte della pubblica amministrazione, trattandosi, a tutti gli effetti, di danaro pubblico.[93]

Il secondo profilo critico riguarda, poi, la capacità dell'ente di proseguire la sua attività a seguito dell'ablazione di somme di danaro o di altre utilità (anche di ingente quantità) confiscate per equivalente. Le ripercussioni di una siffatta misura potrebbero potenzialmente riversarsi su diritti fondamentali della collettività, tra cui anche il preminente diritto alla salute. Si pensi, infatti, alle

---

[92] Sull'aspetto della tutela dei terzi, rispetto alla misura della confisca, si rimanda a M. BONTEMPELLI, R. PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019. *Ivi*, si compie un'approfondita analisi, anche sul versante giurisprudenziale, rispetto alla misura della confisca (e del sequestro) nel suo rapporto con i terzi creditori.

[93] Anche sotto questo profilo, non vi sarebbero criticità se si procedesse alla confisca diretta di somme di danaro pubblico illecitamente percepite, in quanto così facendo si restituirebbe alla collettività una somma che non avrebbe dovuto *ab origine* essere elargita.

conseguenze di una confisca per equivalente, che poi impedisca la prosecuzione dell'attività dell'ente per mancanza di capienza patrimoniale, nei confronti di un ente del Terzo Settore operante nell'ambito della sanità e dei servizi sociosanitari. In questo modo si avrebbe una situazione di evidente contrasto tra l'interesse pubblico alla tutela penale e l'interesse della popolazione ad avere prestazioni essenziali e a tutela della salute pubblica. È chiaro che valutazioni di questa natura debbano essere fatte caso per caso e nel concreto della situazione eventualmente pendente *sub iudice*. Inserire una norma di portata generale, valevole indiscriminatamente per tutti gli enti del Terzo Settore, potrebbe alimentare ancor di più la situazione di incertezza che già è ben radicata in questo ambito del diritto. Si potrebbe tuttavia prevedere una norma specifica che vada nella direzione di escludere la confisca per equivalente, nei casi previsti dall'art. 15 comma 1 lett. *a* del d. lgs. 231 del 2001, ovvero di individuare, nel dettaglio, quelle attività di interesse generale di cui all'art. 5 del d. lgs. 117 del 2017, debbano ritenersi escluse dalla possibile applicazione di tale misura ablatoria per equivalente. Difatti, così come si prevede la possibilità di salvaguardare gli interessi dei terzi che siano in buona fede,[94] a maggior ragione si dovrebbero tutelare le posizioni collettive che potrebbero subire pregiudizio a seguito della confisca patrimoniale, per equivalente, che potrebbe paralizzare *in toto* la prosecuzione dell'attività dell'ente. Ai fini dell'applicabilità della qui ipotizzata novella, si dovrebbe verificare la situazione per cui gli utenti si trovino in possesso di somme o di beni che siano confiscabili. È chiaro che tale situazione è piuttosto remota, anche se non del tutto impossibile. La situazione che più frequentemente potrebbe verificarsi, sarebbe quella in forza della quale l'ente del Terzo Settore si trovi in possesso di beni, danaro o altre utilità che siano state donate da enti destinatari della misura della confisca. In tal caso opererebbe la previsione di salvaguardia degli interessi dei terzi in buona fede.

Ancora, sul profilo della confisca per equivalente che riguarda, nello specifico, beni dell'ente (e non somme di danaro o di altre utilità) occorre soffermarsi per comprendere quali potrebbero essere le conseguenze sul piano dell'attività

[94] Art. 19 comma 1 del d.lgs. 231 del 2001.

dell'ente. Occorre focalizzare l'attenzione sul sequestro ai fini della confisca (e sulla confisca stessa) dei beni strumentali all'esercizio dell'attività; se intervenisse la confisca sugli autoveicoli (magari acquistati attraverso proventi illeciti) utilizzati per espletare l'attività primaria dell'ente, come ad esempio il trasporto dei disabili, è chiaro che questa circostanza impedirebbe *de facto* di poter proseguire sia l'attività principale, sia il soddisfacimento degli interessi della collettività. È chiaro che, anche in questa situazione, si verificherebbe un conflitto tra interessi in parte contrastanti, che andrebbe risolto attraverso un'analisi accurata della situazione prospettata al giudice, il quale dovrebbe propendere, a parere di chi scrive, per la primaria salvaguardia degli interessi della collettività. Bisogna dare atto della previsione contenuta *sub* art. 53 comma 1 *bis* che prevede che, qualora sia disposto il sequestro preventivo di beni appartenenti all'ente e che siano necessari alla prosecuzione dell'attività, il giudice permette la prosecuzione sotto la vigilanza del custode amministratore giudiziario, per non pregiudicare la continuità dell'attività dell'ente. Va sottolineato che la formulazione del citato articolo 53 è del tutto improntata al panorama societario, come del resto è naturale che sia, e quindi mal si adatterebbe, se non attraverso un'interpretazione estensiva anche al Terzo Settore. Anche sotto questo profilo, potrebbe essere utile un chiarimento da parte del legislatore, in modo tale da includere esplicitamente la gestione per mano dell'amministratore giudiziario dell'attività e dei beni strumentali posseduti dall'ente *non profit*.

È qui opportuno segnalare una recente pronuncia della Corte di Cassazione[95] che ha trattato il tema della misura del sequestro preventivo finalizzato alla

[95] Cass. pen., sez. III, 16 aprile 2019, n. 16523, in *www.ipsoa.it*. Tale pronuncia è interessante anche sotto l'aspetto dell'attività svolta dalle ONLUS, infatti così statuisce il Supremo Collegio, richiamando la pronuncia Cass. civ., sez. V, 19 aprile 2017, n. 9831: «[…] in materia di ONLUS, ai fini dell'applicazione del regime tributario di favore previsto dall'art. 10 del d. lgs. n. 460 del 1997, non rileva la veste giuridica assunta dall'ente ma l'effettivo svolgimento di attività aventi natura solidaristica, quali la cessione di beni o le prestazioni di servizi riconducibili agli scopi associativi, effettuati verso corrispettivo nei confronti di soggetti svantaggiati o anche non svantaggiati, purché non si travalichi il limite del reperimento dei fondi necessari per finanziare l'attività solidaristica concretando un'attività avente fine di lucro.». Tale pronuncia è rilevante in quanto conferma la circostanza in virtù della quale il giudice deve sempre valutare, in concreto, che l'ente sottoposto a procedimento pendente dinnanzi a lui svolga effettivamente le attività di interesse generale tipiche di que-

confisca per equivalente nei confronti di una ONLUS. Ebbene, nella segnalata pronuncia, si impugnava la decisione del Tribunale di Grosseto che rigettava la richiesta di riesame per un decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di somme di danaro nei confronti degli amministratori di una ONLUS, in quanto avrebbero tratto profitto dalla commissione di reati tributari. Tuttavia, il pubblico ministero, prima di verificare la capienza patrimoniale della ONLUS, ha proceduto alla richiesta di sequestro preventivo nei confronti degli amministratori della società. Si riporta appresso la statuizione della Corte in merito a questo profilo: «[…]in caso di reati tributari commessi dall'amministratore di una società, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente può essere disposto, nei confronti dello stesso, solo quando, all'esito di una valutazione allo stato degli atti sullo stato patrimoniale della persona giuridica, risulti impossibile il sequestro diretto del profitto del reato nei confronti dell'ente che ha tratto vantaggio dalla commissione del reato (Corte di cassazione, Sezione IV penale, 7 marzo 2018, n. 10418), dovendo, in altre parole, il Pm, prima di richiedere il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente, procedere ad una valutazione, allo stato degli atti, della capienza patrimoniale dell'ente che ha tratto vantaggio dalla commissione del reato (Corte di cassazione, Sezione III penale, 13 ottobre 2015, n. 41073), valutazione che, sebbene non debba consistere nel compimento di specifici atti di indagine, non può ; tuttavia, essere del tutto pretermessa sulla base di considerazioni estranee alla effettiva reperibilità di tale cespiti prioritariamente aggredibili (Corte di cassazione, Sezione III penale, 23 agosto 2016, n. 35330).». Tale conclusione appare condivisibile, a parere di chi scrive, se è possibile, all'interno del patrimonio dell'ente individuare direttamente il profitto del reato, che – nel caso di reati tributari – consiste nel mancato esborso per il pagamento delle imposte;[96] viceversa, qualora tale somma non sia individuabile all'interno dell'ente, il procedere all'ablazione per equivalente, specialmente con riferimento a beni della ONLUS, solleverebbe

sta categoria; solo successivamente, è possibile applicare la normativa speciale (e, talvolta, di favore) prevista per gli enti del Terzo Settore.

[96] Per un'analisi del concetto di profitto del reato, nei reati tributari, si vd. Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 2018, n. 267.

i dubbi che si sono qui prospettati. Si dovrebbe, a parere dello scrivente, operare un distinguo in merito alla decisione (ancorché illecita) degli amministratori (o, in ogni caso, degli organi amministrativi) di commettere il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Invero, se il reato presupposto è stato commesso all'interno di una specifica strategia dell'ente, allora non sorgono dubbi circa la sussistenza della responsabilità amministrativa dipendente da reato dello stesso, con conseguente applicazione della disciplina di cui al d. lgs. 231 del 2001.

Diversamente, qualora la scelta di commettere il reato sia stata architettata esclusivamente dai soggetti che abbiano ruoli apicali all'interno dell'ente stesso, si avrebbe la circostanza in base alla quale l'ente non andrebbe incontro a responsabilità in quanto il reato è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'autore del reato.[97] In questa specifica circostanza emergono profili critici, attinenti soprattutto all'onere della prova circa la sussistenza dell'esclusivo interesse della persona fisica autore del reato. Su questo punto si è espressa la Corte di Cassazione[98], sebbene con una pronuncia piuttosto risalente, affermando che l'onere della prova della previsione di cui al comma 2 dell'art. 5 del citato decreto grava sull'ente. A seguito di tale affermazione, ne deriva che la mancata prova rispetto a tale circostanza va a svantaggio dell'ente sottoposto a procedimento penale. Questa conclusione fa emergere, a parere di chi scrive, una criticità poiché l'ente si trova gravato da un onere particolarmente complesso; è vero che tale situazione costituisce una circostanza impeditiva della responsabilità e, dunque, anche a fronte di quanto si è prospettato in tale elaborato (cfr. *infra* cap. I), l'onere della prova grava sull'ente senza conflitto con il tradizionale principio che vede l'onere della prova della responsabilità penale (sia delle persone fisiche, che giuridiche) gravare sul pubblico ministero. Tuttavia, a parere di chi scrive, per la tutela dello svolgimento dell'attività di interesse generale che viene posta in essere dagli enti del Terzo Settore, si potrebbe prevedere, in sede legislativa, una norma che ponga l'onere di dimostrare che il soggetto persona fisica non abbia posto in essere la condotta per un suo esclusivo interesse in capo al pubblico mi-

[97] Circostanza prevista dall'art. 5 comma 2 del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231.
[98] Cass. pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, cit., in *Le società*, 2006, p. 756, con nota di S. BARTOLOMUCCI.

nistero, con conseguente possibilità di addossare la responsabilità amministrativa dipendente da reato in capo all'ente stesso. Anche su questo punto, tuttavia, non si riscontrano pronunce con specifico riferimento al Terzo Settore.

A conclusione del discorso che si è sin qui condotto, appare necessario rimarcare la necessità di operare una valutazione in concreto che riguardi *in primis* la specifica attività svolta in concreto dall'ente che si considera e, successivamente, le conseguenze che si avrebbero a seguito dell'adozione di misure particolarmente afflittive, come quelle di cui abbiamo appena discusso. Inoltre, occorre sottolineare che il legislatore, nell'avere previsto un "diritto del Terzo Settore",[99] ha però trascurato di approfondire l'aspetto della responsabilità amministrativa dipendente da reato per questa categoria di enti. Invero, attraverso un intervento certamente non omogeneo e completo, si è limitato a prevedere l'osservanza delle disposizioni di cui al d. lgs. 231 del 2001, senza dare ulteriori indicazioni, del tutto indispensabili a parere di chi scrive, su tutti gli aspetti che gravitano attorno alla disciplina *de qua*.[100] Alla luce delle peculiarità che contraddistinguono gli enti del Terzo Settore e le attività da essi svolte, sarebbe necessario, a parere di chi scrive, prevedere una normativa *ad hoc* al fine di definire tutti quegli aspetti, che qui si è cercato di analizzare, che generano incertezza all'interno di questo assai rilevante settore dell'ordinamento giuridico.

[99] Espressione che si è utilizzata *infra* cap. II del presente elaborato.
[100] Aspetti che riguardano, *inter alia*, la predisposizione dei modelli organizzativi, la loro valutazione, nonché tutti gli aspetti processuali che riguardano le sanzioni interdittive, applicate anche in via cautelare e la confisca.

5. Il ruolo dei modelli organizzativi nel sistema cautelare e nel sistema sanzionatorio.

Si è già avuto modo di affermare che i modelli organizzativi e di gestione costituiscono, pacificamente, il fulcro della normativa in materia di responsabilità amministrativa dipendente da reato, sia per quanto attiene alle finalità preventive che mirano a perseguire, sia per gli effetti premiali che possono far guadagnare all'ente qualora siano ritenuti idonei alla prevenzione del rischio penale connesso all'attività svolta (cfr. *infra*, cap. III). Il ruolo che i modelli organizzativi esercitano all'interno della normativa che si sta qui analizzando, non si limita solo agli aspetti preventivi e all'esclusione della responsabilità amministrativa dell'ente, qualora siano ritenuti idonei in sede giudiziale; invero, la loro valenza si estende ad ulteriori profili che attengono a tutto il procedimento penale instaurato a carico dell'ente a seguito del verificarsi un reato presupposto da uno dei soggetti di cui all'art. 5 del d. lgs. 231 del 2001. Uno degli aspetti maggiormente significativi che vengono in luce trattando dei modelli organizzativi in sede processuale e, in particolare, nella fase cautelare, è la previsione contenuta *sub* art. 49 dello stesso decreto, la quale prevede la possibilità di sospendere l'applicazione delle misure cautelari qualora l'ente faccia richiesta di porre in essere gli adempimenti previsti dall'art. 17. Gli adempimenti cui si fa riferimento nell'appena citato articolo sono quelli che prevedono (i) l'aver risarcito il danno e l'aver rimosso le conseguenze del reato, ovvero l'essersi efficacemente adoperato (l'ente) in tal senso, (ii) aver eliminato le carenze organizzative, ed è qui che viene in risalto la valenza dei modelli organizzativi adottati anche *post factum* e (iii) l'aver messo a disposizione il profitto del reato ai fini della confisca. È chiaro che il rimuovere le carenze organizzative è l'adempimento che più impegna l'ente, soprattutto sotto l'aspetto meramente pratico. Giova sottolineare che la previsione di cui all'art. 49 del citato decreto non richiede che le misure dell'art. 17 siano già perfette nel momento della richiesta, ma è sufficiente che l'ente dimostri la volontà di porle in essere. L'ulteriore beneficio che l'ente potrà ottenere, qualora si dovessero verificare le citate condizioni riparatorie è quello di vedersi revocate le misure cautelari eventualmente applicate, così come dispone l'art. 50

del d. lgd. 231/2001. C'è di più, la possibilità di revoca delle misure cautelari è rimessa anche alla decisione officiosa del giudice, non essendo necessario alcun impulso di parte, qualora si verifichino le condizioni di cui all'art. 17. Sotto questo profilo non si riscontrano, a parere di chi scrive, particolari differenze tra gli enti destinatari di tale disciplina appartenenti al settore delle imprese e gli enti appartenenti al Terzo Settore, fermo restando quanto detto circa l'applicabilità delle misure cautelari interdittive a questa specifica categoria di enti. Se si adotta la conclusione che si è qui prospettata, non sarebbe nemmeno necessario interrogarsi sull'eventuale sospensione o revoca delle misure cautelari, le quali non si sarebbero dovute applicare *ab origine* per salvaguardare gli interessi della collettività, ma si sarebbe dovuta applicare, al più, la misura della nomina del commissario giudiziale. È qui che potrebbe intervenire l'aspetto della premialità dei modelli organizzativi, permettendo così all'ente di vedersi sospesa, ovvero revocata la gestione da parte del commissario nominato dal giudice.

È del tutto evidente la situazione per cui il ruolo dei modelli organizzativi che si è appena descritto, si può verificare solo nella misura in cui tali modelli superino il vaglio di idoneità giudiziale (a questo proposito, cfr. *infra* cap. III); invero, una mera adozione cartolare, senza che sia seguita da un'effettiva efficacia dei modelli organizzativi, non potrebbe essere ritenuta sufficiente per escludere l'applicazione, o la revoca, delle misure cautelari.

5.1. *L'adozione post factum dei modelli organizzativi.*

Come si è anticipato a più riprese, all'interno di questo elaborato (cfr. *infra* cap. I e cap. IV), la valenza dei modelli organizzativi non si esplica esclusivamente in un momento anteriore alla commissione del fatto-reato presupposto. Sebbene la funzione preventiva dei modelli organizzativi si può manifestare soprattutto anteriormente alla commissione di un eventuale reato presupposto, tuttavia è possibile, anche dopo la verificazione di un reato presupposto, procedere all'adozione dei suddetti modelli organizzativi, in modo da eliminare le ca-

renze organizzative preesistenti e che hanno agevolato la verificazione dell'illecito penale a favore o a vantaggio dell'ente. L'adozione *post factum*, dunque, è una circostanza che va valutata a favore dell'ente, in quanto dimostra la volontà, di riparare, almeno in parte, la situazione che ha portato a concretizzare il rischio penale collegato all'attività. Come si diceva *supra*, la valutazione dei modelli che siano stati adottati dopo la verificazione del fatto, subisce una più approfondita valutazione di idoneità in sede giudiziale, in quanto sarà necessario verificare effettivamente che i nuovi modelli approntati siano in grado, non solo di prevenire i reati che di per sé appartengono alla sfera di attività dell'ente, ma anche e soprattutto dovranno evitare la verificazione di reati della stessa specie di quello verificatosi. A parere di chi scrive, questa soluzione è giustificata anche dal fatto che un'adozione *ante delictum* dei modelli organizzativi dimostra una piena volontà dell'ente di prevenire, o quanto meno ridurre al minimo il rischio, *ab origine* la verificazione di reati presupposto. Diversamente, nell'adozione *post delictum* potrebbe verificarsi la situazione per cui l'adozione dei modelli organizzativi avvenga solo ed esclusivamente per guadagnare le premialità che la disciplina del d. lgs. 231 del 2001 prevede in questa ipotesi. A seguito dell'adozione dei modelli organizzativi, dopo la consumazione del reato presupposto, il d. lgs. 231 del 2001 prevede la possibilità (i) di riduzione della sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 12 del citato decreto, (ii) di non poter applicare le sanzioni interdittive se concorrono le altre condizioni previste dall'art. 17, (iii) la possibilità di sospensione e conseguente revoca delle misure cautelari ai sensi degli articoli 49 e 50 e (iv) la conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie ai sensi del disposto dell'art. 78 a seguito della pronuncia della sentenza di condanna. Di fatto, il principale vantaggio dell'adozione tardiva dei modelli organizzativi è quello di alleggerire la risposta sanzionatoria, anche in sede cautelare, che il legislatore ha previsto all'interno della disciplina concernente la responsabilità amministrativa dipendente da reato di cui al d. lgs. 231 del 2001.

Questo aspetto, a parere dello scrivente, è molto significativo. Difatti, prevenire fin da subito il rischio penale collegato all'attività dell'ente, comporta non solo un vantaggio per il singolo, ma anche un vantaggio a favore di tutta la col-

lettività; è indubbio, difatti, che la prevenzione dei reati sia un interesse generale della collettività. al contrario, nel momento in cui il reato si verifica, anche se le sue conseguenze (patrimoniali e di organizzazione dell'ente) vengono riparate, il danno alla società è chiaramente irreparabile. Per questo motivo sarebbe da prediligere una adozione dei modelli organizzativi fin dall'inizio dell'attività e dell'identificazione rischio ad essa collegato.

È altrettanto evidente che, a seguito della commissione del reato presupposto, gli organi dell'ente, che debbono procedere ad adottare e successivamente attuare i modelli organizzativi, debbono a maggior ragione avvalersi della consulenza di professionisti che siano in grado non solo di analizzare i rischi dell'attività, ma anche di approntare dei modelli organizzativi che rispondano all'esigenza di scongiurare il rischio di reiterazione dell'illecito già verificatosi. Anche il vaglio di idoneità giudiziale più penetrante[101] implica, inevitabilmente, che sia posta maggiore attenzione nella redazione dei modelli organizzativi *post factum*. Questo fatto implica, dunque, che dal punto di vista strutturale il modello organizzativo tardivo debba necessariamente essere differente e più complesso rispetto ai modelli organizzativi predisposti ed adottati *ante factum*; in particolare, sarebbe opportuno prevedere una sezione all'interno dei modelli *de quibus* che si riferisca proprio alle carenze organizzative che hanno condotto l'ente a commettere uno degli illeciti penali appartenenti al catalogo dei reati presupposto, con individuazione delle strategie e dei protocolli che permettano di rimuoverle.

Sotto il profilo dell'adozione dei modelli organizzativi *post factum* per quanto attiene agli enti del Terzo Settore, non dovrebbero porsi, a parere di chi scrive, particolari criticità, essendo del tutto applicabile la disciplina generale già prevista dal d. lgs. 231 del 2001, fatte salve le eventuali differenze che si avrebbero se si aderisse alla soluzione prospettata in questo elaborato di escludere tali

[101] Si vd., per questo profilo, Cass. pen., sez. VI, 26 settembre 2012, n. 37119, in *www.olympus.uniurb.it*; in tale pronuncia la Cassazione afferma che il modello organizzativo adottato *post factum* deve essere costruito in maniera più penetrante e costrittiva, proprio in virtù della già avvenuta commissione di un reato presupposto. Nel caso di specie, alla società imputata non veniva riconosciuta l'adozione del modello organizzativo tardivo, in quanto adottato esclusivamente sulla base delle linee guida Confindustria, senza una costruzione *customizzata* sulla base del trascorso, anche di profilo penale, dell'ente.

enti dall'applicazione delle sanzioni interdittive, anche in fase cautelare. In questa prospettata situazione, difatti, alcune delle premialità previste in caso di adozione tardiva dei modelli organizzativi e di cui si è dato conto poco sopra, non potrebbero essere guadagnate. Invero, la sospensione delle misure cautelari interdittive, la loro revoca e la conversione a seguito di sentenza di condanna delle sanzioni interdittive non potrebbero trovare applicazione se si aderisse alla soluzione, qui prospetta, di escludere gli enti del Terzo Settore dall'applicazione delle misure cautelari interdittive e delle sanzioni della stessa natura. Viceversa, allo stato attuale della disciplina, dove tale esclusione non opera, le considerazioni sin qui rappresentate con riferimento agli effetti favorevoli dell'adozione, anche tardiva, dei modelli organizzativi, troverebbero pacificamente attuazione anche per gli enti *non profit*.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE:

AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2019; A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, Torino, 2018; A. ALESSANDRI, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001, problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013; A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003;

C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009; C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, 1990; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019; C. BORZAGA, G. FIORENTINI, A. MATACENA, *Non-profit e sistemi di welfare: il contributo dell'analisi economica*, Roma, 1996;

G. CALABRESI, *The future of Law Economics: Essays in Reform and Recollection*, Yale University, 2016; M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2017; L.D. CERQUA, G. CANZIO, L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2016; M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010; G. CUCCHIANI, *Un secolo di Croce Bianca Milano*, Sesto San Giovanni, 2007;

R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2019; C. DE MAGLIE, *L'Etica e il Mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; A. DE NICOLA, *L'organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2015; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato: profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008; P. DONATI, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 1993; G. D'ONZA, *Il sistema di controllo interno nella prospettiva del risk management*, Milano, 2008;

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*, Milano, 2009; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, seconda edizione, Torino, 2017;

A. GALASSO, S. MAZZARESE, *Il principio di gratuità*, Milano, 2008; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto* in *Diritto Amministrativo*, vol.

7, 1999; G. GRECO, M. CAFAGNO, D.U. GALETTA, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 2017;
V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, III, Torino, 1950; L. MARCHI, *Revisione aziendale e sistemi di controllo interno*, Milano, 2008; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale.*, Milano, 2019; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2015;
P. PRANDI (a cura di), *Il risk management. Teoria e pratica nel rispetto della normativa*, Milano, 2012; A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018;
S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma, 2014; E. ROSSI, *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004;
L. M. SALAMON, H. K. ANHEIER, *Defining the non profit sector: a cross-national analysis*, Manchester, 1997; G. SBISÀ, in *Direzione e coordinamento di società: artt. 2497-2497 septies c.c.*, Milano, 2012; S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale. I reati societari*, Torino, 2018; S. SCIARELLI, *Etica e responsabilità sociale nell'impresa*, Milano, 2007;
P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019; L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, 2005; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018;
G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Torino, 2012;
B. A. WEISBROD, *Toward a theory of the voluntary nonprofit sector in a three-sector economy*, in *Altruism, morality and economic theory*, New York, 1975;
D. R. YOUNG, *Entrepreneurship and the behavior of nonprofit organizations: elements of a theory*, in *Nonprofit firms in a three-sector economy*, ed. M. J. White, Washington (DC), 1981.

SAGGI IN RIVISTE:

A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 33 ss.; G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.; L. ANDRETTA, *L'applicazione del D.lgs. 231/2001 agli Enti del Terzo Settore e agli organismi di formazione. Novità e prospettive, anche alla luce del nuovo «Codice appalti»*, in *www.rivista231.it*;
F.C. BEVILACQUA, *Responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 e gruppi di società*, 2010, p. 171 ss.; B. BITTKER, G.K. RANDERT, *The exemption on Non profit Orga-*

nizations from Federal Income Taxation, in *Yak Law Journal*, 1976, n. 85, p. 294; G. BONGIORNO, *Organismo di vigilanza ex 231: natura e responsabilità*, in *diritto.it*, 2018; M. BONTEMPELLI, R. PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019 p. 133 ss.;
G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2017, p. 28; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, p. 579 ss.; G. CASSINARI, *La (imperfetta) sovrapponibilità della giurisdizione per le persone fisiche e per gli enti stranieri: riflessioni a margine della sentenza della Cassazione sull'art. 4 d. lgs. 231/2001*, in *Sistema Penale*, 6 maggio 2020; M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore: un'occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 3; M. CERESA-GASTALDO, *Legalità d'impresa e processo penale. i paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2019; A. CETRA, *L'associazione non riconosciuta che esercita un'impresa commerciale non è una società di fatto tra gli associati*, in *Giur. Comm.*, 4, 1999, 440; G. CORRIAS LUCENTE, *Le caratteristiche del modello organizzativo esimente*, in *Resp. amm. soc.*, n. 1/2011, p. 203;
F. D'ARCANGELO, *Fondazioni ed associazioni nel disegno sistematico del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 14 e ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, p. 624; G. DEMARZO, *Le sanzioni amministrative: pene pecuniarie e sanzioni interdittive*, in *Le Società*, n. 11/2001; G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 10/2011, p. 1140; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1126 ss.;
T.E. EPIDENDIO, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 4, p. 149 ss.;
E. FERIOLI, *L'accreditamento dei servizi sociali ed il Terzo Settore: una nuova sfida per il mondo del non profit?*, in Rivista. *Aretè*, 1/2010, p.91; L. Ferrara, *Organismo di vigilanza: requisiti per il corretto funzionamento*, in *Contabilità, finanza e controllo*, n. 6/2014; C. FIENGO, *Società e associazione*, in *Riv. Dir. Imp.*, 1996, p. 147; G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 11/2010, p. 4032; M. FRIGOLI, *Appuntamento anche a giugno '95 a Triuggio*, in *Numero Amico*, 3/1994; A. FUSARO, *Le organizzazioni a scopo non lucrativo nella Law and Economics*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2017;
G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 3, p. 13; F. GIGLIONI, *Sussidiarietà orizzontale e*

Terzo Settore, in *Labsus.org*.,2002, p. 2.; L. GILI, *Il codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *urbanistica e appalti*, 1/2018;
H. HANSMANN, *The role of non profit enterprise*, in *The Yale law journal*, 1980, 5, pp. 835-901;
E. JAMES, *Economic theories of the non profit sector: a comparative perspective*, in *The third sector: comparative studies of non profit organizations*, ed. H. K. Anheier, W. Seibel, New York-Berlin, 1990, pp. 21-29;
V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 879 ss.; C. MANACORDA, *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale: presenze del D.Lgs. 231/2001 e aspetti problematici di applicazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, cit., p. 123 ss.; V. MARCHESI, *L'ente alla prova dell'emergenza. Prime considerazioni su prevenzione del rischio e garanzie dell'ente ex d. lgs. 231/2001 nel governo della crisi*, in *Sistema Penale*, 14 maggio 2020; G. MARINUCCI, *Societas delinquere potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee,* in *Riv. it. proc. pen.*, 2002, p. 1210; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2011, p. 74; G. MORO, *Mafia Capitale: l'effetto "boomerang" sul Terzo Settore*, in *www.rainews.it*, 16 dicembre 2014; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, 2010, p. 1247 ss.; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 23/2001, p. 10;
F. NEGRI, *Caratteristiche e definizione del sistema di controllo interno*, Milano, 18 ottobre 2017, in *www.odcec.mi.it*;
A. ORSINA, *Il caso "rete ferroviaria italiana s.p.a.": un'esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2017;
C.E. PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, p. 5 ss.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3, luglio-settembre 2006, p. 178; P. PANTALONE, *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, in *Dir. ec.*, 1/2018; G. PARENTI, *Politica della concorrenza*, in *Note tematiche sull'Unione Europea*, Bruxelles, 2020; M. PELAZZA, *Responsabilità amministrativa dell'ente per omicidio colposo del lavoratore commesso con violazione della normativa antinfortunistica*, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2011; D. PIVA, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo sconosciuto*, in *Rivista 231*,

2013, pp. 93-98; G. PRINCIPATO, V. TONDI DELLA MURA, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, in *www.federalismi.it*, n. 20 del 2007, p. 8;
E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 708;
G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontali e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 e ss.;
A. SANTUARI, *Il "modello 231" negli enti del Terzo settore – D.lgs. n. 112 e 117/2017*, in *www.personaedanno.it*, 2018; M. SCOLETTA, *In tema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 ed enti privatistici senza fine di lucro (ONLUS)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *federalismi.it*, n. 5, 2006, p. 7; E. STAMPECCHIA, *La responsabilità amministrativa degli enti con sede all'estero*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2013; L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7 ss.;
K. TIEDEMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1995, p. 615 ss.; A. TRIPODI, *"Situazione organizzativa" e "Colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 491 ss.;
F. VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 907; L. VIOLINI, A. ZUCCHELLA, *Il terzo settore tra cittadinanza dell'impresa e contesto costituzionale sussidiario*, in *Non Profit*, 2003, p. 265 ss.;
S. ZAMAGNI, *Organizzazioni non profit e economia di mercato: un progetto di economia civile*, in *Società dell'informazione*, 1996, pp. 8-25.

SAGGI IN VOLUME E IN ATTI DI CONVEGNI:

N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Milano, 2017, p. 2302 ss.; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in E. DOLCINI e C. E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci. v. 3: Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale, diritto processuale penale, diritto, storia e società*, Milano, 2006;
P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, I edizione, Milano, 2005, p. 135 ss.; P. BASTIA, *Implicazio-*

ni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende, in AA.VV, Societas puniri potest - La responsabilità da reato degli enti collettivi (atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002), Padova, 2003, p. 63;

G. DE SIMONE,*I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 80; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 35;

G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede* giudiziale, in A.M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, Napoli, 2013, p. 186; A. FIORELLA, *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica D.LGS. 231/2001*, Arel-Pwc, Roma, p. 30; L. FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, p. 255;

S. LORUSSO, *sub* art. 58, in A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010, p. 660; R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002;

D. MAZZUCCONI, *L'impegno per la gestione e la formazione*, in G. CUCCHIANI, *Un secolo di Croce Bianca Milano*, Sesto San Giovanni, 2007, p. 108;

C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: Profili Sistematici*, in *Societas puniri potest. Responsabilità da reato degli enti collettivi, Atti del convegno organizzato alla facoltà di giurisprudenza e dal dipartimento di diritto comparato e penale dell'università di Firenze (15-16 marzo 2002)*, a cura di F. PALAZZO, Padova, 2002, p. 20; C.E. PALIERO, *La responsabilità penale*, in AA.VV., *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 156; C. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della* responsabilità, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti: D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 84 ss.; F. PERONI, *Il sistema cautelare*, in AA.VV, a cura di G. GARUTI, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 247; C. PIERGALLINI, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2010;

P. SCHLESINGER, *Categorie dogmatiche e normative in tema di non profit organizations*, in *Gli enti "non profit" in Italia*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 1994, p. 273; M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e*

criteri imputativi nel d.lgs. 231/2001, in G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2014, p. 910; D. SIMEOLI, *Il non profit: radici culturali ed evoluzione normativa del fenomeno*, in C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE, *Codice del Terzo Settore*, Piacenza, 2019, p. 5 ss.; A. SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in P. CARROZZA, E. ROSSI (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p. 72 e ss.; G. STALLA, *I reati societari come presupposto della responsabilità amministrativa della società: aspetti comuni e differenze rispetto alla disciplina fondamentale del d.ivo 231*/01, relazione tenuta all'incontro di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 11 marzo 2005, in rivista231, p. 143 e ss.;
M. TAMPONI, *Introduzione*, in *La riforma del c.d. Terzo Settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, Milano, 2017, *Atti dei Convegni Roma*, 22 giugno 2017 – Bologna, 26 maggio 2017, p. 10 e ss.

VOCI E CONTRIBUTI:

A. BERNASCONI, *sub* art. 6. *Soggetti in posizione apicale e Modelli di organizzazione dell'ente*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 151; A. BERNASCONI, *Sub art. 6*, in A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova, 2008, p. 118;
A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, in G. CIAN e A. TRABUCCHI, *Breviaria Iuris*, Padova, 2015, p. 1543 ss.;
C.E. PALIERO, *Art. 7, soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in M. LEVIS, A. PERINI, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 87; D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, p. 964;
F. SGUBBI, A. ASTROLOGO, *Articolo 5, responsabilità dell'ente*, in M. LEVIS, A. PERINI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Bologna, 2014, p. 148.

EDIZIONI, COMMENTI E RACCOLTE DI TESTI:

Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante "Codice del Terzo Settore", a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106, Roma, 2016 (disponibile on-line sul sito della Camera dei Deputati

www.camera.it); *Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001*, Roma (disponibile online sul sito del Governo Italiano www.governo.it);
L. ALIBRANDI, *Codice penale commentato*, Piacenza, 2020;
A. CELOTTO, L. SALTARI, *Costituzione ragionata*, Milano, 2020; C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE, *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019; S.M. CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti*, IV ed., Torino, 2018; P.M. CORSO, *Codice di procedura penale commentato*, Piacenza, 2020;
A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008.