



Adeguamento Modello Organizzativo di Gestione e Controllo ai sensi del D. Lgs 231/01



Fondazione Teatro Comunale di Modena

Via del Teatro, 8 - 41121 Modena

SOMMARIO

1.1 Premessa: Il D. LGS 231/01	3
1.2 Presentazione della Fondazione e del contesto	4
1.3 Riepilogo dei principali dati dell'impresa:	4
2. Analisi della documentazione esistente	4
3. Verifica delle condizioni di sussistenza per l'obbligo di adozione del documento contenente le attività di "pubblico interesse"	5
3.1 Raccordo tra D. lgs 33/2013 e D. lgs. 97/2016	6
3.2 Il "pubblico interesse"	7
4. CONCLUSIONI	7

Il Decreto legislativo 231/01 ha introdotto il principio della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, che va ad aggiungersi alla responsabilità personale dell'individuo autore materiale del reato, per talune fattispecie di illeciti e che mira a punire le società nel cui interesse o a vantaggio delle quali i reati in oggetto siano stati commessi.

La Fondazione Teatro Comunale di Modena ha adottato il proprio Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo con l'approvazione ad opera del Consiglio Direttivo il 20.10.2015.

Il Modello adottato ha preso in esame tutte le fattispecie di reato contemplate del legislatore alla data di adozione dello stesso, essendosi l'elenco dei reati presupposto notevolmente ampliato rispetto all'originaria formulazione del decreto. Nella prima versione, infatti, il D. Lgs. 231/2001 considerava solo i "reati contro la Pubblica Amministrazione".

L'elenco dei reati è in continuo ampliamento, così sono stati inseriti anche i reati connessi alla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, i reati ambientali, i reati in materia di ricettazione, riciclaggio e auto riciclaggio, l'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, reati di xenofobia e razzismo.

L'evoluzione normativa propria del diritto, pertanto, richiede, anche da parte dell'Organismo di Vigilanza, una puntuale analisi della corretta adozione del Modello e del suo corretto aggiornamento laddove le fattispecie di reato introdotte dal legislatore, possano rientrare tra quelle "a rischio" per la Fondazione del Teatro Comunale di Modena.

In questo senso è opportuno utilizzare l'inventariazione già effettuata degli ambiti aziendali di attività e analizzare su tale elenco le nuove possibili fattispecie di reato per procedere ad una corretta ed efficace progettazione delle misure preventive volte a scongiurare la commissione di eventuali nuovi fatti illeciti.

1.2 PRESENTAZIONE DELLA FONDAZIONE E DEL CONTESTO

Il progetto organizzativo più impegnativo del Teatro fonda le sue radici con l'avvio della stagione lirica 2001-2002, in concomitanza della quale si è assistito alla trasformazione dell'ente in Fondazione; tale percorso è stato avviato da una deliberazione del Consiglio Comunale del luglio 2001 e si è concluso con l'adesione della Fondazione Cassa di Risparmio di Modena e di cinque soci privati.

La Fondazione che dispone del teatro Comunale, oggi intitolato al Maestro Luciano Pavarotti, in base ad una convenzione stipulata con il Comune di Modena, non persegue finalità di lucro, ed ha lo scopo di programmare, gestire e promuovere attività ed iniziative musicali, con particolare riferimento alla musica concertistica, all'opera lirica e alla danza, oltre ad attività collaterali, atte a favorire la crescita culturale della collettività rispetto alle suddette discipline artistiche, senza preclusione di generi.

Ha altresì lo scopo di promuovere specifiche iniziative, direttamente o in collaborazione con altri soggetti pubblici e privati, rivolte alla formazione e qualificazione professionale di quadri artistici e tecnici per le proprie competenze.

1.3 RIEPILOGO DEI PRINCIPALI DATI DELL'IMPRESA:

Denominazione Sociale	FONDAZIONE TEATRO COMUNALE DI MODENA
Forma giuridica	Fondazione
Capitale sociale	Euro 1.032.914,00 i.v.
Sede Legale	Modena, Via del Teatro, 8
Telefono	+39 0592033020
Fax	+39 0592033021
Codice Fiscale e P.IVA	02757090366
REA	328496
PEC	teatrocomunalemodena@pec.it
Indirizzo mail	info@teatrocomunalemodena.it
Sito web	https://www.teatrocomunalemodena.it/fondazione/

2. ANALISI DELLA DOCUMENTAZIONE ESISTENTE

Passando alla disamina di tutta la documentazione prodotta appare evidente la corretta analisi di tutte le tipologie di rischio prese in esame. Il Modello, ispirato alle "Linee Guida" approvate da Confindustria già nel 2002, è stato strutturato in distinte fasi:

1. Analisi dei rischi (Risk Assessment) e loro individuazione in concreto;
2. Valutazione delle procedure in essere e adeguamento delle stesse, ove necessario, per renderle idonee a comporre nel complesso un sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non fraudolentemente;
3. Verifica "ex post" dei comportamenti aziendali, del funzionamento del Modello e del suo aggiornamento (nuove fattispecie di reato);
4. Formalizzazione e condivisione delle regole comportamentali;
5. Organismo di Vigilanza: nomina e Regolamento;
6. Sistema sanzionatorio.

Tutte le attività svolte sono racchiuse in una Parte Generale e in 15 Parti Speciali con espressa esclusione di tutte le fattispecie di reato che, in sede di *Risk Assessment* sono risultate "non presenti".

3. VERIFICA DELLE CONDIZIONI DI SUSSISTENZA PER L'OBBLIGO DI ADOZIONE DEL DOCUMENTO CONTENENTE LE ATTIVITÀ DI "PUBBLICO INTERESSE"

Abbiamo già precisato che le parti speciali che compongono il Modello sono molteplici, alcune di tipo organizzativo con le indicazioni degli organi della Fondazione, il sistema delle deleghe, il sistema sanzionatorio e la costituzione ed il funzionamento dell'Organismo deputato al controllo dell'adeguatezza e della corretta applicazione del Modello e del puntuale suo aggiornamento; altre Parti Speciali raccolgono le diverse fattispecie di reato che nel corso degli anni hanno implementato l'originaria formulazione del D. Lgs. 231. Tra le Parti Speciali merita una menzione particolare quella che prende in esame i "reati contro la Pubblica Amministrazione e ai danni dello Stato" che, se costituisce l'ossatura del decreto stesso, certamente, per la Fondazione ha richiesto una dettagliata analisi per le molteplici attività "sensibili" riscontrate.

Temporalmente, l'analisi oggetto della presente trattazione trova ragione nell'entrata in vigore della Legge 190 del 6.12.2012, recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione" che ha introdotto diverse ed articolate innovazioni in materia di prevenzione alla corruzione, ed alla quale ha fatto da corollario il decreto Legislativo n. 33 del 2013 riguardante gli obblighi di pubblicità e trasparenza. L'Autorità Nazionale Anticorruzione con Determinazione n.8 del 17.6.2015 ha emanato delle prime "Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici", fornendo indicazioni su quali enti partecipati siano coinvolti e quali siano le misure organizzative da adottare a riguardo.

In ottemperanza a ciò, in data 18.12.2015 il Consiglio Direttivo della Fondazione ha nominato la figura del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e ha provveduto ad aggiornare

la Parte Speciale "E" (Reati contro la Pubblica Amministrazione e ai danni dello Stato) del Modello di Organizzazione e Gestione adottato il 20.10.2015 alla normativa 190/2012.

Nel frattempo, tra la pubblicazione delle prime linee guida dell'ANAC (17.6.2015) e le seconde (8.11.2017) la Fondazione è passata dall'essere Ente privato soggetto a controllo pubblico ad Ente non più soggetto a controllo pubblico.

Con una nuova Determinazione dell'8.11.2017, la numero 1134, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha predisposto Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici (pubblicate in G.U.R.I. il 5.12.2017) che, si legge nella premessa, *"le modifiche apportate, richiedono una piena rivisitazione delle determinazioni n. 8/2015. Le presenti Linee guida sono quindi da intendersi come totalmente sostitutive delle precedenti disposizioni". "Relativamente all'ambito soggettivo di applicazione, il nuovo impianto normativo risolve gran parte dei dubbi interpretativi che nascevano dalla precedente disciplina, sebbene talvolta riducendone in parte il perimetro di validità"*

Le principali novità con riferimento alla materia dell'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza impattano, dunque, sulla Fondazione nella sua nuova veste di Ente non più soggetto a controllo pubblico e, dunque, nella previsione degli enti di diritto privato considerati dal legislatore all'art 2 bis, co.3 del d. lgs. 33/2013 che applica il principio generale della trasparenza *"in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, ... alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore ai cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici"*.

3.1 RACCORDO TRA D. LGS 33/2013 E D. LGS. 97/2016

La principale novità introdotta dal d. lgs. 97/2016 sta nell'aver affiancato, quale strumento di trasparenza, il nuovo accesso generalizzato agli obblighi di pubblicazione già disciplinati dal d. lgs 33/2013 e nell'aver considerato, nell'ambito soggettivo di applicazione, anche enti interamente di diritto privato purché con una significativa soglia dimensionale data dall'entità del bilancio non inferiore ai cinquecentomila euro.

In tema di trasparenza, dunque, l'art. 2 bis del d.lgs. 33/2013, come novellato dal d. lgs. 97/2016, disciplina l'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni dell'intero decreto, tanto quelle relative all'accesso civico generalizzato quanto quelle relative agli obblighi di pubblicazione.

Alla luce delle nuove Linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, risulta confermata la distinzione già disciplinata dalle prime Linee guida tra enti di diritto privato in controllo pubblico (tenuti alla trasparenza sia relativamente alla loro organizzazione che al complesso delle attività svolte) e altri enti di diritto privato, non in controllo pubblico, tenuti alla trasparenza solo relativamente alle attività di pubblico interesse svolte.

3.2 IL "PUBBLICO INTERESSE"

Appare, dunque, necessario procedere all'analisi della definizione di "pubblico interesse" per circoscrivere il campo di applicazione della normativa sopra esaminata, dovendosi procedere per la Fondazione, oggi, solo all'assolvimento delle attività di trasparenza limitatamente, appunto, alle attività di pubblico interesse svolte.

Nelle ultime Linee guida dell'ANAC la definizione di pubblico interesse sono contenute nell'articolo 2.4.

Sotto attività di pubblico interesse:

- a) *Le attività di esercizio di funzioni amministrative (...)*
- b) *Le attività di servizio pubblico. Tali attività comprendono tanto i servizi di interesse generale quanto i servizi di interesse economico generale. I servizi sono resi dall'ente privato ai cittadini, sulla base di un affidamento da parte dell'amministrazione.*
- c) *Le attività di produzione di beni e servizi rese a favore dell'amministrazione strumentali al perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Sempre a titolo esemplificativo si possono indicare: i servizi di raccolta dati, i servizi editoriali che siano di interesse dell'amministrazione affidante. Restano escluse, pertanto, le attività dello stesso tipo rese a soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni sulla base di contratto meramente privatistici (nel mercato) nonché le attività strumentali interne.*

Le attività così esemplificativamente individuate sono attività riconducibili alle finalità istituzionali delle amministrazioni affidanti; ne deriva che sono certamente di pubblico interesse le attività così qualificate da una norma di legge o da atti costitutivi o dagli statuti degli enti o delle società.

Quanto alle modalità di individuazione è *onere dei singoli enti di diritto privato, d'intesa con le amministrazioni controllanti, partecipanti o vigilanti sull'attività di pubblico interesse affidata, indicare chiaramente all'interno del PTPC, ovvero all'interno dello strumento adottato per l'introduzione di misure integrative del "modello 231", quali attività rientrano fra quelle di cui al co. 3 e quelle che, invece non vi rientrano.*

Il regime della trasparenza esteso dal d. lgs 33/2013 ad altri soggetti, pubblici o privati, *"in quanto compatibile"*, impone di determinare anche la compatibilità in relazione alle diverse tipologie di enti, tenendo in considerazione i singoli tratti distintivi.

Ad avviso dell'Autorità, tale compatibilità non deve, quindi essere esaminata caso per caso ma va valutata in relazione alle diverse categorie, anche alla luce del potere di precisazione degli obblighi di pubblicazione attribuito all'Autorità.

Si ritiene, dunque, che la compatibilità vada valutata in concreto, in relazione alla tipologia delle attività svolte, occorrendo distinguere i casi di attività sicuramente di pubblico interesse e i casi in cui le attività dell'ente siano esercitate in concorrenza con altri operatori economici, o ancora i casi di attività svolte in regime di privativa.

4 CONCLUSIONI

In conclusione, al fine di fornire un'interpretazione unitaria delle dei diversi testi normativi, può essere utile, per l'individuazione dei soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di trasparenza, assumere come minimo comune denominatore la nozione di "soggetto di diritto privato che svolge attività di pubblico interesse".

Nel caso di specie la Fondazione Teatro Comunale di Modena, pur essendo un Ente non più soggetto a controllo pubblico, la scriminante resta la definizione di "interesse pubblico".

La Fondazione non svolge un'attività di servizio pubblico, né i servizi sono resi dall'ente privato ai cittadini sulla base di un affidamento da parte dell'amministrazione.

Le attività del Teatro non costituiscono *"attività di produzione di beni e servizi rese a favore dell'amministrazione strumentali al perseguimento delle proprie finalità istituzionali"*.

Facendo esplicito riferimento all'art.3 dello Statuto della Fondazione (Funzioni), al comma 7 si legge che nel perseguimento dello scopo istituzionale, la Fondazione assolve al compito di *"promuovere ed organizzare manifestazioni, convegni, incontri, e tutte quelle iniziative idonee a favorire un organico contatto della Fondazione con il mondo del teatro"*.

Pertanto, non si ritiene che l'attività svolta dalla Fondazione Teatro Comunale di Modena possa rientrare nella disciplina della trasparenza seppur limitatamente alle attività di pubblico interesse.

Si sostiene, invece, come appare più plausibile per le modalità di svolgimento delle attività svolte, che le attività della Fondazione sono esercitate in concorrenza con altri operatori economici; pertanto, la disciplina "residuale" della trasparenza non trova applicazione per mancanza dei requisiti di applicazione della normativa di riferimento.

Limitatamente a talune attività va precisato che il Teatro organizza anche eventi in collaborazione con altri enti (*"Il teatro e la città"*) o in concomitanza con la giornata nazionale del F.A.I. nei quali è previsto un accesso libero e gratuito all'interno del Teatro e ad eventi dedicati alla città, in collaborazione, come detto, con altri enti. Appare, pertanto, circoscrivibile a questi limitati esempi il

carattere di "interesse pubblico" laddove si voglia necessariamente trovare una definizione di *"servizi sono resi dall'ente privato ai cittadini" che abbia le caratteristiche della gratuità e, dunque, fruibili da chiunque in senso lato* (pur, tuttavia, non sulla base di *"un affidamento da parte dell'amministrazione"*, come richiederebbe la definizione di interesse pubblico, ma "solo" in rapporto di collaborazione con altri enti). Quindi, a voler trovare necessariamente un ambito di attuazione della normativa in materia di trasparenza, appare questo l'ambito circoscritto individuato nell'attività promozionale:

- **Dentro le note** Rassegna di incontri musicali, in collaborazione con l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia;
- **Educazione all'ascolto** ciclo di incontri in collaborazione con il Dipartimento di studi linguistici e culturali dell'Università di Modena e Reggio Emilia;
- **Invito all'opera** incontri musicali in collaborazione con l'Università di Modena e Reggio Emilia;

- **Introduzione al teatro musicale** corso di formazione per docenti di scuola secondaria;
- **La visita al Comunale** visita guidata nelle sale e negli spazi del Teatro rivolta ai bambini delle scuole dell'infanzia, agli alunni delle scuole elementari, agli studenti delle scuole secondarie di primo e secondo grado;
- **Celebrazioni in omaggio a Pavarotti denominate "Modena per Luciano"** anche in collaborazione il progetto "Modena città del bel canto";
- **Eventuali aperture straordinarie** in concomitanza con la **Settimana della cultura** e con la **Giornata dell'opera** (entrambe in primavera);
- **e tutte le future altre iniziative avente carattere di gratuità.**

Misure di prevenzione della corruzione diverse dalla trasparenza

Per quanto riguarda l'art. 41 del D. Lgs. 97/2016, misure di prevenzione della corruzione diverse dalla trasparenza, ha aggiunto il comma 2-bis all'art. 1 della L. 190/2012, prevedendo che sia le pubbliche amministrazioni, che gli "altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del D. Lgs. n. 33 del 2013" sono destinatari delle indicazioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione, seppur con un regime differenziato: mentre le Amministrazioni pubbliche sono tenute ad adottare un vero e proprio Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (PTPC), le società in controllo pubblico, gli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché enti pubblici economici e ordini professionali, devono adottare "misure integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231". Invece, le società partecipate e gli enti di diritto privato non in controllo pubblico sono esclusi dall'ambito di applicazione delle misure di prevenzione della corruzione, diverse dalla trasparenza.

L'accesso civico

Gli organismi in controllo pubblico sono tenuti ad attuare la disciplina in tema di trasparenza, non solo attraverso la pubblicazione sul proprio sito internet dei dati e delle informazioni richieste nell'allegato 1 alle Linee guida in commento, ma anche garantendo l'accesso civico ai dati e ai documenti detenuti, relativamente all'organizzazione e alle attività svolte, che non siano già stati oggetto di pubblicazione.

Relativamente alla trasparenza, per gli enti e i soggetti interamente privati previsti all'art. 2-bis, comma 3, del D. Lgs. 33/2013, il termine è stato fissato al 31 luglio 2018, salvo il riallineamento definitivo nel termine entro il 31 gennaio 2019.