



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale

**LA NORMATIVA ANTICORRUZIONE
NEI GRUPPI SOCIETARI IN PUBBLICO COMANDO**

Relatore

Chiar.ma Prof.ssa Michela Passalacqua

Candidato

Filomena Russo

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

LA NORMATIVA ANTICORRUZIONE
NEI GRUPPI SOCIETARI IN PUBBLICO COMANDO

INDICE

<i>Introduzione</i>	IV
---------------------------	----

CAPITOLO I

La corruzione nella pubblica amministrazione.

La legge n. 190/2012 come strumento di prevenzione

1. Le ragioni di una legge di contrasto alla corruzione.....	1
2. La trasparenza amministrativa come principale strumento di prevenzione.....	8
3. L'organizzazione amministrativa della prevenzione: l'A.N.A.C	18
3.1. Il Dipartimento della funzione pubblica.....	24
3.2. Il Comitato interministeriale.....	27
4. I Piani per la prevenzione della corruzione.....	30
5. Il Responsabile della prevenzione della corruzione.....	38

CAPITOLO II

La normativa anticorruzione applicata alle società partecipate

1. Le società a partecipazione dello Stato e degli enti locali.....	45
2. Normativa anticorruzione a società a partecipazione statale: la Convenzione MEF-ANAC.....	63
3. Estensione della disciplina alle società partecipate locali.....	72
3.1. Le linee guida Anac e i contenuti tipici del “Piano di prevenzione della corruzione di un ente societario”.....	82

CAPITOLO III

Il rapporto tra la normativa anticorruzione e il D.lgs. n. 231/2001

1. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche alla luce del D.lgs. n. 231/2001.....	102
2. I modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. n.231/2001.....	110

3. Iterazione tra pianificazione preventiva della corruzione e modelli del D.lgs. n. 231/2001.....	124
4. Il Responsabile della prevenzione della corruzione e l’Organismo di vigilanza.....	133
<i>Conclusioni</i>	141
<i>Bibliografia</i>	148

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si è posto l'obiettivo di compiere una indagine su di una normativa che disciplina un fenomeno rappresentante da sempre un grave problema per il nostro Paese e l'intero contesto europeo: la corruzione. In modo particolare si è focalizzata l'attenzione sull'applicazione della normativa anticorruzione, e degli strumenti preventivi che la caratterizzano, nelle società in pubblico comando.

In linea generale, l'idea che un funzionario pubblico speculi trafficando in modo illecito gli atti della pubblica amministrazione, e lo faccia con una certa sistematicità, o meglio ancora, l'idea che si sia costruito intorno a certe aree della gestione pubblica un vero e proprio sistema di corruzione, non fa che suscitare sentimenti che variano tra lo sconforto, la rassegnazione e la perdita di fiducia verso chi dovrebbe esercitare le funzioni affidategli con disciplina, onore ed imparzialità nei confronti del pubblico e nell'esercizio esclusivo della Nazione.

La rilevazione del complesso groviglio di valori ed aspettative coinvolti nella fenomenologia della corruzione legittima la previsione che in questo campo il diritto penale sia destinato a soccombere,

poiché travolto dall'abilità con la quale il reo aggira le sue regole "statiche", atte ad operare a cose fatte.

È proprio su queste considerazioni che si fonda l'importanza della legge n. 190 del 2012, la quale per prima cosa ha esteso il concetto di corruzione, arrivando all'assunzione di una definizione del tutto nuova che si aggiunge a quella meramente penale, una definizione c.d. "amministrativistica".

La presente tesi parte proprio da una disamina generale di quella che è la corruzione nella pubblica amministrazione e delle ragioni che hanno spinto il legislatore ad "occuparsi" di tale problema, ma visto che la complessità del fenomeno corruttivo richiede forme di contrasto giuridico differenziate, in tale prima parte dell'elaborato sono state analizzate *in primis* l'organizzazione amministrativa (ANAC, Dipartimento della funzione pubblica, Comitato interministeriale) atta a predisporre ed aggiornare i vari strumenti di prevenzione; per poi focalizzare l'attenzione su alcuni di questi strumenti, senza dimenticare che questi rimedi adottati dall'ordinamento italiano costituiscono solo una parte della necessaria disciplina anticorruzione. Infatti, la trasparenza amministrativa, disciplinata dal d.lgs. n. 33/2013, da tempo è considerata un potente strumento di lotta alla corruzione, perché consente l'emersione dei fenomeni corruttivi e

mantiene la giusta “pressione” dei cittadini, singoli o organizzati, titolari di un potere di controllo diffuso sul corretto e imparziale svolgimento dell’azione amministrativa.

Strumento principe di prevenzione amministrativa sono i Piani per la prevenzione della corruzione (il Piano Nazionale Anticorruzione a livello nazionale ed il Piano Triennale di Prevenzione della corruzione a livello decentrato) funzionali al monitoraggio delle attività più esposte al rischio della corruzione ed alla pianificazione di interventi mirati a disincentivare l’illegalità delle condotte, prevedendo, evitando e combattendo i fatti corruttivi prima che vengano commessi.

In ultima analisi, l’attenzione si è spostata sul soggetto a cui sono attribuite le iniziative e su cui ricadono le responsabilità per il funzionamento dell’intero meccanismo preventivo in campo pubblico: il Responsabile della prevenzione della corruzione, fondamentale nel creare una rete di protezione, preventiva, dell’immagine e della funzionalità della Pubblica Amministrazione.

La legge n. 190/2012 ha quali destinatari le Pubbliche Amministrazioni, tuttavia, l’articolo 1, comma 34 estende alle società partecipate pubbliche l’assoggettamento, senza limitazione alcuna, dell’ampio spettro degli obblighi anticorruzione, al pari delle

Amministrazioni propriamente pubbliche. È questa la parte più “delicata” della presente tesi, in quanto tracciare esattamente i confini delle società pubbliche è compito assai complesso, ci si trova spesso innanzi ad una disciplina di difficile collocazione, derivante dalla commistione tra norme privatistiche e deroghe pubblicistiche.

In passato, infatti, si è erroneamente affermato che la partecipazione dello Stato o di un ente pubblico ad una società di capitali potesse alterarne la struttura, dando vita ad un “tipo” di diritto speciale. La giurisprudenza amministrativa è arrivata ad attribuire alle società partecipate una *connotazione pubblicistica*, connotazione del tutto infondata in quanto si potrebbe parlare di società di diritto speciale soltanto se una disposizione legislativa introducesse deroghe alle statuizioni del codice civile, ossia attuasse un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa.

L’ente pubblico in linea di principio può partecipare alla società di diritto comune soltanto se la causa lucrativa è compatibile con la realizzazione di un proprio interesse, che si configura *come di rilievo esclusivamente extra sociale*, con la conseguenza che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque *natura privatistica*. Il rapporto tra società ed ente, difatti, è di assoluta autonomia non essendo consentito al secondo di incidere

unilateralmente sull'attività della società mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario.

Non rientrano in tale discorso le c.d. “*società in house*”, in quanto difficilmente possono essere ricondotte nella sfera privatistica, trattandosi di organismi assimilabili agli organi indiretti dell'amministrazione e definendosi come una *longa manus* della pubblica amministrazione. Tali società sono infatti connotate da tre fondamentali caratteristiche: la partecipazione totalitaria al capitale sociale di uno o più enti pubblici; l'operatività esclusiva o prevalente della società in favore dell'amministrazione pubblica partecipante; l'assoggettamento della società ad un regime di gestione (definito controllo analogo) del tutto corrispondente a quello che la medesima pubblica amministrazione esercita sulle proprie articolazioni interne. Quella che si definisce una società sarebbe perciò, in sostanza, solo un'articolazione interna dell'ente pubblico: nel qual caso, si dovrebbe poter dire che quelle *in house* di società conservano solo il nome, laddove la realtà fatta palese sin dal loro statuto evidenzierrebbe che si tratta di enti pubblici, o meglio ancora di strutture equiparabili ad organi interni della pubblica amministrazione. Tale caratteristica, in definitiva, comporta la pacifica applicazione di segmenti di disciplina

speciale rispetto a quella tipicamente civilistica, a tutela dei preponderanti interessi pubblici coinvolti.

Dunque le società a partecipazione pubblica sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici nei settori di attività in cui assume un rilievo preminente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e le finanze; sottostanno alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento.

L'aspetto maggiormente approfondito in questa seconda parte della tesi è stata, come sopra detto, l'estensione della disciplina anticorruptiva alle società partecipate e/o controllate dallo Stato e dagli enti locali.

In particolare, al fine di delimitare l'ambito applicativo della normativa anticorruzione e quello della trasparenza, è stata fatta una distinzione tra società direttamente o indirettamente controllate, individuate ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, numeri 1 e 2 del codice civile, e società solo partecipate in cui la partecipazione pubblica non determina una situazione di controllo. Distinzione questa fondamentale, in quanto come si vedrà, determina una differente applicazione della normativa anticorruptiva in ragione del diverso grado di "coinvolgimento" dell'azionista.

L'attenzione è stata, poi, focalizzata anzitutto sulla Convenzione MEF-ANAC, intesa raggiunta a seguito di un Tavolo congiunto in cui l'ANAC ha adottato delle linee di indirizzo destinate all'intero comparto delle società partecipate dalle Pubbliche Amministrazioni, mentre il MEF con una direttiva si è fatto promotore di una serie di modifiche degli statuti delle sue società partecipate in contrasto alla corruzione.

Nella trattazione si sono posti in evidenza quelli che sono gli obiettivi di tali documenti, e cioè: superare le incertezze interpretative sull'attuazione della legge n. 190/2012; adattare gli obblighi introdotti per le pubbliche amministrazioni a soggetti aventi natura privatistica e garantire una omogeneità di trattamento tra medesime realtà societarie; coordinare la disciplina con altre già esistenti, tra cui il d.lgs. n. 231/2001.

Proseguendo nella trattazione si è arrivati all'analisi di quella che è l'estensione della disciplina alle società partecipate locali, partendo dall'intesa in Conferenza unificata Stato, Regioni e autonomie locali, richiamata dai commi 60 e 61 dell'articolo 1 della legge n. 190/2012, in cui vengono definiti gli adempimenti per una piena e sollecita attuazione della legge anticorruzione e dei decreti delegati nelle

regioni, nelle province autonome, negli enti locali e negli enti pubblici.

Ci si è poi dedicati all'approfondimento delle linee guida Anac, che sono state definitivamente approvate con la Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015, e dei contenuti tipici del Piano di prevenzione della corruzione di un ente societario, documento diviso in undici punti, che deve essere elaborato dal Responsabile della corruzione e adottato dall'organo di governo della società. Basta qui soltanto dire che tali linee guida apportano tutta una serie di modifiche alla disciplina prevista dal PNA, integrandone e sostituendone i contenuti in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza che devono essere adottate dagli enti pubblici economici, dagli enti di diritto privato in controllo pubblico e dalle società a partecipazione pubblica.

L'ultima parte dell'elaborato, affronta il rapporto tra la normativa anticorruzione e il d.lgs. n. 231/2001, partendo dalla disamina di quella che è la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche alla luce del decreto 231, ed evidenziando quelli che sono i criteri oggettivi e soggettivi di attribuzione.

Tra i primi si è posto l'accento sui concetti di interesse e vantaggio che l'ente ricava dal verificarsi del reato presupposto; tra i

secondi, invece, si è evidenziata la differenza tra soggetti apicali e sottoposti.

Proseguendo nella trattazione, in stretto collegamento con la disciplina della responsabilità degli enti, si è posta l'attenzione sui Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo, idonei a prevenire reati della specie di quelli che possono fondare la responsabilità dell'ente; modelli la cui struttura è stata richiamata dalla normativa anticorruptiva per la predisposizione dei Piani di prevenzione della corruzione.

Fondamentale è poi la parte dedicata alla iterazione tra la pianificazione preventiva della corruzione e i modelli del d.lgs. n. 231/2001, in particolare sono stati posti in evidenza anzitutto notevoli punti di connessione circa le esigenze preventive, i contenuti e la struttura di entrambi; per poi passare a quelle che sono le differenze inerenti alla responsabilità, all'ambiente complessivo e alle finalità, alla capacità organizzativa di controllo ed al meccanismo di vigilanza sul rispetto dei modelli organizzativi adottati.

Proprio a questo ultimo punto si collega l'ultima parte del presente studio, in quanto si riferisce agli organi forse più importanti in materia di anticorruzione in ambito pubblico e di prevenzione dei reati in quello privato: il Responsabile della prevenzione della

corruzione e l'Organismo di vigilanza, organi che se cooperano nel giusto modo, e nel rispetto dei ruoli, potrebbero realizzare al meglio le sinergie tra la prevenzione pubblica e quella privata.

CAPITOLO PRIMO

La Corruzione nella pubblica amministrazione.

La legge n. 190/2012 come strumento di prevenzione

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una legge di contrasto alla corruzione. - 2. La trasparenza amministrativa come principale strumento di prevenzione. - 3. L'organizzazione amministrativa della prevenzione: l'A.N.A.C. - 3.1 Il Dipartimento della funzione pubblica. - 3.2 Il Comitato interministeriale. - 4. I Piani per la prevenzione della corruzione. - 5. Il Responsabile della prevenzione della corruzione

1. Le ragioni di una legge di contrasto alla corruzione

Nel linguaggio giuridico italiano, la parola “corruzione” è stata fino a poco tempo fa di uso essenzialmente penalistico in riferimento a specifiche figure di reato.

Nell'immaginario collettivo, quando si pensa alla corruzione, ricorre l'immagine del pubblico ufficiale che riceve una tangente per elargire, in ragione della funzione ricoperta, uno o più favori. Tutto

ciò è dovuto, soprattutto, agli scandali corruttivi che costantemente stanno interessando il nostro Paese: primo fra tutti quello definito, alternativamente, “Mani pulite” o “Tangentopoli”¹.

La corruzione, in realtà, costituisce un fenomeno criminale articolato e complesso, che: *“nel tempo ha subito una profonda trasformazione dal punto di vista quantitativo e qualitativo passando da fenomeno burocratico, a fenomeno politico – amministrativo – sistemico”*². Sotto il profilo quantitativo, la corruzione non è più un fenomeno episodico, ma tende a essere di larghissima diffusione sia a livello nazionale che locale. Da un punto di vista qualitativo, invece, la corruzione non riguarda più solo i piccoli burocrati ma giunge a coinvolgere i vertici amministrativi e politici delle istituzioni e dei grandi enti economici. Si è andato delineando, perciò, un sistema solido e ben strutturato dove, a seconda dei contesti, il rispetto delle invisibili “regole del gioco” è assicurato dalla fiducia reciproca, dalle aspettative e dagli interessi convergenti degli attori coinvolti. Quanto più diventa sistemica³, tanto più la corruzione tende a nascondersi

¹ Inchiesta giudiziaria dei primi anni '90 che portò alla luce un vasto sistema di corruzione diffuso nel mondo politico e finanziario, basato sulla pratica delle tangenti.

² Cit. Luigi Giampaolino, Presidente della Corte dei Conti, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, in www.cortedeiconti.it

³ Ciò che contraddistingue la corruzione sistemica è la presenza di tre condizioni: anzitutto il fatto che tutte le attività di una particolare organizzazione pubblica sono collegate alla riscossione di tangenti; il fatto che tutti gli agenti pubblici che operano in quella organizzazione sono coinvolti in una rete di relazioni regolata da norme interne non scritte ma conosciute da tutti, che stabiliscono

nell'ombra, non lascia tracce visibili e non è svelata né perseguita penalmente⁴.

L'attenzione al fenomeno della corruzione si è progressivamente spostata dalla considerazione dei fatti corruttivi che riguardano singoli episodi criminosi, a veri e propri fenomeni collettivi di degenerazione diffusa del tessuto sociale⁵. Alla luce di questa evoluzione si nota come, accanto ad un concetto meramente penalistico, si è fatto spazio un concetto “amministrativistico” di corruzione. Una nozione decisamente più ampia, che rinvia non solo a condotte penalmente rilevanti, ma anche a comportamenti che sono fonte di responsabilità di altro tipo, che possono generare situazioni di illegittimità: conflitti di interesse⁶, nepotismo, clientelismo, assenteismo, sprechi ecc..⁷.

la distribuzione di profitti, funzioni e ruoli; ed infine il fatto che gli agenti privati che hanno contatti con tale tipo di organizzazione sono disponibili a pagare tangenti per “entrare a far parte del giro”.

⁴ A. Vannucci, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B. G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 28.

⁵ G. De Vergottini, *Corruzione contro costituzione*, Padova, Cedam, 2012, p. 6.

⁶ La presenza di conflitti di interessi alimenta una forma di corruzione invisibile e – almeno in Italia – non rilevabile e penalmente perseguibile, nella quale il corrotto e il corruttore coincidono nella medesima persona: la tangente non passa di mano in mano, ma diventa una partita di giro gestita dal medesimo soggetto, nella sua duplice veste di amministratore pubblico e portatore di interessi privati (A. Vannucci, *Atlante della corruzione*, cit.).

⁷ B. G. Mattarella, M. Clarich, *La prevenzione della corruzione*, in B. G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 61.

La nozione di corruzione “amministrativa” induce a ritenere che i fenomeni corruttivi riguardino principalmente la “*esigenza di buon andamento dell’amministrazione nel suo complesso e la correttezza dei rapporti tra amministrazione e cittadini, esigenza fondamentale di funzionamento dello stato democratico*”⁸. Questa <<*maladministration*>>⁹, infatti, va ad intaccare alcuni dei principi fondamentali della Costituzione, in particolare quello dell’etica pubblica che si può definire come l’agire da parte di ogni pubblico agente, nell’esercizio delle funzioni affidate, con disciplina, onore e imparzialità nei confronti del pubblico e al servizio esclusivo della Nazione¹⁰. La corruzione, invece, opera prevalentemente nell’interesse dei propri agenti, che per acquistare vantaggi e benefici in proprio, servono gli interessi di coloro che promettono ed erogano questi benefici e vantaggi, anziché continuare a fare l’interesse della collettività. Perciò, mentre l’amministrazione per sua natura è imparziale ed è chiamata a servire gli interessi della collettività senza preferenze per nessuno, nei casi di mal amministrazione, volendo utilizzare le parole di Sabino Cassese: “*la funzione pubblica viene*

⁸ V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa: cause, prevenzioni e rimedi*, Firenze, Passigli Editori, 2010, p. 92.

⁹ S. Cassese, “*Maladministration*” e rimedi, in *Foro italiano*, 1992, p. 243.

¹⁰ A. Vannucci, *L’evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa: cause, prevenzioni e rimedi*, ASTRID, Firenze, Passigli Editori, 2010, p. 90.

svolta non nell'interesse del pubblico, ma nell'interesse dei privati, per assicurare loro guadagno” cosicché, il potere amministrativo: *“non viene più percepito come un potere impersonale e neutrale, bensì come uno strumento di parte”*¹¹.

La corruzione distoglie gli agenti pubblici dal rispetto del vincolo fiduciario che li lega alla collettività, provocando un senso di sfiducia diffusa dei cittadini nell'integrità etica e morale dei propri rappresentanti e mettendo in luce uno stato di sofferenza che coinvolge l'intero assetto istituzionale. Per questo la realizzazione degli scambi corrotti produce effetti negativi di lungo periodo, manifestandosi man mano che le opportunità di arricchirsi con le tangenti spingono i burocrati a rallentare e distorcere ad arte i passaggi delle pratiche sotto il loro controllo; i politici a dirottare la spesa pubblica verso settori che aumentano il profitto illecito; o ad approvare leggi create su misura dei loro finanziatori occulti¹².

La natura pervasiva e sistemica assunta dal fenomeno porta inevitabilmente ad un indebolimento della fiducia dei cittadini nelle istituzioni, nella classe politica e nella pubblica amministrazione, a uno svilimento dei principi di buon governo e di etica pubblica, ad una profonda alterazione della cultura della legalità. Condizioni di mal

¹¹ S. Cassese, *“Maladministration” e rimedi*, cit., p. 243.

¹² A. Vannucci, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, cit., p. 49.

amministrazione rappresentano, infatti, l'ideale per l'accrescimento degli scambi occulti, poiché generano tutta una serie di scorciatoie illecite, ostacolano o rendono vani i meccanismi di controllo e spingono verso una serie di strumenti decisionali emergenziali, più vulnerabili a patteggiamenti illeciti coi destinatari delle decisioni. Un dato obiettivo facilmente accertabile, è che la corruzione è particolarmente diffusa laddove il potere legislativo o quello giudiziario sono più deboli, dove il clientelismo è diventato norma, dove l'amministrazione statale manca di indipendenza e di professionalità e dove la società civile non dispone di mezzi per esercitare pressione contro le varie forme di corruttela¹³.

Da un punto di vista più strettamente economico la corruzione altera il funzionamento del mercato, penalizzando le imprese sane e limitando o impedendo nuove iniziative imprenditoriali; riduce i flussi di investimenti esteri e distribuisce le risorse pubbliche in modo non efficiente. Maggiore corruzione significa allora, col passare del tempo, minore efficienza produttiva e ridotta capacità di tenere testa ai concorrenti. In un contesto ad alta densità di corruzione, infatti, vengono premiate le "capacità" dei corruttori nel costruire relazioni sotterranee coi decisori pubblici, e i soggetti con minori capacità di

¹³ V. Musaccio, *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta Amministrativa*, I, 2012, p. 305-306.

adattarsi a questa rete politico-amministrativa inquinata, sono spinti ad uscire dal gioco¹⁴.

Come ebbe a dire nel dicembre del 2012 il Segretario Generale dell'ONU in occasione della Giornata Internazionale contro la corruzione, essa: *“È una minaccia allo sviluppo, alla democrazia e alla stabilità; distorce i mercati, frena la crescita economica, scoraggia gli investimenti esteri, erode il servizio pubblico e la fiducia nei funzionari pubblici”*.

Alla luce di questa evoluzione del fenomeno corruttivo, è bene evidenziare come la lotta alla corruzione è stata fino a poco tempo fa affidata principalmente (se non esclusivamente) alla giurisdizione penale. Ma la repressione penale è spesso un'arma spuntata, in quanto caratterizzata anzitutto da un regime di prescrizioni che rende poco temibile la minaccia della sanzione penale¹⁵. Come rileva il primo rapporto del GRECO¹⁶, in Italia *“ un'allarmante proporzione di tutti i procedimenti per corruzione è vanificata dalla scadenza dei termini di prescrizione. C'è un'alta probabilità che la prescrizione scatti prima che il processo possa concludersi, anche quando vi sono forti indizi di colpevolezza. Si tratta di una mancanza significativa che chiaramente*

¹⁴ A. Vannucci, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, cit., p. 53.

¹⁵ B. G. Mattarella, M. Clarich, *La prevenzione della corruzione*, cit., p. 60.

¹⁶ *Groupe d'Etats contre la Corruption*.

indebolisce l'efficacia e la credibilità della norma penale come strumento di contrasto alla corruzione”.

Occorre dunque abbandonare l'idea per cui gli interventi del legislatore debbano essere svolti soltanto in chiave penalistica, essendo il rimedio penale insufficiente vista la sua naturale destinazione di intervento a cose fatte¹⁷(nei limiti in cui tali fatti presentano un rilievo penale, o disciplinare), la scarsa propensione alla denuncia e la palese insufficienza della risposta penale al fenomeno corruttivo.

2. La trasparenza amministrativa come principale strumento di prevenzione

La corruzione, come si è avuto modo di notare, è divenuta nel nostro Paese un fattore sistemico di disgregazione della coesistenza a tutti i livelli; un ostacolo all'eguaglianza, alla competitività, all'efficienza del settore pubblico e privato. Fra le azioni di contrasto a tale fenomeno, la sua prevenzione *ex ante*, è importante quanto la repressione *ex post*¹⁸.

¹⁷ G. De Vergottini, *Corruzione contro costituzione*, Padova, Cedam, 2012, p. 2.

¹⁸ G. M. Flick, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cassazione Penale*, fasc. 9, 2014, pag. 2754B.

L'importanza dell'approccio preventivo è stata sottolineata da diverse commissioni di studio¹⁹ e organismi internazionali, che hanno suggerito numerose misure concrete, di natura legislativa o amministrativa.

Particolarmente efficace nell'imporre all'Italia una nuova politica anticorruzione è stato il Rapporto del GRECO sull'Italia del 2009, contenente molte critiche e diverse raccomandazioni, tra le quali l'adozione di un piano organico di lotta alla corruzione e la configurazione di un'autorità nazionale anticorruzione che fosse indipendente dal Governo. Proprio grazie alla pressione internazionale, ad una diffusa sensibilità dell'opinione pubblica e in considerazione dei costi economici della corruzione, l'Italia è arrivata, dopo una lunga discussione parlamentare, ad approvare la legge n. 190 del 2012, dal titolo *“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*²⁰.

Tra gli strumenti che figurano nella Legge 190, vi è la “trasparenza” che ha due finalità di fondo: *in primis* garantire la funzionalità dell'amministrazione, che è strettamente legata al diritto

¹⁹ In particolare, quella nominata dal Presidente della Camera e presieduta da Sabino Cassese nel 1996; quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minervini nello stesso anno; e quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011.

²⁰ F. Merloni, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, ASTRID Rassegna, n°18, 2013 p. 3-4.

dei cittadini di sapere come l'amministrazione usa le risorse che ha a disposizione, quali risultati ottiene e con quali costi; poi, garantire l'imparzialità: se l'amministrazione è trasparente è possibile far emergere vicende di cattiva amministrazione, di condizionamento improprio nella cura dell'interesse pubblico.²¹ La trasparenza sull'azione amministrativa diviene quindi un importante mezzo per consentire l'emersione dei fenomeni corruttivi e per mantenere la giusta "pressione" dei cittadini sul corretto e imparziale svolgimento dell'azione amministrativa. Ad assicurare la trasparenza concorrono due strumenti: l'accesso ai documenti e alle informazioni delle pubbliche amministrazioni e la pubblicità nella forma della pubblicazione di documenti e informazione nei siti informatici delle pubbliche amministrazioni²².

La legge anticorruzione consolida una scelta compiuta da molti anni, ovvero quella di abbandonare il vecchio strumento dell'accesso ai documenti e di evidenziare in modo significativo il principio di pubblicità²³.

²¹ F. Merloni, B. Ponti, *La trasparenza*, in F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa: cause, prevenzioni e rimedi*, ASTRID, Firenze, Passigli Editori, 2010, p. 403.

²² F. Merloni, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, cit., p. 9.

²³ M. Savino, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione (art.1, commi 15-16 e 26-36)* in, B .G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 113.

La trasparenza, nel senso di pubblicità delle informazioni, è un ottimo strumento (anche) per prevenire il malcostume, soprattutto per quanto riguarda l'uso delle risorse pubbliche. Quasi tutte le cariche politiche e gli incarichi dirigenziali implicano il potere di disporre di ingenti risorse finanziarie e la tentazione di usarle in modo improprio, anche se non necessariamente criminoso, è ricorrente. Il rimedio più efficace che comporta minori costi in termini di spesa e di autonomia, è proprio la trasparenza: se tutti possono vedere come le risorse pubbliche vengono utilizzate, vi è un disincentivo ad abusarne ed è più probabile che gli abusi vengano denunciati²⁴.

La legge anticorruzione, a tal proposito, pone a carico delle amministrazioni pubbliche tre obblighi di pubblicazione delle informazioni nei rispettivi siti web. Il primo (art. 1, comma 15, legge 190/2012), da un lato, riguarda i bilanci e i conti consuntivi e, dall'altro, i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini. La finalità è quella di rafforzare l'*accountability* finanziaria delle amministrazioni.

In forza del secondo obbligo di pubblicazione (art. 1, comma 15, legge 190/2012), il rispetto dei tempi procedurali è oggetto di un monitoraggio periodico al fine di provvedere alla tempestiva

²⁴ B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, in *Giornale di diritto amministrativo*, vol.2, 2013, p. 127-128.

eliminazione delle anomalie: i risultati di tale monitoraggio dovranno essere consultabili sui siti istituzionali delle amministrazioni. Tale obbligo è più orientato alla *customer satisfaction*, in quanto mira a rafforzare l'efficienza amministrativa.

Il terzo obbligo (art. 1, comma 16, legge 190/2012), infine, concerne le informazioni relative ai procedimenti amministrativi cui l'autorità pubblica attribuisce utilità ai privati, ovvero quelli riguardanti le autorizzazioni e le concessioni; la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi; la concessione ed erogazione di sovvenzioni, sussidi, contributi e qualunque altro genere di vantaggio economico a persone ed enti pubblici e privati. La mancata attuazione di tale ultimo obbligo produce, anzitutto, una responsabilità dirigenziale, tale per cui il dirigente che non ha vigilato sul rispetto, da parte dei proprio uffici, degli standard quantitativi e qualitativi in materia di trasparenza, può subire una decurtazione della retribuzione di risultato fino all'ottanta per cento. La medesima inadempienza va poi anche ad incidere sull'efficacia stessa dell'atto, in quanto il comma 33 della legge in esame ammette la proposizione

del ricorso, ma solo per i titolari di *“interessi giuridicamente rilevanti”* e *“suscettibili di lesione diretta, concreta ed attuale”*²⁵.

Il numero delle previsioni cui fa riferimento la legge 190 è talmente alto che, per le amministrazioni è difficile conoscere le norme che esse dovrebbero applicare. Così, la legge anticorruzione, nell'art.1 comma 35, ha previsto una delega al Governo per il riordino della disciplina inerente agli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni²⁶ sfociata nell'approvazione del Decreto Legislativo n. 33 del 14 marzo, rubricato *“Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”*.

In base all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 33/2013, *“la trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*. Nel comma 2 si precisa che *“la trasparenza [...] concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di*

²⁵ M. Savino, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione (art. 1, commi 15-16 e 26-36)*, cit., p. 118-121.

²⁶ B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, cit., p. 128.

imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione»; inoltre, «è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”.

Nel decreto in esame, all’art.10, particolare importanza assume la predisposizione del Piano Triennale per la Trasparenza e l’Integrità che ogni amministrazione deve predisporre e la cui stesura spetta ad un funzionario amministrativo che assume l’incarico di Responsabile della trasparenza. Con tale Piano, ogni amministrazione definisce la politica che intende seguire in materia di pubblicazione: vengono definite le modalità attraverso le quali l’amministrazione intende attuare gli obblighi legislativi; quali sono gli obiettivi organizzativi e individuali che l’amministrazione intende raggiungere attraverso la pubblicità soprattutto in termini di riduzione della corruzione e dell’integrità dell’azione amministrativa; ed infine quali sono le misure organizzative che assicurano la regolarità e la tempestività del flusso informativo. Il Piano Triennale viene disposto e aggiornato dal responsabile, il quale, come stabilito nell’art. 43 del decreto in esame, *“svolge stabilmente un’attività di controllo sull’adempimento da parte*

dell'amministrazione degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, assicurando la completezza, la chiarezza e l'aggiornamento delle informazioni pubblicate, nonché segnalando all'organo di indirizzo politico, all'Organismo indipendente di valutazione (OIV), all'Autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione”²⁷.

In termini concreti, assume particolare importanza l'art. 5 del decreto legislativo n. 33/2013, che introduce una nuova modalità di accesso agli atti, il cosiddetto “*accesso civico*”, che consiste nel diritto di chiunque di richiedere i documenti, dati ed informazioni cui le amministrazioni hanno omesso la pubblicazione. Un'inedita azione popolare correttiva finalizzata a garantire, entro il limite degli obblighi di pubblicazione sanciti dalla legge, un controllo diffuso sull'amministrazione ed a contrastarne la relativa inerzia. La richiesta di accesso civico, oltre a non essere sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al Responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione, che si pronuncia sulla stessa. Entro trenta giorni, l'amministrazione procede alla

²⁷ D. David, *Il d.lgs 33/2013 in tema di trasparenza: ricognizione dei nuovi oneri per le amministrazioni pubbliche interessate*, in *Diritto amministrativo*, 2013, p. 6.

pubblicazione nel proprio sito internet istituzionale del documento, dell'informazione o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente, ovvero comunica al medesimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Se il documento, l'informazione o il dato richiesto risultano già pubblicati, nel rispetto della normativa vigente, l'amministrazione indica al richiedente il relativo collegamento ipertestuale²⁸.

Tale strumento, sembra richiamare quel "*right to know*" che caratterizza i moderni sistemi FOIA²⁹, primo fra tutti quello angloamericano che si fonda su un diritto a legittimazione illimitata, non collegata alla sussistenza di interessi diversi rispetto alla conoscenza di informazione di fonte pubblica, potendo rivolgersi a qualunque informazione detenuta dagli enti federali, a prescindere dall'esistenza di un obbligo di pubblicazione. In realtà così non è, in quanto, in base alla disciplina dettata dal decreto, l'oggetto del diritto a conoscere è circoscritto a <<*i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente*>>. Riguardo ai documenti che non sono pubblici, invece, le

²⁸ V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2013, pag. 789.

²⁹ *Freedom of information act*.

pubbliche amministrazione <<possono>> disporre la pubblicazione³⁰. Si tratta, a ben vedere, di una mera facoltà, cui non corrisponde alcun diritto di accesso³¹. Riconoscere quest'ultimo diritto significherebbe esporre l'amministrazione al rischio di essere subissata da richieste di accesso, mentre l'alternativa (pubblicare quelle stesse informazioni) rappresenterebbe una "scorciatoia" più conveniente. Tale obiezione, però, non tiene conto di due dati molto importanti: il primo è che se non è spinta dalla richiesta d'accesso, l'amministrazione non ha incentivi a pubblicare; il secondo è che tale "scorciatoia" ha costi elevati vista l'inaccessibilità per chi non sia parte di un procedimento, delle informazioni non coperte da uno specifico obbligo di pubblicazione, e dalla difficoltà per il singolo di attivare i rimedi previsti per ottenere le informazioni obbligatorie delle amministrazioni riottose³².

In conclusione, pur essendosi fatto un enorme passo avanti nella trasparenza amministrativa, per adesso, non si è riusciti a superare l'ultimo ostacolo verso un modello di trasparenza all'avanguardia, costituito dalla discrezionalità del legislatore nel poter scegliere quali

³⁰ Art 4, comma 3, D.lgs n.33/2013.

³¹ A meno che non sia titolare, ai sensi della Legge 241/1990 di un interesse "*diretto, concreto ed attuale*" in quanto parte di un procedimento.

³² M. Savino, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione* (art. 1, commi 15-16 e 26-36), cit., p. 115.

informazioni in possesso della pubblica amministrazione i cittadini possono conoscere. È dunque auspicabile che le novità future possano elevare la trasparenza a principio generale e a valore-guida di ogni singola amministrazione.

3. L'organizzazione amministrativa della prevenzione: l'A.N.A.C

Una politica anticorruzione ha bisogno di organi che si preoccupino di elaborarla e implementarla, è stata così creata un'autorità amministrativa indipendente: la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT).

La Civit fu istituita col d.lgs. n. 150/2009 per assolvere specifiche funzioni, quali: indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione; garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione ed assicurare la cultura della trasparenza anche attraverso strumenti di prevenzione e lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione³³.

In conformità alla Convenzione dell'ONU del 2003, ratificata nel 2009³⁴, la legge anticorruzione identifica nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni

³³ Art. 13, comma 5 d.lgs n. 150/2009.

³⁴ Con la legge n. 116 del 3 agosto 2009.

pubbliche l’Autorità nazionale anticorruzione³⁵. La legge in esame³⁶ elenca sette compiti attribuiti alla Commissione, in particolare: collabora con gli organismi stranieri pari ordinati; approva il Piano nazionale anticorruzione predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica; analizza i fattori che facilitano la corruzione ed individua interventi utili alla sua prevenzione e al suo contrasto; esprime pareri facoltativi agli organi dello Stato e alle amministrazioni pubbliche in materia di “*conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge*”, codici di comportamento³⁷, contratti collettivi e individuali, nonché autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni; vigila e controlla l’effettiva applicazione dei piani di

³⁵ Art. 1, comma 1 legge 190/2012.

³⁶ All’art. 1, comma 2.

³⁷ La legge n. 190/2012 ha previsto l’adozione di due tipi di codice: un Codice nazionale e codici di ogni amministrazione pubblica. Il nuovo codice nazionale è stato emanato con il d.P.R. n. 62/2013 e contiene al suo interno tutta una serie di doveri, in modo particolare è focalizzata l’attenzione sui principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità, rilette come obblighi di condotta personale e come regole sullo svolgimento dell’azione amministrativa. Sono meglio affermati, poi, i principi di economicità, efficacia, efficienza, di trasparenza, di imparzialità e non discriminazione. Attenzione viene, poi, dedicata ai doveri di massima informazione al cittadino, temperato da doveri di riservatezza, al divieto di dichiarazioni pubbliche offensive nei confronti dell’amministrazione, alla prevenzione dei conflitti di interesse. Va infine segnalata la necessità per cui il funzionario non deve solo comportarsi in modo imparziale, ma deve anche apparire come soggetto imparziale, che dà garanzie ai cittadini e più in generale alla pubblica opinione.

I codici, nazionale e di amministrazione, hanno uno specifico rilievo giuridico, sono norme rilevanti ai fini della responsabilità disciplinare dei dipendenti, non sono solo norme deontologiche o etiche.

I codici di amministrazione stabiliscono ulteriori doveri di comportamento, in rapporto alle specifiche funzioni attribuite e alla relativa organizzazione. Il codice nazionale costituisce, pertanto, una base “minima” di doveri, integrabile dalle singole amministrazioni. Il codice di ogni amministrazione può anche contenere nuovi doveri di carattere generale, o doveri specifici stabiliti con riferimento a particolari aree di attività.

prevenzione delle singole amministrazioni e riferisce al Parlamento in tema di contrasto alla corruzione e all'illegalità entro il 31 dicembre di ogni anno³⁸.

In conseguenza delle nuove attribuzioni di funzioni, il Parlamento con il decreto legge n. 101/2013, convertito nella Legge n.125/2013, ha approvato alcune modifiche all'organizzazione del rinnovato organismo. Le principali sono: la nuova denominazione della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche in Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (ANAC)³⁹; la modifica dei criteri di nomina per cui sia il Presidente che gli altri componenti dell'Autorità sono scelti tra esperti di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione, oltre che nei settori di management, misurazione della performance, nonché di gestione e valutazione del personale⁴⁰.

Il riordino dell'ANAC è stato in seguito completato con la previsione dell'art. 19 comma 2 del decreto legge n. 90/2014 che ha nuovamente rinominato l'organismo come Autorità Nazionale Anticorruzione, ridefinendone le funzioni con l'obiettivo principale di

³⁸ F. Di Cristina, *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione (legge numero 190 del 6 novembre 2012)*, in *Studium Iuris*, n. 6, 2013, p. 664.

³⁹ All'art. 5, comma 3.

⁴⁰ All'art. 5, comma 5.

concentrarne la missione istituzionale sui compiti relativi alla garanzia della trasparenza e alla prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni.

Per quanto riguarda le *funzioni* cui è investita l'ANAC, bisogna dire in via preliminare che ad essa spettano tutti i poteri in materia di prevenzione della corruzione (esclusi quelli di indirizzo riservati al Comitato interministeriale) che erano propri della Civit, ma con un decisivo ampliamento dovuto soprattutto al decreto legge n. 90/2014. Tra queste funzioni rientrano: quelle di raccordo e di collaborazione con gli organismi stranieri, con le organizzazioni regionali e internazionali che operano nel settore della prevenzione della corruzione; le funzioni di studio, ricerca ed analisi delle cause e dei fattori della corruzione, nonché l'individuazione degli interventi utili a prevenire e contrastare i diversi fenomeni corruttivi; le funzioni consultive, essendo deputata ad esprimere pareri facoltativi alle pubbliche amministrazioni circa la conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai contratti ed ai codici di comportamento; ed infine le funzioni ispettive, di vigilanza e di controllo, sull'applicazione e l'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni, in particolare per quanto riguarda i piani per la prevenzione della corruzione adottati a livello decentrato e le

procedure per selezionare e formare i dipendenti pubblici esposti alla corruzione, prevedendo la rotazione di dirigenti e funzionari⁴¹.

La norma, però, più importante del decreto legge n. 90/2014 è certamente l'art. 19 che prevede, in particolar modo, la soppressione dell'AVCP⁴² implementando i poteri dell'ANAC. È, dunque, ridisegnato il volto dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che incorpora a sé sia le funzioni delle due autorità, sia i poteri di nuova attribuzione, diventando di fatto l'unica Autorità che sovrintende il sistema della strategia di prevenzione della corruzione.

Dopo la riforma del decreto legge in esame, risulta poi rafforzata la funzione più importante già demandata all'Autorità e cioè l'approvazione del Piano nazionale anticorruzione. Tale piano, prima predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica, oggi è di competenza esclusiva dell'ANAC ed ha specifiche finalità di coordinare l'attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della

⁴¹ F. Gaudieri, *I soggetti preposti all'attività amministrativa di prevenzione e repressione della corruzione*, in A. Jazzetti, A. Bove (a cura di), *La legge anticorruzione-volume 2. Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità. La strategia amministrativa*, Giapeto Editore, 2014, p. 46-49.

⁴² *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*. Nata con la legge n.109/1994 (legge Merloni), aveva l'obiettivo di garantire l'osservanza dei criteri di efficienza ed efficacia nello svolgimento delle procedure di gara e di vigilare sulla libera concorrenza tra gli operatori nella materia dei lavori pubblici. L'Autorità era stata costituita nel periodo storico successivo alle indagini di "mani pulite" e voleva rappresentare un tentativo della politica e del legislatore di dimostrare ai cittadini l'impegno nella lotta alla corruzione e nel ripristino della legalità nel settore degli appalti.

corruzione nelle pubbliche amministrazioni elaborate a livello nazionale e internazionale.

In questa prospettiva, l'ANAC perde le funzioni in materia di misurazione e valutazione delle performance, che vengono trasferiti al Dipartimento della funzione pubblica⁴³, ma si prevede contestualmente che quest'ultimo perda a favore dell'ANAC le competenze in materia di trasparenza ed anticorruzione⁴⁴. Consapevole che la prevenzione ed il contrasto del fenomeno corruttivo passano prima per l'attività di segnalazione, il legislatore ha disposto che l'ANAC possa ricevere notizie e segnalazioni di illeciti non solo dai cittadini, ma anche dai dipendenti pubblici⁴⁵ e dagli avvocati dello Stato qualora vengano a conoscenza, nell'ambito della propria attività, di violazioni di disposizioni di legge o di regolamento o di altre irregolarità relative ai contratti pubblici⁴⁶. L'articolo in esame attribuisce poi un'altra funzione all'Autorità, e cioè quella di applicare una sanzione amministrativa non inferiore nel minimo a mille euro e non superiore nel massimo a diecimila euro, qualora il soggetto obbligato non adotti i piani triennali della prevenzione della

⁴³ Art. 19, comma 9 decreto legge 90/2014.

⁴⁴ Di cui all'Art. 1, comma 15 legge 190/2012.

⁴⁵ Nelle forme di cui Art. 54 bis. D.lgs n. 165/2001 (whistleblowers).

⁴⁶ Art. 19, comma 5 decreto legge 90/2014.

corruzione, il programma triennale di trasparenza o i codici di comportamento⁴⁷.

Un'ulteriore competenza è poi stabilita dall'art. 37 del suddetto decreto, in cui viene fatto obbligo alle stazioni appaltanti, di trasmettere all'Autorità tutte le varianti in corso d'opera ai contratti di lavori pubblici che eccedano il 10% dell'importo originariamente previsto dal contratto, entro 30 giorni dall'approvazione.

Si può notare come la missione istituzionale della “nuova” ANAC sia quella di vigilare per prevenire la corruzione creando una rete di collaborazione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, ed aumentare l'efficienza nell'utilizzo delle risorse, riducendo i controlli formali che comportano esclusivamente appesantimenti procedurali e aumentano i costi della pubblica amministrazione senza creare valore per i cittadini e per le imprese⁴⁸.

3.1. Il Dipartimento della funzione pubblica

Il Dipartimento della funzione pubblica è stato istituito nel 1983 all'interno della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per rispondere alle esigenze di modernizzazione della pubblica amministrazione

⁴⁷ *Piano di Riordino dell'ANAC, ai sensi dell'art. 19, comma 3 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114*, in www.anticorruzione.it.

⁴⁸ www.anticorruzione.it.

italiana⁴⁹. Le sue funzioni in tema di prevenzione e contrasto alla corruzione, si sono profondamente modificate nel tempo.

Con la legge n. 190/2012 le competenze di tale organo, elencate nell'art. 1 comma 4, erano: *“coordinare l’attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale e internazionale (comma 4, lett. a); promuovere e definire norme e metodologie comuni per la prevenzione della corruzione, coerenti con gli indirizzi, i programmi e i progetti internazionali (comma 4, lett. b); predisporre il Piano nazionale anticorruzione, anche al fine di assicurare l’attuazione coordinata delle misure di cui alla lettera a) (comma 4, lett. c)⁵⁰; definire modelli standard delle informazioni e dei dati occorrenti per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla presente legge, secondo modalità che consentano la loro gestione ed analisi informatizzata (comma 4, lett. d); definire i criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori particolarmente esposti alla corruzione e misure per evitare sovrapposizioni di*

⁴⁹ www.funzionepubblica.gov.it.

⁵⁰ Nella redazione del Piano, il Dipartimento era tenuto ad attenersi alle linee di indirizzo elaborate dal Comitato interministeriale di cui al D.P.C.M. 16 gennaio 2013.

funzioni e cumuli di incarichi nominativi in capo ai dirigenti pubblici, anche esterni (comma 4, lett. e)⁵¹”.

Tutte queste funzioni e/o attività sono state superate dal D.L n. 90/2014 che, all’art.19, prevede una netta distinzione di ruoli tra ANAC e Dipartimento della funzione pubblica, concentrando sull’ANAC tutta l’attività in materia di corruzione e sul Dipartimento le funzioni in materia di valutazione delle performance.

Particolarmente importanti risultano, infatti, i commi 9 e 15 dell’articolo in esame: il comma 9 dell’art. 19, in quanto, stabilisce che al Dipartimento della funzione pubblica sono state devolute tutte le competenze in materia di misurazione e valutazione delle performance degli articoli 7, 8, 9, 10, 12, 13 e 14 del D.Lgs n. 150/2009, ad eccezione dei progetti sperimentali e del Portale della trasparenza⁵² che richiedono un preventivo accordo⁵³; nonché il

⁵¹ G. Sciuillo, *L’organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, in B. G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 77.

⁵² Di cui all’art. 13, comma 6 lette. m) e p) del D.lgs n. 150/2009.

⁵³ Accordo stipulato il 14 febbraio 2015. Per i progetti sperimentali prevede l’integrale trasferimento alla Funzione pubblica di 2 progetti: “Individuazione delle metodologie di misurazione e valutazione in atto adottate dalla pubblica amministrazione e progettazione di metodi e modelli migliorativi e tendenzialmente uniformi da diffondere anche attraverso le pubblicazioni sui siti istituzionali” da realizzare in convenzione con il dipartimento e il Formez; il secondo, invece, “*Per la riconciliazione tra il ciclo delle performance e il ciclo del bilancio per il coordinamento dei sistemi di misurazione e valutazione*”, da realizzare in convenzione con il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e la SSEF.

Per quanto riguarda il Portale della trasparenza, l’accordo prevede che l’ANAC continui ad avvalersi in via esclusiva del nome e del dominio che restano di sua proprietà, mentre la piattaforma del portale, con tutti i dati e i documenti relativi al ciclo di gestione della performance

comma 15 del medesimo articolo che ha totalmente estromesso il Dipartimento da ogni funzione in materia di prevenzione della corruzione (di cui all'articolo 1, commi 4, 5 e 8 della legge n. 190/2012 e articolo 48 del decreto legislativo n. 33/2013) per concentrarle in capo all'ANAC.

Tutto ciò sta a significare, in definitiva, la totale estraneità del Ministero e del Governo dalle attività di prevenzione della corruzione.

3.2. Il Comitato interministeriale

Il Comitato interministeriale per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione, è stato istituito con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, il 16 gennaio 2013. All'art. 2 ne viene descritta la composizione: *“è un organo composto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, che lo presiede, dal Ministro per la pubblica amministrazione e per la semplificazione, dal Ministro della giustizia e dal Ministro dell'interno”*.

è trasferita alla Funzione pubblica. Il Dipartimento assicura all'ANAC l'accesso diretto, la riutilizzazione e il trattamento dei dati relativi ai piani della performance e ai piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza contenuti nelle banche dati per la pubblica amministrazione; l'Autorità, dal canto suo, assicura al Dipartimento l'accesso diretto, la riutilizzazione e il trattamento dei dati relativi ai piani di prevenzione della corruzione e ai programmi per la trasparenza e l'integrità. www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com.

L'art.1, comma 2 della legge anticorruzione, ad esso attribuisce l'onere di predisporre le linee di indirizzo su cui poi il Dipartimento della funzione pubblica è (era) tenuto a redigere il Piano Nazionale Anticorruzione⁵⁴.

Le linee di indirizzo sono state adottate dal Comitato il 12 marzo 2014, che le ha articolate in otto punti: al primo punto viene analizzato il contesto generale in cui si colloca la legge n. 190/2012 e in particolare viene focalizzata l'attenzione *“sui contenuti sulla formazione del (PNA), quale strumento di definizione degli indirizzi e delle indicazioni da fornire alle amministrazioni per facilitare e rendere omogenea l'elaborazione dei Piani Triennali di Prevenzione. Ciò nella consapevolezza che l'attività di prevenzione della corruzione rappresenta un processo i cui risultati si giovano della maturazione dell'esperienza e si consolidano nel tempo”*; al punto due viene specificato che con la legge 190/2012, l'ordinamento italiano ha creato un sistema di prevenzione che si articola *“a livello nazionale, con l'adozione del PNA e, a livello di ciascuna amministrazione, mediante l'adozione di Piani di Prevenzione Triennali”*, specificando che il PNA deve essere visto come un insieme di strumenti di prevenzione che man mano si modifica, si affina in base al

⁵⁴ F. Gaudieri, *I soggetti preposti all'attività amministrativa di prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 43.

“feedback” ottenuto durante la loro applicazione; al terzo punto vengono analizzati i contenuti specifici del Piano Nazionale Anticorruzione; al quarto punto vengono individuate le linee guida che il PNA ha emanato per la predisposizione dei Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione, elencando nei vari punti ciò che è necessario fare in ogni singola amministrazione per la corretta predisposizione del Piano; al quinto punto viene dato risalto al contenuto minimo dei Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione, specificando in primis che, *“le linee guida contenute nel PNA dovranno indurre le pubbliche amministrazioni ad articolare il proprio Piano Triennale almeno intorno ad alcuni contenuti essenziali, a partire da quelli predeterminati dalla legge 190 (comma9)”*; al sesto punto viene specificata la necessaria flessibilità delle linee guida, sottolineando come il PNA dovrà consentire un’attuazione flessibile e differenziata delle linee guida da parte delle pubbliche amministrazioni, distinguendo tra le indicazioni ad applicazione generalizzata e le indicazioni rimesse alla valutazione discrezionale di ciascuna amministrazione; al settimo punto si specifica come il PNA possa identificare alcune aree e politiche di contrasto alla corruzione, e chiedere alle amministrazioni una particolare collaborazione; all’ottavo punto, infine, si dà risalto alla

formazione del personale, indicando come “*nell’ambito del PNA, dovranno formularsi apposite raccomandazioni alle amministrazioni per favorire la formazione del personale addetto alle aree a più elevato rischio*”⁵⁵.

Emerge, in conclusione, da tali indicazioni che al Comitato interministeriale spetta il ruolo di organo con funzione di “spinta delle successive attività” di redazione del PNA, principalmente con l’elaborazione delle linee di indirizzo analizzate.

4. I Piani per la prevenzione della corruzione

L’aspetto che caratterizza maggiormente il sistema di contrasto del fenomeno corruttivo introdotto in Italia dalla legge n. 190/2012, è la predisposizione di piani idonei a prevenire il fenomeno corruttivo. Si tratta di atti funzionali al monitoraggio delle attività più esposte al rischio della corruzione e, appunto, alla pianificazione di interventi mirati a disincentivare l’illegalità delle condotte⁵⁶. Esso deve servire per prevenire, evitare, combattere i fatti corruttivi *prima* che gli stessi vengano commessi, così da poterne tempestivamente evitare la prosecuzione e i danni, o da potere quanto meno rintracciare il

⁵⁵ Linee di indirizzo del Comitato interministeriale, in www.anticorruzione.it.

⁵⁶ F. Di Cristina, *La prevenzione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione (legge n. 190 del 6 novembre 2012)*, cit., p. 665

colpevole in tempo utile a che non prosegua nella sua azione illecita in danno della pubblica amministrazione e della collettività⁵⁷.

La pianificazione di misure preventive, costituisce il *leitmotiv* degli accordi intergovernativi nonché delle raccomandazioni formulate dalle istituzioni sovranazionali impegnate a contrastare i fenomeni di illegalità nel settore pubblico⁵⁸. Le indicazioni provenienti dalle organizzazioni sovranazionali, infatti, evidenziano l'esigenza di perseguire tre specifici obiettivi nelle strategie di prevenzione: ridurre le opportunità che si manifestino casi di corruzione; aumentare la capacità di scoprire casi di corruzione; creare un contesto sfavorevole alla corruzione. Operando in tale direzione, in Italia, con la legge 190/2012 sono stati introdotti due diversi piani anticorruzione, di differente ampiezza, portata e ambito di applicazione: il piano nazionale anticorruzione a livello “nazionale”, ed il piano triennale di prevenzione della corruzione a livello “decentrato”.

Per quanto riguarda il PNA, prima dell'adozione della legge n. 114/2014, era predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica,

⁵⁷ F. Bilardo e M. Prosperi, *Piano nazionale e piani decentrati anticorruzione. La riforma anticorruzione in una visione integrata giuridica e organizzativa in 100 domande e 100 risposte*, Maggioli Editore, 2013, p. 215.

⁵⁸ F. Di Cristina, *I piani per la prevenzione della corruzione (art. 1, commi 5-14)* in B. G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 92.

sulla base delle linee di indirizzo adottate dal Comitato interministeriale, ed era approvato dall'Autorità nazionale anticorruzione. Dopo tale legge, invece, l'aggiornamento del PNA verrà effettuato direttamente dall'ANAC.

La funzione principale del PNA è quella di assicurare l'attuazione coordinata delle strategie di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, elaborate a livello nazionale e internazionale, in particolare, agevolando l'adozione di misure preventive obbligatorie definite dalla legge.

A livello strutturale il Piano è diviso in 3 sezioni: nella prima vengono esposti gli obiettivi strategici e le correlate azioni da adottare a livello nazionale e la cui responsabilità di attuazione è adesso in capo all'ANAC e agli altri soggetti istituzionali centrali; nella seconda si illustrano la strategia di prevenzione e le misure obbligatorie da attuarsi a livello decentrato per mezzo dei P.T.P.C. su cui l'ANAC vigila; nella terza vi sono le indicazioni circa le modalità di comunicazioni dei dati e delle informazioni⁵⁹.

Un punto di particolare rilevanza del Piano Nazionale Anticorruzione è, sicuramente, la predisposizione di linee guida dirette

⁵⁹ *Piano Nazionale Anticorruzione*, in www.funzionepubblica.gov.it.

alle singole amministrazioni per promuovere l'effettiva e tempestiva adozione del Piano Triennale di Prevenzione della corruzione.

Per quanto riguarda la predisposizione di tale Piano, per le amministrazioni centrali è affidata, in genere, ai dirigenti di prima fascia; per le amministrazioni regionali, spetta alla Conferenza unificata; per le amministrazioni locali, invece, gli Uffici territoriali del governo costituiranno il supporto necessario per la predisposizione ed attuazione dei piani, rimesse al segretario provinciale e comunale⁶⁰. Il Piano Nazionale Anticorruzione ha poi previsto, con la delibera n. 72 del 2013, che le misure di prevenzione della corruzione dovessero applicarsi anche negli enti di diritto privato in controllo pubblico e partecipati da pubbliche amministrazioni, anche con veste societaria, e negli enti pubblici economici⁶¹.

Il Piano Triennale di Prevenzione della corruzione, rappresenta lo strumento con cui l'amministrazione descrive un "processo" finalizzato a formulare una strategia di prevenzione del fenomeno. Realizza tale finalità, anzitutto, con l'*individuazione delle aree di rischio*: queste variano a seconda del contesto esterno ed interno e della tipologia di attività istituzionale svolta dalla specifica

⁶⁰ F. Di Cristina, *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (legge n. 190 del 6 novembre 2012)*, cit., p. 665.

⁶¹ Per una completa trattazione si rimanda al capitolo II.

amministrazione. Tuttavia, la legge 190/2012 individua le attività nell'ambito delle quali il rischio di corruzione è più elevato, in particolare: all'autorizzazione e alla concessione; alla scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi; alla concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, vantaggi economici a persone o enti pubblici e privati; all'espletamento di concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e per le progressioni di carriera⁶².

L'attenzione si focalizza, in particolar modo, su quella che è la “*gestione del rischio*”⁶³, in quanto vengono individuate le misure volte a ridurre il livello di rischiosità del fenomeno corruttivo, che possono essere obbligatorie, in quanto previste dal PNA e ulteriori, poiché sono scelte coinvolgendo i dirigenti preposti alle singole aree rischiose. Le fasi principali di tale strumento, sono tre: la mappatura dei processi; la valutazione del rischio; e il trattamento del rischio. La *mappatura dei processi* consente l'individuazione del contesto entro cui deve essere sviluppata la valutazione del rischio e deve essere effettuata da parte di tutte le pubbliche amministrazioni per le aree di

⁶² Art. 1, comma 16 legge n. 190/2012.

⁶³ La gestione del rischio si caratterizza per l'accertamento della presenza degli innumerevoli “pericoli” che sono connaturali all'agire proprio dei soggetti destinatari del modello privato od individuati dal piano pubblico, con la successiva contezza del “problema” e con la conseguente intenzionale composizione in un quadro di analisi, interpretazione, prevenzione, al fine appunto di ricondurre l'insieme dei rischi accertati ad un sistematico controllo.

rischio e le sotto-aree indicate nell'allegato 2 del PNA. La *valutazione del rischio* deve essere fatta per ciascun processo o fase del processo mappato. Tale attività a sua volta è divisa in tre fasi: l'identificazione del rischio, che consiste nella ricerca, individuazione e descrizione dei rischi di corruzione che emergono considerando il contesto esterno ed interno di ogni amministrazione e che va svolta nell'ambito di gruppi di lavoro con il coinvolgimento dei dirigenti per l'area di rispettiva competenza; l'analisi del rischio che consiste nella valutazione della probabilità che il rischio si realizzi e delle conseguenze che il rischio produce per poter determinare il livello di rischio; la ponderazione del rischio, infine, consiste nel considerare il rischio alla luce dell'analisi per poi raffrontarlo con altri rischi così da poter decidere la priorità e l'urgenza del trattamento. Il *trattamento del rischio* è quella fase in cui si individuano, si valutano le misure da predisporre per neutralizzare o ridurre il rischio e si decide quali rischi trattare prioritariamente rispetto agli altri. Per la neutralizzazione e la riduzione del rischio, devono essere individuate e valutate le misure di prevenzione, che come detto, possono essere obbligatorie o ulteriori. Per la priorità di trattamento, invece, bisogna valutare: il livello di rischio; l'obbligatorietà della misura e l'impatto organizzativo e finanziario connesso all'implementazione della misura.

La gestione del rischio si completa con l'azione del *monitoraggio* che valuta il livello di rischio tenendo conto delle azioni di risposta e delle misure di prevenzione introdotte, per verificare l'efficacia dei sistemi di prevenzione adottati e la successiva messa in atto di ulteriori strategie di prevenzione⁶⁴.

Continuando nella elencazione del contenuto minimale che i Piani Triennali devono possedere, in secondo luogo vi è il *coinvolgimento*, ai fini della precedente attività, dei titolari di posizione organizzativa e di tutto il personale delle amministrazioni addetto alle aree a più elevato rischio nell'attività di analisi e di valutazione, di proposta e definizione delle misure e di monitoraggio per l'implementazione del Piano; in terzo luogo il *monitoraggio*, per ciascuna attività, del rispetto dei termini di conclusione del procedimento; in quarto luogo la *rilevazione*, in base al grado di rischio, delle misure di contrasto già adottate, ovvero l'indicazione delle misure che il Piano prevede di adottare o direttamente adotta; ed infine, *l'individuazione delle misure di carattere generale* che l'amministrazione ha adottato o intende adottare per prevenire il rischio di corruzione, tra cui: la previsione di meccanismi di rotazione del personale addetto alle aree a rischio; l'effettiva attivazione della

⁶⁴ Allegato 1 del PNA – Soggetti, azioni e misure finalizzati alla prevenzione della corruzione, in www.funzionepubblica.gov.it.

normativa sulla segnalazione da parte del dipendente di condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza, con le necessarie forme di tutela; l'effettiva attivazione della responsabilità disciplinare dei dipendenti in caso di violazione dei doveri di comportamento; l'adozione delle misure in materia di trasparenza, compresa l'adozione del Piano della Trasparenza; l'adozione di specifiche attività di formazione del personale, con particolare attenzione al responsabile anticorruzione dell'amministrazione; i codici di comportamento e gli obblighi di astensione in caso di conflitti di interesse⁶⁵.

In conclusione, si può affermare che i legami logico-relazionali tra il PNA e i PTPC decentrati sono, in linea di massima, i seguenti: l'ambito di operatività del Piano nazionale è generale, mentre quello dei Piani decentrati è specifico; il Piano preventivo decentrato non potrà mai confliggere con il Piano nazionale, né potrà mai essere confligente con esso o a "misura ridotta"; infine, entrambi dovranno convergere al risultato programmatico prescritto dalla legge n.190/2012 ai fini del raggiungimento di una buona azione preventiva anticorruzione⁶⁶.

⁶⁵ Linee di indirizzo del Comitato interministeriale, in *www.anticorruzione.it*.

⁶⁶ F. Bilardo e M. Prospero, *Piano nazionale e piani decentrati anticorruzione. La riforma anticorruzione in una visione integrata giuridica e organizzativa in 100 domande e 100 risposte*, Maggioli Editore, 2013, p. 154.

5. Il Responsabile della prevenzione della corruzione

Alla luce della legge n. 190/2012, del Piano Nazionale Anticorruzione e della circolare n. 1/2013 del Dipartimento della funzione pubblica, il contrasto al fenomeno corruttivo a livello di singola amministrazione vede come protagonista il responsabile della prevenzione della corruzione.

La legge anticorruzione, è decisamente “concisa” in merito alla nomina del responsabile della prevenzione, infatti, all’art. 1 comma 7 stabilisce che *“l’organo di indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione”*. Come si desume dal tenore della disposizione, nulla di evince relativamente ai criteri da utilizzare per la nomina, i requisiti soggettivi da individuare in capo al nominando, le cause che potrebbero indurre ad escludere la nomina di una tipologia di dirigente⁶⁷.

⁶⁷ D. Bolognino, *Per una risposta corale dell’amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l’auspicabile task force della prevenzione (L. N. 190/2012)*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, fasc. 5, 2013, pag. 811.

A colmare tali “lacune” è intervenuta la circolare n. 1 del 2013 del Dipartimento della funzione pubblica, che fa riferimento anzitutto, per la nomina, ad un “*dirigente in servizio iscritto alla prima fascia del ruolo dell’amministrazione*”. La scelta è fatta ricadere su tali soggetti in quanto, la stabilità del loro incarico, dovrebbe garantire sia la conoscenza interna dell’amministrazione sulla cui organizzazione si deve incidere per la predisposizione della strategia di prevenzione, sia evitare che l’iniziativa penetrante nei confronti dell’amministrazione possa essere compromessa dalle situazioni di precarietà dell’incarico. Non sembrerebbe, dunque, possibile (se non in casi eccezionali) nominare come responsabile della prevenzione, soggetti titolari di incarico ai sensi dell’art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001; così come sono vietate le nomine dei titolari di incarichi nell’ufficio di diretta collaborazione.

Come evidenziato dalla norma anticorruzione, la scelta deve essere effettuata dall’autorità politica. La circolare n. 1/2013 DFP aggiunge che “*la scelta deve ricadere su un dirigente che non sia stato destinatario di provvedimenti giudiziari di condanna, né di provvedimenti disciplinari e che abbia dato dimostrazione nel tempo di comportamento integerrimo*⁶⁸”.

⁶⁸ Circolare n. 1/2013 DFP, pag. 6-7, in www.funzionepubblica.gov.it.

A tali situazioni soggettive, va aggiunta anche l'inopportunità di nominare soggetti in conflitto di interessi, quali ad esempio: il dirigente di ufficio in area di rischio, in quanto potrebbe mancare la "giusta distanza" dalla propria area di rischio nella predisposizione della strategia di prevenzione della corruzione; il dirigente dell'ufficio disciplinare, in quanto si potrebbe verificare una "contaminazione" dei due ruoli, l'uni quello del responsabile con le sue funzioni organizzative - preventive nella lotta al fenomeno corruttivo, l'altro quello del dirigente con le sue funzioni di carattere repressivo – successivo alla commissione dell'illecito disciplinare⁶⁹.

Meritano, a riguardo, di essere evidenziati due orientamenti Anac⁷⁰: il primo, *l'orientamento n. 25 del 28 maggio 2014*, in cui dispone che il responsabile della prevenzione della corruzione non possa rivestire anche il ruolo di responsabile dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, in quanto verserebbe in tale ipotesi in una situazione di potenziale conflitto di interessi; il secondo, *l'orientamento n. 111 del 04 novembre 2014*, invece, dice qualcosa di totalmente diverso in quanto stabilisce che il responsabile della prevenzione della corruzione può rivestire anche il ruolo di

⁶⁹ D. Bolognino, *Per una risposta corale dell'amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della prevenzione (L. N. 190/2012)*, cit., pag. 811.

⁷⁰ www.anticorruzione.it.

responsabile dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, in quanto una potenziale situazione di conflitto di interessi nello svolgimento di entrambe le funzioni sussiste nel solo caso in cui lo stesso Responsabile per la prevenzione della corruzione sia interessato da tale procedimento disciplinare.

Altra questione non specificata nella legge anticorruzione attiene alla durata dell'incarico del responsabile della prevenzione. Interviene anche in questo caso la circolare n. 1/2013 che stabilisce *“la durata della designazione è pari a quella della durata dell'incarico dirigenziale a cui la nomina accede”*.

La legge ha riposto molta fiducia nella figura del responsabile, considerandolo come il soggetto in grado di “far girare il meccanismo” della prevenzione nell'ambito dell'amministrazione. In particolare, tra i suoi compiti, ai sensi del comma 8, legge anticorruzione, vi sono: proporre all'organo di indirizzo politico delle misure da inserire nel piano triennale di prevenzione della corruzione entro il 31 gennaio di ogni anno; definire le procedure adatte di selezione e formazione dei dipendenti destinati ad operare in settori particolarmente esposti al rischio di corruzione. Ai sensi del comma 10 della suddetta legge: verifica l'efficace attuazione del piano e della sua idoneità a raggiungere gli scopi prefissati; propone modifiche al

piano in caso di accertate e significative violazioni delle prescrizioni o di mutamenti organizzativi o nell'attività dell'amministrazione; verifica, assieme al dirigente competente, l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento di attività ad alto rischio di corruzione⁷¹.

Oltre a queste competenze, occorre ricordare quelle inerenti alla trasparenza disciplinate nel d.lgs. n. 33 del 2013, in particolare: provvede alla predisposizione e all'aggiornamento del Piano Triennale per la trasparenza e l'integrità; controlla e assicura la regolare attuazione dell'istituto dell'accesso civico; segnala all'Organo di indirizzo politico, all'Organismo indipendente di valutazione delle performance (OIV), all'ANAC e, nei casi più gravi, all'Ufficio procedimenti disciplinari i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione⁷².

A fronte dei compiti attribuiti, la legge n. 190/2012 prevede consistenti responsabilità per il caso di inadempimento. In particolare, all'art. 1, comma 8 stabilisce che *“la mancata predisposizione del piano e la mancata adozione delle misure per la selezione e la formazione dei dipendenti, costituiscono elementi per la valutazione della responsabilità dirigenziale”*; al comma 12 prevede che *“in caso*

⁷¹ F. Di Cristina, *I piani per la prevenzione della corruzione (art. 1, commi 5-14)*, cit., p. 105.

⁷² Programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014/2016, pag. 16, in www.interno.gov.it.

di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile della prevenzione, risponda sia con una responsabilità manageriale pubblica, sia sul piano disciplinare, sia per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi: di aver predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo; di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano". Non basta, dunque, che sia predisposto un documento formale, ma occorre che tale documento sia predisposto in modo efficace, così da poter prevenire eventi corruttivi. Al comma 14, infine, prevede altre due ipotesi di responsabilità: una forma di responsabilità dirigenziale, che si configura nel caso di *"ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano"*; una forma di responsabilità disciplinare *"per omesso controllo"*. Come si può aver modo di notare, dunque, la legge n. 190/2012 configura una triplice responsabilità: dirigenziale, disciplinare e amministrativo-contabile⁷³.

⁷³ D. Bolognino, *Per una risposta corale dell'amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della prevenzione (L. N. 190/2012)*, cit., pag. 811.

Il ruolo del responsabile della prevenzione della corruzione è, dunque, fondamentale nel creare una rete di protezione, preventiva, dell'immagine e della funzionalità della Pubblica Amministrazione. Per riprendere le parole di Ángel Gurría, segretario generale dell'OCSE *“Il futuro dell'Italia dipende dalle azioni che il Paese intraprende ora. Un'attuazione incisiva della Legge e un impegno continuativo per inculcare una rinnovata cultura dell'integrità sia nel settore pubblico, sia a livello nazionale che subnazionale, saranno fondamentali per ripristinare la fiducia nella pubblica amministrazione e consolidare la fattibilità e la sostenibilità degli sforzi di ripresa economica”*.

CAPITOLO SECONDO

La normativa anticorruzione applicata alle società partecipate

SOMMARIO: 1. Le società a partecipazione dello Stato e degli enti locali. – 2. Normativa anticorruzione a società a partecipazione statale: la Convenzione MEF-ANAC. – 3. Estensione della disciplina alle società partecipate locali. – 3.1 Le linee guida Anac e i contenuti tipici del “Piano di prevenzione della corruzione di un ente societario”

1. Le società a partecipazione dello Stato e degli enti locali

L’esercizio di attività d’impresa da parte delle pubbliche amministrazioni nella forma delle società per azioni non è un fenomeno recente, diverse sono state le cause che hanno dato origine al fenomeno. Merita fare un breve *excursus* storico che possa spiegare in modo esaustivo l’evoluzione storico-giuridica e le ragioni del fenomeno, differenziando tra società partecipate a livello statale e a livello locale.

Partendo dalle prime, storicamente il fenomeno delle società pubbliche statali è correlato a tre cause principali: l'affermarsi dello Stato imprenditore soprattutto a partire dagli anni Trenta del secolo scorso; la privatizzazione formale di enti pubblici negli anni Novanta del secolo scorso; la esternalizzazione di attività svolte da apparati amministrativi¹.

Quanto alla prima causa, lo Stato imprenditore si diffuse nel nostro Paese dagli anni '20 fino alla metà del secolo scorso. In realtà lo Stato come attore economico ha caratterizzato anche epoche precedenti², ma rispetto al passato, nell'epoca in questione da un lato si estesero gli ambiti di attività, che dai servizi pubblici e il settore del credito si diramarono nei settori più disparati del mercato; dall'altro, si affermò una nuova entità organizzativa di esercizio dell'attività economica pubblica: la società a partecipazione pubblica statale in cui lo Stato assunse la veste di azionista in società di diritto comune, con altri azionisti.

La vicenda più significativa di questa epoca fu l'istituzione nel 1933 dell'IRI (Istituto per la ricostruzione industriale), come

¹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 345.

² La prima impresa pubblica, la Cassa Depositi e prestiti, nacque nel 1863 come grande banca del Ministero delle finanze in un'epoca ispirata a principi liberisti e caratterizzata dall'assenza di un governo dell'economia controllato dallo Stato.

conseguenza della grave crisi economica del 1929 che stava minando il sistema economico italiano e piegando le banche che si trovarono eccessivamente esposte in prestiti a lungo termine ad industrie in difficoltà. Per risolvere la crisi, l'IRI divenne coattivamente proprietario delle banche e delle imprese da queste controllate, trasformandosi in una *holding* di controllo del sistema bancario e industriale italiano.

Nei primi anni '50 venne costituito l' ENI (Ente Nazionale Idrocarburi), un ente pubblico che aveva il compito di provvedere alla ricerca, coltivazione, trasformazione e distribuzione del petrolio e dei gas naturali e loro derivati. Ad esso vennero affidate le partecipazioni azionarie, già dello Stato, nell'AGIP.

Nella stessa epoca, poi, venne costituito l'ENEL (Ente nazionale per l'energia elettrica), un ente pubblico cui spettava la gestione, in riserva esclusiva, dell'energia elettrica.

Il sistema raggiunse un elemento di razionalità con l'istituzione del Ministero delle Partecipazioni Statali, al quale furono devoluti tutti i compiti e le attribuzioni prima spettanti in questo campo agli organi dell'esecutivo. Le imprese pubbliche vennero così inserite in un sistema delle partecipazioni statali a forma piramidale, in cui al vertice stavano due Comitati interministeriali (il Comitato interministeriale

per la programmazione economica ed il Comitato interministeriale per la politica industriale), e il Ministero delle partecipazioni statali con funzioni di vigilanza e poteri di direttiva. Questi, in quanto titolari di pacchetti azionari delle società a partecipazione pubblica, esercitavano l'influenza attraverso il diritto di voto nelle assemblee e la nomina degli amministratori³.

Il sistema delle partecipazioni statali, perché diventato troppo oneroso per le finanze pubbliche, venne smantellato verso la fine degli anni '80 del secolo scorso in seguito a un'applicazione più rigorosa delle regole europee in materia di aiuti di Stato che impedivano il rifinanziamento di imprese strutturalmente in perdita⁴.

La seconda causa si manifestò in connessione ai processi di liberalizzazione dei mercati negli anni '90 in seguito al recepimento di direttive europee. Gli enti pubblici che operavano in regime di monopolio legale, vennero trasformati in società per azioni (*privatizzazione formale*) con l'attribuzione della titolarità delle azioni allo Stato. A tale fase fece seguito poi quella definita *privatizzazione sostanziale*, in forza della quale le quote detenute dallo Stato vengono via via cedute, in tutto o in parte, ai soggetti privati, così da

³ G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, pp. 3-5.

⁴ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 346.

riequilibrare le finanze statali. Tale processo di privatizzazione sostanziale si inserisce in un più vasto quadro di ritiro del potere pubblico dall'economia, basti pensare alle privatizzazioni immobiliari, mediante le quali si cerca di aumentare le entrate dello Stato, alienando il patrimonio immobiliare da esso detenuto e dagli altri enti pubblici nazionali, in modo particolare quelli previdenziali (INPDAP, INAIL, INPS). A tal riguardo con la legge 410/2001 si è costituita la S.r.l. Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici (SCIP), a cui sono stati ceduti immobili del patrimonio indisponibile sul valore dei quali la medesima società ha emesso obbligazioni, collocate sul mercato, col cui ricavato ha remunerato subito il cedente, senza attendere la lunga alienazione effettiva dei beni tramite cessione.

Tale metodo di vendita però, era destinato ad esaurirsi presto, infatti con il DL 207/2008, la SCIP è stata posta in liquidazione e la proprietà degli immobili venne ritrasferita ai soggetti pubblici che ne erano in origine proprietari⁵.

In altre parole, è accaduto che alla descritta privatizzazione formale non sempre è seguita quella sostanziale, attraverso la cessione a privati dell'intero capitale azionario detenuto dallo Stato.

⁵ M. Giusti, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, 2013, pp. 248-250.

La terza ed ultima causa della diffusione delle società a partecipazione pubblica è più recente e si collega ai processi di razionalizzazione degli apparati pubblici. In molti casi, per ragioni di efficienza operativa, diverse pubbliche amministrazioni hanno ritenuto preferibile esternalizzare alcune attività strumentali all'esercizio delle funzioni amministrative in senso proprio. Le hanno, cioè, affidate a società strumentali (da esse costituite e partecipate) che svolgono la propria attività in prevalenza per conto delle amministrazioni e degli enti pubblici di riferimento. Sono, dunque, queste a tradurre gli indirizzi ricevuti in concrete scelte di attività di mercato; viene così in luce "l'interesse pubblico" da relazionare con lo scopo di lucro proprio della società per azioni operativa.

È da sottolineare, infine, che nell'attuale orizzonte delle partecipazioni statali un ruolo centrale viene assunto dal Ministero dell'economia e delle finanze, a cui sono conferite quasi tutte le partecipazioni azionarie dello Stato e pure in base alle partecipazioni a lui non conferite opera come "co-gestore" degli indirizzi sulla relativa azione⁶. Tale partecipazione può essere: di maggioranza o di minoranza, a seconda che superi o meno il 50%; diretta o indiretta, a

⁶ M. G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, Jovene editore, 2012, p. 172.

seconda che il capitale sociale sia posseduto direttamente o attraverso un'altra società partecipata.

Ad ogni modo le attuali discipline sulla partecipazione azionaria dello Stato limitano l'assunzione della qualità di azionista al "rilevante interesse nazionale" presentato dalle imprese partecipate e al loro "equilibrio finanziario" patrimoniale ed economico, sommato a "serie prospettive di redditività". L'obiettivo, a ben vedere, è di evitare che si riproponga uno "Stato-erogatore" dietro la figura dell'azionista, dovendo il socio pubblico operare nel rispetto delle regole della concorrenza e del mercato, comportandosi come un "comune imprenditore"⁷.

Questo è solo il primo dei quattro interessi generali assunti dall'ordinamento e tutelati nei confronti delle società pubbliche. Gli altri tre possono essere sintetizzati in tal senso: l'interesse alla gestione imparziale e parsimoniosa delle risorse pubbliche ed al contenimento degli oneri gravanti sulla spesa pubblica; l'interesse all'efficienza del servizio pubblico; ed infine, l'interesse pubblico alla

⁷ M. G. Della scala, *Le società a partecipazione statale: "società-imprese" ed enti pubblici in forma societaria. Profili di disciplina applicabile*. In www.ius-publicum.com, 2014, pp. 10-11.

liberalizzazione dei rapporti economici, che però si è manifestato soprattutto nelle forme di un *favor* per la privatizzazione⁸.

Passando ora alle *partecipazioni locali*, si può affermare che la sorte della società a partecipazione pubblica in ambito locale è stata caratterizzata dalle tante contraddizioni del legislatore italiano sulla disciplina dei servizi pubblici locali. Il modello di impresa pubblica originario era quello dell'azienda municipalizzata, che risale a più di un secolo fa. Con la legge n. 142/1990 sulle autonomie locali, vennero introdotte molte novità, tra cui: la trasformazione della vecchia azienda municipalizzata in "azienda speciale" (una sorta di ente strumentale municipale, dotato di personalità giuridica) e la previsione della S.p.a. quale ulteriore modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

Successivamente, l'assetto normativo dei servizi pubblici locali è confluito nel Testo Unico degli Enti Locali (TUEL). In particolare, la legge n. 448/2001 (legge finanziaria del 2002) all'art. 35 conteneva un principio fondamentale: la separazione tra le funzioni di indirizzo e di programmazione, spettanti agli enti locali e le funzioni di gestione che possono essere affidate agli operatori del mercato. La titolarità del

⁸ F. Cintoli, *Disciplina pubblicistica e Corporate Governance delle società partecipate da Enti Pubblici*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli editore, 2010, pp.147-148.

servizio è trasferita a società di capitali, individuate attraverso l'espletamento di gare, privilegiando così la privatizzazione delle aziende pubbliche di erogazione di servizi pubblici locali, con una riduzione della eccessiva discrezionalità politica nella gestione di tali imprese.

Per quanto riguarda le reti, gli impianti e le infrastrutture necessarie per l'erogazione del servizio la legge prevedeva il mantenimento della proprietà pubblica, lasciando agli enti locali la facoltà di scegliere la gestione diretta di tale proprietà oppure quella mediante una società (a maggioranza pubblica) detenuta dagli stessi. Gli enti, dunque, possono scegliere le forme di gestione tra l'affidamento diretto ad una società pubblica appositamente costituita oppure l'individuazione di una impresa privata mediante gara.

Tale disciplina venne modificata dall'art. 14 del DL 269/2003, che introduceva nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali e dall'art.4, comma 234 della legge n. 350/2003 (legge finanziaria per il 2004) che prevedeva nuove modalità di affidamento dei lavori connessi alla gestione delle reti e degli impianti necessari per l'erogazione del servizio. Tali norme, inoltre, sostituivano alla precedente distinzione tra servizi pubblici locali a rilevanza industriale e quelli privi di tale rilevanza, la nuova dizione di servizi a rilevanza

economica e privi di rilevanza economica. Tali servizi non possono essere definiti a priori, ma dovranno essere individuati a seconda del contesto di riferimento, applicando i criteri di derivazione comunitaria⁹.

Una normativa che ha inteso delineare una nuova disciplina organica del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è stato l'art. 23-bis del D.L. 112/2008, il quale mirava a garantire, anzitutto, l'applicazione della normativa comunitaria e a favorire il rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi da parte di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, e poi il diritto di tutti gli utenti all'universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali, nonché al livello essenziale delle prestazioni. La disposizione rispondeva all'esigenza di sancire il principio dell'evidenza pubblica nell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per ricondurre gli stessi al mercato limitando i casi di affidamento diretto senza gara. A ben vedere, la norma prevedeva tre modalità procedurali: le prime due, definite «ordinarie», effettivamente, postulavano il ricorso a procedure di evidenza pubblica; la terza modalità, in deroga a quelle ordinarie,

⁹ Di cui agli articoli 16 e 86 del Trattato Comunitario.

prevedeva invece la possibilità di un conferimento diretto, secondo il modello dell'affidamento "*in house*", ma solo in presenza di situazioni tali da non permettere un efficace ed utile ricorso al mercato¹⁰ e solo in favore di società totalmente partecipate dall'ente pubblico concedente, caratterizzate dalla prevalenza dell'attività svolta a favore di quest'ultimo, e nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società affidataria. Si prevedeva, altresì, che in tali casi l'ente affidante fosse tenuto a dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola e verificandola, e, in caso di affidamenti di valore economico superiore a determinate soglie, dovesse trasmettere una relazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'espressione di un parere preventivo.

Tale disciplina fu oggetto di consultazione referendaria il 12 e 13 giugno del 2011, dichiarata ammissibile con la sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2011, il cui esito portò alla abrogazione totale dell'art. 23 bis D.L. 112/2008. Quel che ne conseguì fu l'applicazione diretta dei principi europei disciplinanti la materia dei servizi, costituita principalmente dall'art. 106 c. 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.) escludendo che si

¹⁰ A causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento.

potesse verificare una situazione di vuoto normativo. Tale articolo stabilisce che *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”*. Come si può ben notare, l'ordinamento europeo, consapevole delle peculiarità insite nella gestione di servizi di interesse generale e della necessità che questi vengano trattati in modo differenziato, consente agli Stati di valutare la possibilità di derogare alle regole concorrenziali, ma solo qualora dall'applicazione di queste ultime derivi una compromissione della missione di interesse generale dell'impresa, imponendo, pertanto, un indispensabile contemperamento tra i diversi interessi. Quel che ne consegue è che i servizi pubblici dotati di rilevanza economica possono essere affidati a soggetti, in qualsiasi forma costituiti, selezionati con gara; a società miste (con individuazione del socio privato con gara a doppio oggetto e senza altri obblighi circa la partecipazione minima al capitale da parte dei privati) e a società *“in*

house providing” sempre che vengano rispettate le condizioni poste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

A pochi mesi dall'approvazione del referendum del giugno 2011, il Governo, ritenendo sussistente un vuoto normativo, è intervenuto stabilendo con il D.L. 138/2011 una nuova disciplina dei servizi pubblici locali dotati di rilevanza economica. Tale disciplina poneva agli enti locali l'obiettivo, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi e altresì del principio di buona amministrazione, di liberalizzare tutte le attività economiche avendo riferimento alle caratteristiche anche di matrice europea di universalità e accessibilità del servizio. Rispetto all'art. 23 bis, dunque, si puntava decisamente verso la liberalizzazione dei servizi, ritenendo la privatizzazione (mediante cessione di quote azionarie a privati) non più sufficiente. Infatti, l'art. 4 del D.L. 138/2011 stabiliva il principio della gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Nell'osservanza dei principi di universalità e accessibilità del servizio, tutte le attività andavano messe sul mercato, limitando così i diritti di esclusiva alle sole ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non era idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Veniva poi dichiarato ammissibile anche

l'affidamento a società “*in house providing*” a condizione che tale società, rigorosamente a totale capitale pubblico, svolgesse la parte prevalente della sua attività con l'ente che la costituiva e che quest'ultimo mantenesse sulla società il controllo analogo. Infine si riaffermava la possibilità di affidare il servizio ad una società mista, nella quale il socio privato veniva scelto previo esperimento di gara a doppio oggetto riguardante la qualità di socio (al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40%) e l'attribuzione di compiti ben specificati strettamente connessi alla gestione del servizio¹¹. Tuttavia, tale disciplina fu dichiarata incostituzionale dalla Corte, in quanto le disposizioni contenute nell'art. 4 del D.L. n. 138/2011 violavano il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, desumibile dall'art. 75 della Costituzione. Tale vincolo è giustificato dalla necessità di impedire che l'esito della consultazione popolare venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto. La Corte aveva rilevato, infatti, che la normativa in esame costituiva un

¹¹ V. Parisio, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro Amm. TAR*, fasc. 1, 2013, p. 385.

ripristino della normativa abrogata considerando che essa introduceva una nuova disciplina della materia, “*senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti*”.

In anni più recenti si sono avuti ulteriori interventi legislativi, a modifica della disciplina dei servizi pubblici locali, che hanno ristretto di molto la facoltà degli enti locali di produrre in proprio tali servizi. In particolare il D.L. 1/2012 (decreto Cresci Italia), aveva cercato di orientare il settore a gestioni imprenditoriali, introducendo una concorrenza “nel mercato”, così da aprirlo a tutti gli imprenditori capaci, senza prevedere più diritti di esclusiva a favore dei vincitori della gara che operavano in monopolio per tutto il periodo dell'affidamento.

Gli enti avevano potuto decidere se espletare una gara per scegliere il gestore del servizio o produrre il servizio in proprio attraverso le società *in house*. Nel primo caso, il terzo gestore era un soggetto privato, quale ad esempio una società di capitali a totale partecipazione privatistica, o una società a capitale misto pubblico-privato. Per queste ultime società l'affidamento doveva avvenire tramite espletamento di una gara e il socio privato doveva essere

scelto con procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto della normativa sulla concorrenza.

L'affidamento *in house* poteva avvenire, invece, solo a favore di società a capitale interamente pubblico, su cui l'ente proprietario doveva esercitare un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi. Tale società, inoltre, poteva beneficiare dell'affidamento diretto del servizio, senza sottoporsi a gara¹².

Guardando “ai giorni nostri”, in un periodo storico in cui l'Italia è piegata dalla crisi economica che dilaga, dall'analisi dei dati è emerso come proprio le società partecipate rappresentino una sorte di “buco nero nascosto” in cui il denaro pubblico entra senza che si capisca dove vada a finire: è il fenomeno che il commissario della Spending Review, Carlo Cottarelli definì come quello delle “scatole cinesi”, società che esistono, fatturano, spendono soldi, ma non si riesce a farle risalire a un ente pubblico.

A tal riguardo, di rilievo ed attualità è da menzionare la legge n. 124/2015. Il testo, contenente tutta una serie di deleghe legislative che investono ambiti differenti, all'art. 18, rubricato “Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche”, si pone l'obiettivo quello di garantire una drastica

¹² M. Giusti, cit., pp. 275-280.

riduzione del loro numero, una semplificazione normativa, cui si aggiunge quella di tutelare e stimolare la concorrenza. Nell'esercizio della delega, si prevede, in particolare di: differenziare le tipologie societarie in base alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla qualità della partecipazione ecc..; ridefinire le regole per la costituzione di società o per l'assunzione o per il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche; creare un preciso regime che regoli la responsabilità degli amministratori e del personale delle società; individuare i criteri di nomina degli organi di controllo societario, al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari; rafforzare di criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e per le politiche retributive, al fine di contenerne i costi; promuovere la trasparenza, la pubblicità e l'efficienza tramite la completezza e intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e degli indicatori di efficienza; creare dei piani di rientro con eventuale commissariamento per le società in perdita.

Uno specifico criterio di delega è dettato con riferimento alle sole società partecipate dagli enti locali, ed è articolato in tutta una serie di principi attinenti all'adeguatezza della forma societaria da adottare qualora si tratti di società che gestiscono servizi strumentali e funzioni

amministrative; ai criteri e strumenti di gestione volti in modo particolare ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, qualora siano società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale; alla razionalizzazione delle partecipazioni societarie al fine di una maggiore trasparenza; alla promozione della trasparenza e confrontabilità dei dati economico-patrimoniali e degli indicatori di efficienza; agli strumenti di tutela occupazionale nei processi di ristrutturazione societaria; all'introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione; e per finire, alla trasparenza e rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, tramite flussi informativi che siano in grado di consentire l'analisi dei dati economici del servizio e gli standard di qualità per ciascuna attività svolta dalle società medesime.

Concludendo la trattazione di questo fenomeno, occorre evidenziare un ulteriore aspetto sorprendente riferibile alla circostanza in cui queste società, talvolta, costituiscano la culla della *mala gestio* della *Res publica*; un modo, a detta di molti dibattiti, per elargire favori e per “dare la poltrona ai politici che non riescono a trovare spazio nelle altre sedi istituzionali”.

2. Normativa anticorruzione a società a partecipazione statale: la Convenzione MEF-ANAC

Al fine di promuovere una corretta ed opportuna attività di prevenzione e contrasto della corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione, è stata estesa l'applicazione della normativa di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 alle partecipazioni statali ed in seguito anche a quelle locali¹³.

In particolare l'applicabilità delle misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza a tali società partecipate o controllate dallo Stato e dagli enti locali, insieme alla disorganicità delle disposizioni della legge n. 190/2012 e dei decreti delegati, hanno indotto l'ANAC e il Ministero dell'Economia e delle Finanze ad elaborare delle indicazioni condivise sulla applicazione della normativa anticorruzione e della disciplina in materia di trasparenza.

Con l'intesa del 29 dicembre 2014, all'esito di un Tavolo congiunto ANAC – MEF del 23 dicembre 2014, è stato elaborato un

¹³ Di rilevante importanza a riguardo è l'art. 1 commi 60 e 61 della legge 190/2012, secondo cui in sede di intesa in Conferenza unificata Stato, Regioni e autonomie locali sono definiti gli adempimenti per la sollecita attuazione della legge n. 190/2012 “negli enti pubblici e nei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo”. Per una trattazione più esaustiva si rimanda al paragrafo 3 della presente tesi.

documento¹⁴ nel quale, da un lato, vengono chiariti tutti i dubbi circa la applicazione della disciplina in materia di prevenzione della corruzione nei confronti delle società partecipate e, dall'altro, mentre l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) adotta un atto di indirizzo destinato all'intero comparto delle società partecipate dalle Pubbliche Amministrazioni, il Ministro dell'Economia e delle Finanze (MEF) con una direttiva¹⁵ e in veste di azionista, si fa promotore di una serie di modifiche statutarie di contrasto alla corruzione coerenti con le direttrici dell'Autorità¹⁶.

Il documento condiviso da MEF-ANAC al fine di delimitare l'ambito di applicazione della normativa anticorruzione, distingue tra le società direttamente o indirettamente controllate, individuate ai sensi dell'art. 2359, comma 1, numeri 1 e 2 del codice civile¹⁷ (dalle quali esclude quelle di cui al n. 3, perché aventi riguardo ai rapporti

¹⁴ *“Documento condiviso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione per il rafforzamento dei meccanismi di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società partecipate e/o controllate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze”*. In www.anticorruzione.it.

¹⁵ *“Indirizzi per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società controllate o partecipate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze”*. In www.mef.gov.it.

¹⁶ Lo stesso Raffaele Cantone, Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, in una conferenza stampa dichiara: *“Nessuno pensa che queste linee guida abbiano funzione salvifica o possano servire a sconfiggere la corruzione. Ma possono provare a introdurre anticorpi sani”*.

¹⁷ Al numero 1, l'articolo 2359, comma 1, prevede espressamente: *“le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria”*. Al numero 2, invece, prevede: *“le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare in influenza dominante nell'assemblea ordinaria”*.

intersocietari e non a quelli tra pubbliche amministrazioni e società) e quelle solo partecipate, in cui la partecipazione pubblica non può determinare una situazione di controllo. Tale distinzione soggettiva è fondamentale, in quanto differenzia l'applicazione della normativa anticorruzione in base al diverso "grado di coinvolgimento" del Ministero.

Dal documento emerge inoltre l'opportunità che entrambi i tipi di società adottino il modello previsto dal d.lgs. n. 231/2001 sia per espressa previsione dell'art. 1 di tale decreto, sia per l'orientamento seguito dalla Suprema Corte di Cassazione. Tuttavia, viene sottolineato che l'adozione del modello previsto dal d.lgs. n. 231/2001 non è sufficiente per le società controllate, disponendo a riguardo che *"l'interesse alla prevenzione della corruzione e dell'illegalità va perseguito all'interno di tutte le società controllate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze in ragione del penetrante controllo esercitato dal Ministero che le espone ai medesimi rischi che il legislatore ha inteso prevenire con la normativa anticorruzione in relazione alle pubbliche amministrazioni"*. Tutto ciò è confermato poi anche al comma 39 dell'art.1 della legge anticorruzione, in cui si prevede che le società partecipate dallo Stato e dagli altri enti pubblici rientrino tra i soggetti tenuti a comunicare al Dipartimento della

funzione pubblica tutti i dati utili a rilevare le posizioni dirigenziali individuate senza procedure pubbliche di selezione, ma in modo discrezionale dall'organo di indirizzo politico.

Ne consegue che le misure della legge n. 190/2012, "Piano di prevenzione della corruzione" compreso, devono applicarsi alle società controllate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze o da altre pubbliche amministrazioni anche quando hanno già adottato il modello previsto dal d.lgs. n. 231/2001, nonostante l'ambito di applicazione delle due misure sia differente. Infatti, le norme contenute nel d.lgs. n. 231/2001 si applicano in caso di reati commessi nell'interesse e a vantaggio della società; la legge n. 190/2012 invece, si applica per prevenire condotte che potrebbero procurare vantaggi non dovuti al privato corruttore in danno dell'ente.

Per le società partecipate invece il discorso è differente: dalla Convenzione MEF-ANAC emerge che basta l'adozione del modello previsto dal d.lgs. n. 231/2001, a patto che sia integrato, limitatamente alle attività di pubblico interesse eventualmente svolte, con l'adozione di misure in grado di prevenire ulteriori condotte criminose che possano arrecare danno alla pubblica amministrazione e nel rispetto dei principi contemplati dalla normativa anticorruzione. Per la predisposizione del "Piano di prevenzione della corruzione", non è

obbligata, ma resta soggetta al regime di responsabilità previsto dal d.lgs. n. 231/2001.

Per quanto riguarda l'individuazione del Responsabile della prevenzione della corruzione, la Convenzione MEF- ANAC sottolinea che è l'organo di governo della società (consiglio di amministrazione ad esempio) a provvedere alla nomina del responsabile e per assicurare che il sistema di prevenzione non sia solo un "adempimento formale" e che sia dettagliato come un modello organizzativo vero e proprio, deve essere scelto tra i dirigenti della società, tenendo conto dell'esistenza di situazioni di conflitto d'interesse e facendo ricadere la scelta su un dirigente che abbia dimostrato nel tempo un comportamento integerrimo. Con lo stesso provvedimento di nomina, inoltre, deve garantire al responsabile l'attribuzione di idonei strumenti che gli permettano di svolgere il suo ruolo, ossia la predisposizione e la proposizione del "Piano di prevenzione della corruzione" della società, in piena autonomia e con poteri di vigilanza sull'attuazione effettiva delle misure e di proposizione delle integrazioni e modifiche più opportune.

Qualora la società sia priva di dirigenti, il responsabile potrà essere individuato in un funzionario che sia in grado di garantire le idonee competenze. In tal caso sulla sua attività il Consiglio di

amministrazione o, in sua mancanza l'amministratore, eserciteranno una funzione di vigilanza periodica e pressante.

Va sottolineato inoltre che le funzioni del responsabile della prevenzione della corruzione dovranno essere svolte in coordinamento costante con quelle dell'Organismo di vigilanza nominato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. Dall'esecuzione dell'incarico non può derivare l'attribuzione di un compenso aggiuntivo, a meno che non si tratti di precisi obiettivi predeterminati in sede di previsioni del piano anticorruzione.

In connessione a quanto previsto dall'art.1, commi 12 e 14 della legge 190/2012, il provvedimento di conferimento dell'incarico di responsabile della prevenzione della corruzione deve indicare anche le conseguenze derivanti dall'inadempimento agli obblighi, specificando in modo particolare quelle connesse all'omessa vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del piano.

Con riferimento al regime della trasparenza, un'analogha distinzione tra società partecipate e società controllate deve essere effettuata al fine di cercare di delimitare l'ambito degli obblighi di trasparenza loro imposti dal D.lgs. n. 33/2013.

In particolare l'art. 11, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013 dispone che la stessa disciplina sulla trasparenza applicabile alle pubbliche

amministrazioni sia applicata anche agli enti di diritto privato in controllo pubblico *“limitatamente alle attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell’Unione Europea”*. A tal riguardo, sono attività di pubblico interesse quelle definite come tali da una legge o dagli atti costitutivi e statuti degli enti e delle società; le attività di esercizio di funzioni amministrative, di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, di gestione dei servizi pubblici. Sarà, perciò, onere delle singole società indicare, all’interno del piano della trasparenza, quali attività non sono di pubblico interesse.

Per quanto concerne invece le società partecipate, trovano applicazione le regole sulla trasparenza enunciate nei commi da 15 a 33 dell’art. 1, legge n. 190/2012, e sempre limitatamente alle *“attività di pubblico interesse”*. Tali società, dunque, non sono sottoposte agli obblighi di pubblicità circa la propria organizzazione, ma solo tenute ad applicare le regole contenute nella legge anticorruzione e nei limiti della attività ritenuta di pubblico interesse.

Nella direttiva del MEF, *“Indirizzi per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società controllate o partecipate dal Ministero dell’Economia e delle Finanze”*, viene specificato che per le società controllate

direttamente e indirettamente dal MEF, la trasparenza deve essere assicurata sia per le attività di pubblico interesse sia per l'organizzazione. Per queste ultime, gli obblighi della trasparenza sono applicabili con tutta una serie di adattamenti: per quanto attiene la pubblicità sugli incarichi dirigenziali e sui loro compensi, devono essere indicati i dati che diano conto della spesa complessiva sostenuta, con l'indicazione dei livelli più alti e più bassi dei compensi erogati. Sono poi previste modalità "aggregata" per i compensi dei consulenti e dei collaboratori, al fine di non pregiudicare le strategie aziendali, solo quando tali consulenze o collaborazioni siano legate ad attività commerciale e in regime concorrenziale. Per gli obblighi relativi al personale, vanno pubblicati i dati complessivi sul personale in servizio a tempo indeterminato e determinato unitamente al relativo costo annuale e ai tassi di assenza. Per quanto riguarda gli obblighi relativi alla contrattazione collettiva, vengono pubblicati i contratti nazionali di categoria applicati alla società.

Per le società partecipate, infine, la direttiva evidenzia come il Ministero si fa promotore della previsione di una funzione di controllo e monitoraggio degli obblighi di pubblicazione, anche al fine di attestarne il reale assolvimento, specificando che tale funzione dovrebbe essere affidata all'Organismo di vigilanza.

In materia di prevenzione della corruzione, trasparenza e pubblicità, non si può non trattare l'art. 7 della legge 124/2015, il cui obiettivo è di puntare sugli *open data* e sulla massima trasparenza come migliore politica a costo zero contro la corruzione. La norma, infatti, contiene una delega avente come oggetto specifico l'introduzione di disposizioni integrative e correttive del D.lgs. n. 33/2013, emanato in attuazione della legge n. 190/2012. Nell'esercizio di tale delega si prevede, tra i numerosi criteri, anche quello di pubblicare sul sito istituzionale dell'ente di appartenenza alcune informazioni concernenti i contenuti e il procedimento di adozione del Piano Nazionale Anticorruzione, i piani di prevenzione della corruzione e la relazione annuale del Responsabile della prevenzione della corruzione. Per una maggiore efficacia dei controlli in fase di attuazione, prevede, inoltre anche la differenziazione per settori e dimensioni, il coordinamento con gli strumenti di misurazione e valutazione delle performance e l'individuazione dei principali rischi e dei relativi rimedi, con conseguente ridefinizione di ruoli, poteri e responsabilità dei soggetti interni che intervengono nei relativi processi. Ma, fermi restando gli ulteriori obblighi di pubblicazione¹⁸, in tale articolo è previsto l'importante riconoscimento della libertà di

¹⁸ Per una più esaustiva elencazione: art. 7 legge 124/2015

informazione attraverso il diritto di accesso di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti, ad eccezione di quelli coperti da segreto o divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento, e nel rispetto della tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

3. Estensione della disciplina alle società partecipate locali

La legge n. 190 del 2012 e i relativi decreti attuativi contengono numerose disposizioni in cui si estendono le misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza agli enti di diritto privato partecipati da pubbliche amministrazioni o in controllo pubblico e agli enti pubblici economici.

Particolarmente importante a riguardo sono i commi 60 e 61 dell'art. 1 della legge n. 190/2012 secondo i quali, in sede di intesa in Conferenza unificata Stato, Regioni e autonomie locali, vengono definiti gli adempimenti per una piena e sollecita attuazione della legge 190/2012 e dei decreti delegati nelle regioni, nelle province autonome, negli enti locali e negli enti pubblici e soggetti di diritto

privato sottoposti al loro controllo. Il documento che sancisce l'intesa¹⁹ contiene tutta una serie di disposizioni, in particolare il primo punto riguarda il “*Responsabile della prevenzione*”: le società procedono, qualora non l'abbiano già fatto, a nominare il RPC affinché predisponga entro il 15 dicembre 2015 una relazione recante i risultati dell'attività di prevenzione svolta. Mentre le società a partecipazione pubblica non di controllo non sono tenute a nominare il RPC, potendo individuare tale figura nell'ambito della propria organizzazione, le società controllate dalle pubbliche amministrazioni, invece, sono tenute a nominare il RPC, proprio come espressamente previsto all'art.1, comma 7, della legge n. 190/2012 e per rendere obbligatoria tale nomina, le società adottano, anche attraverso modifiche statutarie, i necessari adeguamenti contenenti una chiara indicazione circa il soggetto che dovrà svolgere le funzioni richieste.

Il Responsabile è nominato dall'organo di indirizzo della società e tutti i dati relativi devono essere trasmessi all'ANAC. Il soggetto nominato, in genere, è un dirigente in servizio presso la società, a cui vengono attribuite funzioni e poteri idonei per svolgere il suo incarico in piena autonomia ed effettività e che nel tempo ha dimostrato un comportamento integerrimo. Nella scelta, la società deve valutare

¹⁹ In www.funzionepubblica.gov.it.

l'eventuale esistenza di situazioni di conflitto di interesse ed evitare che vengano designati dirigenti responsabili di quei settori individuati tra le aree a maggior rischio di corruzione. Qualora la società sia priva di dirigenti, o il numero di tali soggetti è alquanto limitato, può essere nominato quale RPC un funzionario che garantisca idonee competenze. In tal caso, il Consiglio di amministrazione o l'amministratore esercitano una funzione di vigilanza periodica sulla sua attività. Nel caso in cui si tratti di società di ridotte dimensioni, facenti parte di un gruppo, e che svolgono attività strumentali, il RPC della capogruppo è responsabile per l'attuazione delle misure anche all'interno delle società di ridotte dimensioni, ma ciascuna di dette società dovrà nominare all'interno della propria organizzazione un referente del Responsabile della prevenzione della corruzione.

Nel provvedimento di conferimento dell'incarico, poi, sono individuate le conseguenze derivanti dall'inadempimento degli obblighi connessi, in particolare sono specificate le conseguenze derivanti dall'omessa vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza delle misure organizzative di prevenzione della corruzione e dall'omesso controllo in caso di ripetute violazioni delle misure previste, proprio come è disposto nell'art. 1, commi 12 e 14 della legge 190/2012.

Il secondo punto si riferisce alla “*Rotazione dei dirigenti e funzionari addetti alle aree a più elevato rischio di corruzione*”: a ben vedere, uno dei principali fattori di rischio della corruzione, è la circostanza che un medesimo soggetto possa sfruttare un potere nella gestione di processi caratterizzati da discrezionalità per ottenere vantaggi illeciti. Per ridurre tale rischio, e basandosi sulla legge n. 190/2012 che attribuisce un’efficacia preventiva alla rotazione, si tenta di far sì che tale “misura anticorruptiva” possa applicarsi in modo obbligatorio anche all’interno delle società, avendo riguardo alle esigenze organizzative d’impresa. Misura non facilmente applicabile ai dirigenti e funzionari delle società, dotati di competenze professionali specialistiche, in quanto predisposti ad uffici cui sono affidate attività ad elevato contenuto tecnico. Cosicché per metter in atto comunque tale misura, è consentita l’applicazione di misure alternative alla rotazione degli incarichi, quale la segregazione dei compiti attribuiti a diversi soggetti, dove ciò sia necessario, per non compromettere lo svolgimento di attività ad elevato contenuto tecnico che richiedono competenze e professionalità specifiche.

Il terzo punto riguarda il “*Codice di comportamento*”: le società integrano il codice di comportamento approvato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 oppure, qualora ne risultassero sprovviste, ne adottano uno

focalizzando l'attenzione ai comportamenti rilevanti ai fini della prevenzione dei reati di corruzione. Proprio come i codici adottati nelle pubbliche amministrazioni, anche quelli integrati o adottati *ex novo* dalle società sono rilevanti ai fini della responsabilità disciplinare, ferma restando comunque la loro natura privatistica.

Il quarto punto disciplina gli “*Incarichi vietati ai dipendenti*”: nel rispetto dell'art. 53, comma 16-ter del D.lgs. n. 165/2001, le società vietano l'assunzione di dipendenti pubblici che, negli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri negoziali o anche autoritativi per conto delle amministrazioni pubbliche e nei confronti delle società stesse. In modo particolare, le società fanno sì che nelle modalità di selezione del personale venga inserita tale condizione ostativa, svolgendo un'attenta attività di vigilanza.

Il quinto punto fa riferimento alla “*Trasparenza*”: per attuare gli obblighi di pubblicazione del d.lgs. n. 33/2013 e della legge n. 190/2012, anche le società definiscono e adottano un “Programma triennale per la trasparenza e l'integrità” in cui vengono individuate le misure organizzative finalizzate ad assicurare la regolarità e tempestività delle informazioni da pubblicare. La legge 190/2012 circoscrive l'ambito di applicazione della norma alle attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale e dall'Unione

Europea. È necessario che l'individuazione delle attività di pubblico interesse venga fatta dalle singole società in collaborazione con le amministrazioni controllanti o vigilanti.

Considerate le particolarità organizzative, il tipo di attività che sono chiamate a svolgere e il regime privatistico cui sottostanno, la disciplina della trasparenza alle società è applicabile con alcuni necessari adattamenti. L'allegato 1 delle Linee guida Anac in materia di estensione della normativa anticorruzione e trasparenza alle società partecipate e/o controllate dalle pubbliche amministrazioni, indica i principali adattamenti relativi agli obblighi di trasparenza che tali società sono tenute ad osservare. Viene subordinato il grado di pubblicazione dei dati alla natura del soggetto che deve pubblicarli qualora esso sia una società controllata oppure partecipata e in base all'attività esercitata se la stessa abbia o meno interesse pubblico.

Nello specifico, per quel che riguarda la *pubblicità dei compensi per incarichi dirigenziali nelle società controllate* è posto un obbligo alle stesse di pubblicare i dati non in forma aggregata, ma per ogni singolo incarico dirigenziale, fatto salvo il caso in cui le società non distinguano, nella propria struttura, le unità organizzative che svolgono attività di pubblico interesse da quelle che svolgono attività commerciali in regime concorrenziale. Per queste ultime la pubblicità

può avvenire in forma aggregata con l'indicazione dei livelli più alti e più bassi dei compensi corrisposti.

Per lo stesso tipo di pubblicità, ma inerente alle *società partecipate*, invece, i compensi devono essere corrisposti in forma aggregata, a meno che la società non identifichi, nell'ambito della propria struttura, le organizzazioni che svolgono attività di pubblico interesse. In questo caso per i dirigenti preposti a tali attività deve essere indicato il compenso da ciascuno di essi percepito.

Per la *pubblicità dei compensi per gli incarichi di collaborazione e consulenza nelle società controllate*, è necessario che vengano indicati i compensi di ogni singolo consulente o collaboratore. Qualora le società distinguano, evidenziandolo sul sito istituzionale, le consulenze e le collaborazioni connesse ad attività di pubblico interesse e quelle correlate allo svolgimento di attività commerciali in regime concorrenziale, potranno pubblicare, limitatamente a queste ultime, i compensi in forma aggregata, dando conto della spesa complessiva sostenuta per ciascun anno e indicando i livelli più alti e più bassi dei compensi corrisposti. Tuttavia le società possono differire la pubblicazione dei compensi qualora sussistano esigenze di riservatezza legate alla natura concorrenziale delle attività svolte.

Per lo stesso tipo di pubblicità, applicato alle *società partecipate*, i compensi vengono indicati in forma aggregata dando conto della spesa complessiva sostenuta in ciascun anno, indicando i livelli più alti e più bassi dei compensi corrisposti, a meno che la società non identifichi e distingua le consulenze e le collaborazioni connesse ad attività di pubblico interesse. Occorre, in tal caso, indicare il compenso percepito da ciascun consulente o collaboratore.

Per quanto afferisce la *selezione del personale*, in entrambi i tipi di società devono essere pubblicati i regolamenti e gli atti che disciplinano la selezione del personale e tutti i documenti relativi all'avvio e all'esito di ogni singola procedura selettiva.

Gli obblighi relativi al *personale*, sono assolti con la pubblicazione dei dati complessivi sul personale in servizio a tempo determinato e indeterminato e con l'indicazione del costo annuale e dei tassi di assenza.

Quelli relativi ai dati sulla *contrattazione collettiva*, sono rispettati con la pubblicazione del contratto nazionale di categoria applicato alla società.

Infine, il *bilancio* deve essere pubblicato in forma consuntiva e annualmente. Tuttavia è reso in forma sintetica, aggregata e semplificata, anche mediante rappresentazioni grafiche.

L'ultimo punto fa riferimento alla *“Inconferibilità e incompatibilità (d.lgs. n. 39 del 2013)”*: i commi 49 e 50 della legge n. 190/2012 stabiliscono che *“gli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici sono esplicitamente indicati dal legislatore quali destinatari della disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi dirigenziali e di responsabilità amministrativa di vertice nelle amministrazioni pubbliche ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione nonché della prevenzione di conflitti di interesse”*. Le società assicurano, anzitutto, che siano inserite negli atti di attribuzione degli incarichi o negli interpelli le cause ostative o di incompatibilità; i soggetti interessati, poi, rendano la dichiarazione di insussistenza delle cause di inconferibilità o di incompatibilità all'atto del conferimento dell'incarico e durante il rapporto. Infine, che si effettui dal Responsabile della prevenzione della corruzione un'attività di vigilanza sulla base di una programmazione che sia in grado di definire le modalità e la frequenza delle verifiche.

Terminata la trattazione della Conferenza unificata richiamata dai commi 60 e 61 della legge anticorruzione, è necessario evidenziare la

presenza di altre disposizioni contenute nella suddetta legge che dimostrano la “volontà” di estensione della disciplina alle società degli enti locali, in modo particolare: l’art. 1, comma 17 stabilisce che *“anche le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, in quanto stazioni appaltanti, possono prevedere negli avvisi, nei bandi di gara che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisca causa di esclusione dalla gara”*; e l’art. 1, comma 20 invece stabilisce che *“le disposizioni relative al ricorso all’arbitrato in materia di contratti pubblici si applichino anche alle controversie in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell’art. 2359 del codice civile”*.

Dunque, a ben vedere da tali richiami normativi, la *ratio* sottesa alla legge n. 190/2012 e ai decreti di attuazione è quella di estendere le misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza e i vari strumenti di programmazione, ai soggetti che sono controllati dalle amministrazioni pubbliche, che svolgono funzioni pubbliche o di pubblico interesse e si avvalgono di risorse pubbliche.

Consapevole dell’importanza del fenomeno degli enti di diritto privato controllati o partecipati a livello regionale e locale, l’ANAC

ha posto in consultazione pubblica dal 25 marzo al 15 aprile 2015 le proprie Linee guida titolate: *“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”*²⁰.

3.1. Le linee guida Anac e i contenuti tipici del “Piano di prevenzione della corruzione di un ente societario”

Le *“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”* sono state definitivamente approvate dall’Autorità Nazionale Anticorruzione con la Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015.

Tali Linee guida apportano tutta una serie di modifiche alla disciplina prevista dal PNA, integrandone e sostituendone i contenuti in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza che devono essere adottate dagli enti pubblici economici, dagli enti di diritto

²⁰ In www.anticorruzione.it.

privato in controllo pubblico e dalle società a partecipazione pubblica. Considerate tali modifiche, le società e gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico, gli enti pubblici economici, procedono a nominare tempestivamente il Responsabile della prevenzione della corruzione affinché predisponga entro il 15 dicembre 2015 una relazione contenente i risultati dell'attività di prevenzione svolta. L'adeguamento alle Linee guida dovrà avvenire, come viene specificato nella sezione dedicata alla *disciplina transitoria*, entro il 31 gennaio 2016. Per le misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza da introdurre nelle società e negli altri enti di diritto privato partecipati, le amministrazioni partecipanti promuovono, non oltre il 31 dicembre 2015, la stipula dei protocolli di legalità, in cui è indicata la cadenza temporale delle misure da adottare negli enti.

Occorre evidenziare, inoltre, che l'ambito soggettivo di applicazione delle norme è particolarmente vasto; infatti, sulla base dei dati comunicati al MEF le amministrazioni centrali partecipano, direttamente o indirettamente, in 423 enti; mentre le amministrazioni locali detengono 35.311 partecipazioni su 7.726 enti.

Tali Linee guida si riferiscono a tre categorie di enti: le società (controllate e partecipate dalle pubbliche amministrazioni); gli "altri" enti di diritto privato; gli enti pubblici economici.

Partiamo dalle *società in controllo pubblico*: si è visto già in sede di trattazione della Convenzione MEF-ANAC, cui si rimanda, la definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa. In questa sede si specificherà soltanto che, per quanto riguarda le società controllate, qualora sussista un rapporto tra la pubblica amministrazione e le società rientranti tra quelle di cui al comma 3, art. 2359 c.c., l'amministrazione sarà tenuta a inserire nel proprio Piano triennale di prevenzione della corruzione misure di vigilanza e trasparenza in riferimento alle attività svolte dalla società visti i vincoli contrattuali che la legano all'amministrazione stessa.

Considerando, poi, il particolare rapporto di controllo che le amministrazioni hanno con le società *in house*, anche queste ultime è bene che rientrino nell'ambito delle società controllate cui si applicano le norme di prevenzione della corruzione di cui alla legge 190/2012.

Vista l'influenza penetrante che l'amministrazione esercita sulle società controllate, si può tranquillamente ritenere che tali società siano esposte agli stessi rischi di corruzione che il legislatore si è proposto di prevenire con la legge n. 190/2012 in relazione all'amministrazione controllante.

In ragione di ciò, proprio come per le società controllate statali, anche le società controllate dalla pubblica amministrazione devono rafforzare i presidi anticorruzione adottati ai sensi del d.lgs. 231/2001 ed introdurre apposite misure idonee a prevenire i fatti di corruzione nell'accezione più ampia contenuta nella legge n. 190/2012²¹, ove il modello di organizzazione e gestione di cui al decreto legislativo citato sia assente. Queste misure devono riferirsi a tutte le attività svolte dalla società e, inoltre, devono essere riunite in un unico documento con quelle adottate dal D.lgs. n. 231/2001 e collocate in un'apposita sezione del Modello 231.

Qualora, invece, le società non abbiano adottato il modello 231, le misure anticorruzione adottate, devono essere inserite in un apposito "Piano di prevenzione della corruzione", da pubblicare sul sito istituzionale.

Venendo adesso alla trattazione della *trasparenza per le società controllate*, è opportuno evidenziare che ad esse si applica la normativa contenuta nell'art. 11, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013. La lettera b) di tale comma, in particolare, dispone che la disciplina sia

²¹ La legge 190/2012 si riferisce non solo all'intera gamma di reati contro la Pubblica Amministrazione disciplinati dal Titolo II del Libro II del codice penale, ma anche a situazione di "cattiva amministrazione", in cui vanno compresi tutti di casi di deviazione dei comportamenti e delle decisioni dalla cura imparziale dell'interesse pubblico, in cui gli interessi privati condizionano in negativo e in modo improprio l'azione delle amministrazioni o degli enti.

applicata “*limitatamente all’attività di pubblico interesse disciplinato dal diritto nazionale o dell’Unione europea*”, incluse le attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni o di gestione di servizi pubblici. In altre parole la trasparenza deve essere assicurata da un lato per i dati relativi all’organizzazione e dall’altro per le attività di pubblico interesse effettivamente svolte.

A ben vedere vi è una distinzione di fondo tra: attività certamente di pubblico interesse (qualificate come tali da una norma di legge o dagli atti costitutivi e statuti della società; attività di esercizio di funzioni amministrative, di produzione di beni o servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, di gestione dei servizi pubblici) e attività “da presumersi pubbliche”, salvo indicazioni contrarie (c.d. strumentali, in quanto volte a soddisfare esigenze connesse allo svolgimento di attività di interesse pubblico, come ad esempio l’acquisto di beni e servizi). Il documento ANAC , perciò, invita le società a distinguere chiaramente le attività tra quelle di pubblico interesse e quelle commerciali, sotto il profilo: dell’organizzazione (individuando ad esempio uffici diversi); della modalità di gestione dell’attività (applicando diverse regole nello svolgimento delle attività) e della gestione contabile (inserendo nel bilancio separatamente le risorse impiegate, i costi ed i risultati).

Ai sensi degli articoli 10 e 11 del d.lgs. n. 33/2013, le società controllate adottano un “Programma triennale per la trasparenza e l’integrità” in cui viene definito il modello organizzativo che ritengono di adottare per raggiungere gli obiettivi di trasparenza e, inoltre, sono specificate le modalità, i tempi di attuazione, le risorse e gli strumenti di verifica dell’efficacia delle iniziative e degli obblighi in materia di trasparenza. È onere delle singole società, d’intesa con le amministrazioni controllanti, indicare quali attività rientrano in quelle di “pubblico interesse” e quali invece no, motivandone la scelta in tale ultimo caso.

Le società devono, poi, costituire sul proprio sito *web* una Sezione, denominata “Società trasparente”, in cui pubblicare tutti i dati e le informazioni richieste ai sensi del decreto. Qualora non abbiano un proprio sito *web* saranno le amministrazioni controllanti a rendere disponibile una sezione sul loro sito.

La funzione di controllo degli obblighi di pubblicazione è affidata nelle linee guida ANAC a un soggetto individuato dalla società, all’interno dei propri sistemi di controllo, analogamente a quanto fanno gli Organismi indipendenti di valutazione per le pubbliche amministrazioni.

L'organo di indirizzo della società provvede, inoltre, a nominare il Responsabile della trasparenza che, di norma, coincide con il Responsabile della prevenzione della corruzione. Qualora non fosse così e la società optasse per due figure distinte, è necessario garantire un coordinamento tra i due soggetti.

Prima di concludere la trattazione delle società controllate, merita di essere evidenziato che, mentre per queste ultime gli obblighi di trasparenza, vista la loro natura privatistica, sono applicabili ma con specifici adattamenti contenuti nell'Allegato 1 alle linee guida Anac²², per le società *in house* si applicano senza alcun adattamento, soggiacendo alla disciplina prevista per la Pubblica Amministrazione ed applicando gli obblighi sulla trasparenza in modo del tutto conforme a quello per gli Enti locali soci.

Infatti, anche se queste non rientrano tra le amministrazioni pubbliche disciplinate all'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 in quanto organizzate secondo il modello societario, tali società nei fatti costituiscono parte integrante delle amministrazioni controllanti, essendo affidatarie in via diretta di servizi ed essendo sottoposte ad un rilevante controllo delle medesime amministrazioni.

²² Per una specifica trattazione si rimanda al paragrafo 3 della presente tesi.

Venendo adesso alla trattazione delle *società partecipate*, queste sono definite dall'art. 11 comma 3 del d.lgs. n. 33/2013 come quelle società in cui le amministrazioni detengono una partecipazione che non è idonea a determinare una situazione di controllo. In ragione del minor grado di controllo, secondo l'opinione dell'Autorità, l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione comporta oneri minori rispetto a quelli spettanti ad una società di controllo, in quanto, per garantire la conformità alla normativa anticorruzione devono limitarsi ad integrare il modello organizzativo 231 con le misure idonee a prevenire i fatti di corruzione nell'accezione più ampia contenuta nella legge 190/2012 limitatamente alle "attività di pubblico interesse" eventualmente svolte. Per il resto, restano soggette al regime di responsabilità previsto dal d.lgs. n. 231/2001 e non sono obbligate a nominare il Responsabile della prevenzione della corruzione. Ma, se le società in questione non hanno adottato tale modello organizzativo, possono programmare misure organizzative per prevenire la corruzione ai sensi della legge 190/2012.

Venendo alla disciplina della trasparenza nelle società partecipate, le Linee guida specificano che si applicano le regole contenute nell'art. 1, commi da 15 a 33, legge n. 190/2012,

limitatamente alla “attività di pubblico interesse”. Tali società pubblicano sui propri siti *web* le informazioni relative ai procedimenti amministrativi; il monitoraggio periodico del rispetto dei tempi procedurali; i bilanci e i conti consuntivi; i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini etc.²³. Devono, inoltre, rendere noto almeno un indirizzo di posta elettronica certificata cui il cittadino possa trasmettere istanze o ricevere informazioni relative ai provvedimenti e procedimenti amministrativi che lo riguardano.

Oltre a tali obblighi di pubblicità, tali società sono poi sottoposte a quelli previsti agli artt. 14 e 15 del d.lgs. n. 33/2013: l’art. 14 fa riferimento ai dati reddituali e patrimoniali, in tal caso l’obbligo di trasparenza è assolto con la pubblicazione dei dati relativi ai soli componenti degli organi politico-amministrativo nominati o designati dalle società partecipanti; l’art. 15 fa invece riferimento alla pubblicazione dei compensi relativi agli incarichi dirigenziali, può essere effettuata in forma aggregata dando conto della spesa complessiva sostenuta ogni anno, indicando i livelli più alti e più bassi

²³ Per visionare l’elenco completo delle informazioni vedere Linee guida Anac, pag. 22 in www.anticorruzione.it.

dei compensi corrisposti, a meno che la società non identifichi con chiarezza le organizzazioni che svolgono attività di pubblico interesse.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione aggiunge che a questi dati e informazioni si possa applicare la disciplina dell'accesso civico e istituire, al proprio interno, l'Organismo di vigilanza per svolgere funzioni di controllo e monitoraggio degli obblighi di pubblicazione.

Per di più le società partecipate non sono tenute alla pubblicazione dei dati relativi alla propria organizzazione, né a nominare il Responsabile della trasparenza, né ad adottare il Programma triennale per la trasparenza.

Una questione che merita un'attenzione a parte nella trattazione delle partecipazioni statali e locali, è sicuramente quella riguardante i contenuti tipici del "*Piano di prevenzione della corruzione della corruzione di un ente societario*", diviso in undici punti, che deve essere elaborato dal Responsabile della corruzione e adottato dall'organo di governo della società.

Il primo punto contiene l'*individuazione e gestione dei rischi di corruzione* in cui le società effettuano un'analisi del contesto e della realtà organizzativa così da poter individuare in quali settori o aree di attività e con quali modalità si potrebbero verificare fatti corruttivi. Tra le attività più esposte al rischio corruttivo vi sono sicuramente

quelle elencate dall'art.1, comma 16, legge n. 190/2012²⁴, alle quali si aggiungono altre aree individuate da ciascuna società in base alla propria specificità²⁵.

Tale analisi, fondamentale per una corretta programmazione delle misure preventive, deve essere in grado di rappresentare in modo più completo possibile come i fatti di *maladministration* e le fattispecie di reato si possono contrastare sia all'interno che all'esterno dell'ente. In ciascun piano, perciò, sarà costruita una “mappa delle aree di rischio e dei reati di corruzione”, e saranno individuate le misure di prevenzione più adatte.

Il secondo punto si occupa dei *sistemi di controllo*: le delibere impongono alle società una valutazione del sistema di controllo sul modello 231 esistente e il suo eventuale adeguamento al fine di realizzare un coordinamento tra i controlli ex d.lgs. 231/2001 e controlli ex legge 190/2012. Devono, invece essere introdotti nuovi principi e strutture di controllo quando la società non è già dotata di un sistema di prevenzione dei rischi di corruzione.

²⁴ Autorizzazioni e concessioni, appalti e contratti, sovvenzioni e finanziamenti, selezione e gestione del personale.

²⁵ A titolo esemplificativo, si possono citare l'area dei controlli, l'area economico finanziaria, le aree in cui vengono gestiti i rapporti fra amministratori pubblici e soggetti privati.

Continuando nell'elenco dei punti che caratterizzano il suddetto piano, si arriva al terzo che fa riferimento al *codice di comportamento* di ogni società. Tali enti, in particolare, devono integrare il codice etico e quello di comportamento già esistente o adottare un codice di comportamento qualora non lo avessero ancora, focalizzando l'attenzione sui comportamenti rilevanti ai fini della prevenzione dei reati di corruzione e sulla previsione di misure disciplinari in caso di inosservanza delle disposizioni del codice. Per dare concreta attuazione alle sue previsioni il Codice deve, inoltre, contenere: l'individuazione di un ufficio che possa dare pareri sull'attuazione del codice stesso in caso di incertezze; la previsione di un apparato sanzionatorio; l'indicazione di meccanismi per azionare tale apparato sanzionatorio, ed infine l'introduzione di un sistema che possa raccogliere le segnalazioni delle violazioni del codice.

Il quarto punto si occupa invece della *trasparenza* e delle misure ed iniziative che le società attuano per adempiere agli obblighi di pubblicazione ai sensi del d.lgs. n. 33/2013. A tal fine, le società definiscono e adottano un "Programma triennale della trasparenza" in cui individuano le misure organizzative dirette ad assicurare la regolare e tempestiva informazione da pubblicare, prevedendo a riguardo anche un sistema delle responsabilità.

In ragione delle particolarità organizzative e del regime privatistico cui sottostanno, vi sono alcune “forme di trasparenza” che vanno applicate con alcuni necessari adattamenti, contenuti nell’allegato 1 delle Linee guida Anac.

In particolare, per quel che riguarda la *pubblicità dei compensi per incarichi dirigenziali nelle società controllate* è posto un obbligo alle società di pubblicare i dati per ogni singolo incarico dirigenziale, a meno che le società non distinguano, nella propria struttura, le unità organizzative che svolgono attività di pubblico interesse da quelle che svolgono attività commerciali in regime concorrenziale. Per queste ultime la pubblicità può avvenire in forma aggregata con l’indicazione dei livelli più alti e più bassi dei compensi corrisposti.

Per lo stesso tipo di pubblicità, ma inerente alle *società partecipate*, i compensi devono esser corrisposti in forma aggregata, a meno che la società non identifichi, nell’ambito della propria struttura, le organizzazioni che svolgono attività di pubblico interesse. In tal caso per i dirigenti preposti a tali attività deve essere indicato il compenso da ciascuno di essi percepito.

Per la *pubblicità dei compensi per gli incarichi di collaborazione e consulenza nelle società controllate*, è necessario che vengano indicati i compensi di ogni singolo consulente o collaboratore. Se le

società distinguono, evidenziandolo sul sito istituzionale, le consulenze e le collaborazioni connesse ad attività di pubblico interesse e quelle correlate allo svolgimento di attività commerciali in regime concorrenziale, posso pubblicare, limitatamente a queste ultime, i compensi in forma aggregata. In tal caso è necessario dar conto della spesa complessiva sostenuta per ciascun anno, indicando i livelli più alti e più bassi dei compensi corrisposti.

Per lo stesso tipo di pubblicità, applicato alle *società partecipate*, i compensi vengono indicati in forma aggregata dando conto della spesa complessiva sostenuta in ciascun anno e indicando i livelli più alti e più bassi dei compensi corrisposti, a meno che la società non identifichi e distingua le consulenze e le collaborazioni connesse ad attività di pubblico interesse. In tal caso è necessario indicare il compenso percepito da ciascun consulente o collaboratore.

Per quel che riguarda la *selezione del personale*, in entrambi i tipi di società devono essere pubblicati i regolamenti e gli atti che disciplinano la selezione del personale e tutti i documenti relativi all'avvio e all'esito di ogni singola procedura selettiva.

Gli obblighi relativi al *personale*, sono assolti con la pubblicazione dei dati complessivi sul personale in servizio a tempo

determinato e indeterminato e con l'indicazione del costo annuale e dei tassi di assenza.

Quelli relativi ai dati sulla *contrattazione collettiva*, sono rispettati con la pubblicazione del contratto nazionale di categoria applicato alla società.

Infine, il *bilancio* deve essere pubblicato in forma consuntiva e annualmente. Tuttavia è reso in forma sintetica, aggregata e semplificata, anche mediante rappresentazioni grafiche.

Il quinto punto contiene la disciplina delle *inconferibilità specifiche per gli amministratori e per gli incarichi dirigenziali*, disciplinati dal d.lgs. n. 39/2013.

Nelle società è necessario vi sia un sistema di verifica della sussistenza di condizioni ostative in capo agli amministratori e ai dirigenti. Per gli amministratori, le cause ostative sono indicate nell'art. 3, comma 1, lettera d) del d.lgs. n. 39/2013, che disciplina le inconferibilità in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione; nell'art. 6 del suddetto decreto, per le “inconferibilità di incarichi a componenti di organo politico di livello nazionale”; nell'art. 7, per quanto riguarda l'inconferibilità di incarichi a componenti di organi politici a livello regionale e locale. Per i dirigenti invece si applica l'art. 3, comma 1, lettera c), relativo alle

cause di inconferibilità a seguito di condanne per reati contro la pubblica amministrazione.

Al riguardo, le società adottano le necessarie misure per far in modo che negli atti di attribuzione degli incarichi siano inserite espressamente le condizioni ostative al conferimento dell'incarico; i soggetti interessati dichiarino l'insussistenza delle cause di incompatibilità o inconferibilità all'atto del conferimento dell'incarico; siano assicurate dal Responsabile per la prevenzione della corruzione delle verifiche sulla sussistenza di tali cause segnalandole, qualora ci fossero, ai soggetti interni ed esterni.

Il sesto punto contiene invece la disciplina delle *incompatibilità specifiche per amministratori delle società e per i dirigenti*, contenuta anch'essa nel d.lgs. n. 39/2013. Si ricordano in particolare l'art. 9 che disciplina l'incompatibilità con lo svolgimento delle attività professionali finanziate, regolate o retribuite dall'amministratore che conferisce l'incarico; l'art. 11 inerente alla incompatibilità tra incarichi amministrativi di vertice e di amministratore di ente pubblico e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, locali e regionali; l'art. 13 sulla incompatibilità tra incarichi di amministratore di ente di diritto privato

in controllo pubblico e cariche di componenti degli organi politici nelle amministrazioni statali, regionali e locali.

Il settimo punto guarda alla *attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici*, specificando che le società attuano tutte le misure necessarie per evitare di assumere dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, siano stati investiti di poteri di autorità o negoziali per conto di pubbliche amministrazioni e nei confronti delle società. Negli interpelli, per far ciò, bisogna inserire tale causa ostativa; i soggetti interessati devono dichiarare l'insussistenza di tale causa all'atto del conferimento dell'incarico; e saranno svolte specifiche attività di vigilanza sia d'ufficio che a seguito di segnalazione.

L'ottavo punto indica la *formazione* che il Ministero con un protocollo d'intesa con l'ANAC, assicura mediante un progetto in materia di prevenzione, destinato alla società. Le società, inoltre, provvedono a definire i propri piani di formazione e ad integrare l'attività formativa già prevista nel "modello 231".

Il nono punto mira a disciplinare la *tutela del dipendente che segnala illeciti*, in particolare la delibera Anac prevede che, non esistendo una normativa sui sistemi di tutela dei dipendenti che

segnalano illeciti nelle società²⁶, le amministrazioni controllanti debbano promuoverne l'adozione da parte delle società tramite misure che incoraggino il dipendente a denunciare gli illeciti di cui viene a conoscenza durante il proprio lavoro, garantendo la riservatezza dell'identità di colui che segnala dalla ricezione in poi. In particolare, le società devono assicurare la trasparenza del procedimento di segnalazione, rendendo noto l'iter, l'indicazione dei termini di avvio e di conclusione dell'istruttoria e i soggetti che gestiscono le segnalazioni.

Il decimo, nonché penultimo punto, focalizza l'attenzione sulla *rotazione o sulle altre misure alternative*, specificando che uno dei maggiori fattori di rischio di corruzione è proprio quello in cui uno stesso soggetto possa sfruttare una conoscenza nella gestione di processi caratterizzata da relazioni intrattenute con gli utenti per trarne vantaggi illeciti. Le delibere sembrano tener conto dell'esigenza di un approccio flessibile di tale misura, infatti vi è un'indicazione di massima, ma se giustificato può essere seguita una strada diversa. Mentre le linee guida Anac affermano che la rotazione “*potrebbe*” essere attuata anche dalle società; la delibera MEF invece afferma che

²⁶ Come indicato anche nelle Linee guida in materia emanate dall'Autorità con la determinazione n. 6 il 28 aprile 2015.

le società “*programmano*” la rotazione. Per ridurre il rischio di corruzione occorre, comunque, garantire un’elevata frequenza del *turn over* delle figure preposte alla gestione dei processi più esposti a rischio corruzione, anche se deve avvenire tutto con moderazione, in quanto, la rotazione non potrà attuarsi qualora si traduca nella sottrazione di competenze professionali specialistiche ad uffici cui sono affidate attività ad elevato contenuto tecnico.

In ogni caso le delibere consentono di adottare come misura alternativa o complementare alla rotazione quella della c.d. segregazione delle funzioni, strumento fondamentale di *Corporate Governance* riconosciuto nell’ambito del modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001. Tale misura è caratterizzata dalla distinzione delle competenze in base alla quale attribuire a soggetti diversi i compiti di svolgere istruttorie e accertamenti; adottare decisioni; attuare le decisioni prese ed effettuare verifiche, affinché nessuno possa disporre di poteri illimitati e svincolati dalla verifica di altri soggetti.

L’ultimo punto, infine, disciplina l’attività di *monitoraggio* che le società attuano individuandone le modalità, le tecniche e la frequenza, specificando i ruoli e le responsabilità dei soggetti chiamati a svolgere tali attività. In particolare, il Responsabile per la prevenzione della corruzione, entro il 15 dicembre di ogni anno, pubblica sul sito *web*

della società una relazione in cui indica i risultati dell'attività di prevenzione svolta in base ad uno schema definito da ANAC e MEF nel Protocollo d'intesa.

CAPITOLO TERZO

Il rapporto tra la normativa anticorruzione e il D.lgs. n. 231/2001

SOMMARIO: 1. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche alla luce del D.lgs. n. 231/2001. – 2. I modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. n. 231/2001. – 3. Iterazione tra pianificazione preventiva della corruzione e modelli del D.lgs. n. 231/2001. – 4. Il Responsabile della prevenzione della corruzione e l'Organismo di vigilanza.

1. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche alla luce del D.lgs. n. 231/2001

Nell'intero panorama normativo italiano, l'entrata in vigore del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di responsabilità giuridica", ha rappresentato senza dubbio uno degli eventi più rilevanti e più significativi di sempre in materia di responsabilità amministrativa degli enti.

Emanato in attuazione dell'art. 11 della legge delega n. 300 del 2000¹, il d.lgs. n. 231/2001, ha introdotto nell'ordinamento un sistema di responsabilità amministrativa dettata per gli enti collettivi, con l'intento di colmare una lacuna normativa e superare il noto brocardo "*societas delinquere non potest*" che ancora oggi continua a trovare fondamento nell'art. 27 della Costituzione².

L'intento del legislatore è stato soprattutto quello di salvaguardare il rispetto della Costituzione e in modo particolare del principio di personalità della responsabilità penale, intesa non solo come responsabilità per fatto proprio, ma come responsabilità personale *colpevole* dell'ente. Gli enti presi in considerazione dal d.lgs. n. 231/2001 risponderanno, infatti, non tanto per il fatto commesso dalla persona fisica, quanto per non aver fatto tutto il possibile per evitare la realizzazione di illeciti al proprio interno.

La responsabilità, sulla cui natura si è ampiamente dibattuto³, ricade, ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 231/2001, sugli enti

¹ Che ratificava alcuni importanti atti internazionali tra cui: la *Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità Europee* del 1996, siglata a Bruxelles, con cui i singoli stati membri si impegnano ad introdurre, nei rispettivi ordinamenti misure idonee a combattere le frodi fiscali ai danni della Comunità; la *Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali* del 1997, con cui si impone agli stati l'adozione di norme incriminatrici per combattere ogni forma di corruzione.

² F.Iuliano, *Disciplina anticorruzione e legge n. 231/2001: riflessioni su due sistemi a confronto*, in *amministrativamente*, fascicolo 6, 2013, p. 3.

³ Sono state controverse tre ipotesi: *responsabilità amministrativa*; *responsabilità penale*, in ragione del fatto che essa ricorre al commetersi di determinati reati nonché all'accertamento da

forniti di personalità giuridica, ma anche su società e associazioni anche prive di personalità giuridica⁴. Il comma 3, invece, prevede l'esenzione dalla disciplina del decreto di Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici, nonché enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale⁵. La *ratio* di tale scelta normativa è quella di escludere dall'applicazione del “*sistema 231*” soggetti che esercitano pubblici poteri, rispetto ai quali l'impatto delle pesanti sanzioni interdittive, determinerebbe un effetto paralizzante sull'esercizio della funzione pubblica⁶.

Analizzando i criteri di imputazione della responsabilità è opportuno iniziare dall'art. 5 del decreto, il quale al comma 1 specifica i criteri oggettivi di iscrizione della responsabilità, stabilendo che l'ente è responsabile per reati commessi “*nel suo interesse o a suo vantaggio*”.

parte del giudice penale, nell'ambito del processo penale; *terzium genus* di responsabilità che coniugherebbe i tratti essenziali dei due sistemi, penale ed amministrativo, nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle della massima garanzia. La relazione governativa sul d.lgs. n. 231/2001, pur riconoscendo il superamento del limite posto dall'art. 27 della Costituzione, qualifica espressamente come “*amministrativa*” la natura della responsabilità, assistita però dalle garanzie del processo penale.

⁴ Tra cui: società semplice; società in nome collettivo; società in accomandita semplice; associazioni non riconosciute.

⁵ F. C. Bevilacqua, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/2001: etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, Giuffrè, pp. 119 – 128.

⁶ F. Iuliano, *Disciplina anticorruzione e legge n. 231/2001: riflessioni su due sistemi a confronto*, cit., p. 6.

L'accertamento giudiziale del requisito dell'interesse è preliminare ad ogni successiva verifica della responsabilità della persona giuridica. Nel reato – presupposto doloso, l'interesse dell'ente caratterizza in modo estremamente soggettivo la condotta della persona fisica e si accerta *ex ante*; il vantaggio, invece, va interpretato in un'accezione oggettiva e non implica l'effettivo conseguimento di un risultato da verificarsi *ex post*. Nel reato – presupposto colposo la nozione soggettiva dell'interesse non è compatibile con tale tipologia di reato, non essendo questo coperto da finalità soggettive. Occorrerà perciò interpretare oggettivamente il concetto, da intendersi come centro di interessi della persona giuridica, nonché come estrinsecazione delle scelte proprie dell'ente stesso; servirà dunque una anticipata valutazione dell'interesse, da riferirsi alla condotta inottemperante del soggetto attivo e non al reato – presupposto; il vantaggio invece si apprezzerà sul risparmio di spesa.

L'articolo 5 del d.lgs. n. 231/2001 individua al comma 1, due categorie di persone fisiche che possono, compiendo un reato, coinvolgere la responsabilità amministrativa dell'ente: alla lettera a) sono richiamati i soggetti *apicali*, ossia coloro che svolgono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia funzionale e finanziari,

nonché soggetti che esercitano la gestione e il controllo dello stesso; alla lettera b) sono invece considerati i soggetti *sottoposti* alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)⁷.

Tale disposizione richiama la cosiddetta “teoria dell'immedesimazione organica”, in base alla quale le azioni dei soggetti che agiscono in qualità di organi dell'ente sono da ritenere azioni dell'ente, cosicché si evitano tentativi maldestri di assimilare la persona giuridica a quella fisica, garantendo che l'ente sarà responsabile per fatto proprio, nel rispetto dell'art. 27 della Costituzione.

Una prima verifica da operare, sarà l'analisi obiettiva della condotta del reo, in altri termini, che abbia orientato finalisticamente la propria condotta all'ente o, quanto meno, gli abbia obiettivamente arrecato un vantaggio. Tale passaggio è fondamentale in realtà, in quanto, laddove risulti accertato che l'autore del reato abbia agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, viene in automatico a spezzarsi quel rapporto di immedesimazione organica tra lui e l'ente⁸.

Non bisogna però credere che la responsabilità dell'ente sia una responsabilità per riflesso, poiché l'ente non risponde per il reato

⁷ Si tratta di lavoratori subordinati, individuati dagli articoli 2094 e 2095 c.c.

⁸ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 231/2001

commesso dal singolo, *manager* o sottoposto che sia, quanto per aver consapevolmente consentito la commissione del reato stesso creando un ambiente lavorativo non sufficientemente improntato e conformato al rispetto delle legge e alla prevenzione dei reati. La società, dunque, risponderà per una colpa specifica di “*organizzazione*”, per non essersi dotata o per non aver attuato a dovere i modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei alla prevenzione dei reati; per non aver istituito un apposito organo di controllo o per la mancata o insufficiente vigilanza da parte di questo.

Un criterio di imputazione molto importante che si affianca a quello oggettivo è quello soggettivo, disciplinato negli articoli 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001.

Cominciando la trattazione dall’art. 6, in cui è contenuta la materia inerente ai criteri di imputazione in caso di commissione del reato da parte dei soggetti apicali, deve essere sottolineato come in tal caso la responsabilità dell’ente è da ritenersi presunta, in quanto un soggetto che sta al vertice delle gerarchie dell’impresa è l’espressione più alta della politica della stessa ed è la persona che meglio incarna gli ideali, l’etica e il modo di agire. Il legislatore, tuttavia, ha fatto in modo che si verificasse un’inversione dell’onere della prova, tenendo conto del fatto che, molto spesso, nell’ente si verifica una

frantumazione dei poteri decisionali e può capitare che gli atti del vertice non esprimano la politica della *societas*. Nell'articolo in commento, vengono elencati dei casi in cui l'ente risulterebbe esente da colpa, in particolare deve essere in grado di dar prova: dell'adozione e attuazione, da parte del dirigente, di un modello di organizzazione e gestione che possa prevenire reati; dell'affidamento del compito di vigilanza ad un apposito organismo autonomo di controllo; dell'effettiva vigilanza da parte di quest'ultimo ed infine dell'elusione fraudolenta del modello da parte del reo. In tale ultimo requisito, è stato sottolineato come sia necessario che la società provi che ci sia stato un vero e proprio disegno criminoso da parte della persona fisica⁹, altrimenti il modello di organizzazione risulterà inefficiente e la società verrà ritenuta responsabile.

A ben vedere, l'intento del legislatore, con questa *chance* di salvezza lasciata all'ente, è di incentivare l'adozione di misure preventive idonee ad evitare la commissione di reati nell'esercizio dell'attività economica.

Venendo adesso all'art. 7 del d.lgs. n. 231/2001, che disciplina il caso di reati commessi da sottoposti, il criterio di imputazione della

⁹ Una delle situazioni possibili, a titolo esemplificativo, potrebbe essere che il vertice agisce nell'interesse proprio o di terzi, o agisce al solo fine di arrecare danno all'ente, con la conseguenza di far venir meno in entrambi i casi il criterio di imputazione oggettiva previsto dall'art. 5.

responsabilità all'ente è in questo caso più semplice, essendo la commissione di reati da parte di questi soggetti “*statisticamente più rara e suscettibile di determinare un giudizio di minore riprovazione nei confronti del soggetto collettivo*”¹⁰. La responsabilità dell'ente sorge, infatti, dall'elusione degli obblighi di controllo e vigilanza sull'operato dei soggetti subordinati. Il che vuol dire che se l'ente ha attuato un modello funzionale e nonostante questo l'operato di un dipendente sfugge al controllo, non si ritiene giusto punirlo e, non valendo in tal caso la regola dell'inversione dell'onere della prova, sarà l'accusa a dover dimostrare il *deficit* organizzativo dell'ente.

Merita di essere evidenziato, infine, il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, disciplinato all'art. 8 del decreto. Viene sottolineato in particolare che la responsabilità dell'ente si affranca da quella delle persone fisiche nei casi di mancata identificazione o di non impunibilità dell'autore del reato e per quanto concerne le cause di estinzione del reato. Dunque, secondo il legislatore delegato, quando non è possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad uno specifico soggetto ma risulti accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà comunque rispondere. Mentre, per quanto riguarda la non punibilità del reato, il legislatore la tratta come un'ipotesi più

¹⁰ Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001, paragrafo 3.5, in www.aodv231.it.

teorica che pratica, visto che sarà davvero rara l'ipotesi in cui un soggetto che risulta non imputabile possa essere inserito in una società o in un ente collettivo.

Per quanto riguarda infine le cause di estinzione del reato, l'unica che ne esclude anche la responsabilità dell'ente è l'amnistia, che permarrà a favore dell'ente anche quando l'imputato persona fisica eserciti la facoltà di rinunciarvi¹¹.

2. I modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. n. 231/2001

La disciplina della responsabilità degli enti impone l'adozione e l'efficace attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quelli che possono fondare la responsabilità dell'ente¹².

Risultano chiari i loro ruoli e le loro funzioni: servono a prevenire il rischio di reato, e, una volta che questo sia stato commesso, a “contenere” le conseguenze che da tale evento originano per l'ente. Più precisamente, muovendo dal presupposto che i comportamenti illeciti si radicano in strutture aziendali “disorganizzate”, si è stabilito che l'ente vada esente da responsabilità

¹¹ F. C. Bevilacqua, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 132 e ss.

¹² Disciplinati alla Sezione III (*responsabilità amministrativa per reati previsti dal codice penale*), d.lgs. n. 231/2001.

ove abbia adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi¹³. Qualora, invece, la predisposizione del modello in questione avvenga successivamente alla contestazione dell'illecito, quindi a procedimento penale già iniziato, è comunque concesso all'ente di beneficiare di uno sconto sanzionatorio, consistente nella non applicazione delle sanzioni interdittive e nella riduzione di quella pecuniaria (Artt. 17 e 12 comma 2 lettera b), d.lgs. n. 231/2001)¹⁴.

Ecco, allora, che l'ente è gravato da un dovere di auto-organizzazione, rivolto alla prevenzione del rischio-reato, contraddistinto da due profili: il primo, consiste nella predisposizione di garanti collocati nelle diverse fasi del processo decisionale e produttivo. L'oggetto della garanzia dipenderà dalla funzione svolta, così chi è collocato in posizione apicale assicurerà, prima di tutto, l'adozione di un modello organizzativo che consenta un'adeguata protezione ai beni giuridici tutelati dalle norme penali; chi è collocato in posizione "inferiore", concretizzerà la garanzia in rapporto al tipo

¹³ Per una più completa trattazione si rimanda al paragrafo 1 di cui *supra*.

¹⁴ E. Guido, *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per l'illecito derivante da reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 2015, p. 280.

di funzione (di direzione, di controllo, di consulenza, di predisposizione, ecc..) in concreto esercitata.

Il secondo profilo consiste, invece, nella predisposizione dei modelli di prevenzione del rischio-reato, autentico supporto materiale del dovere organizzativo. La tesi prevalente afferma che l'adozione di tali modelli sia del tutto facoltativa, tuttavia ad un più attento esame, sembra più corretta la tesi di quella dottrina che, di recente, ha prospettato che i doveri organizzativi contenuti nel decreto 231 *“paiono oneri e sono obblighi”*. Tale obbligo deriva dalla riforma del diritto societario e, in modo particolare, viene enunciato in due articoli del codice civile: l'art. 2381 c.c. che impone agli organi delegati di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa azionaria, informandone il consiglio di amministrazione, chiamato, a sua volta, a valutare tale adeguatezza; e l'art. 2403 c.c. che impone ai sindaci di vigilare sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società¹⁵.

Sia la dottrina, che le Linee Guida predisposte da Confindustria, stabiliscono che il modello debba essere sempre il frutto di un esame individuale della singola realtà imprenditoriale, e che generiche

¹⁵ C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. n. 231/2001) (parte I)*, in *Cass. Pen.*, fasc.1, 2013, p. 0376B.

previsioni interne, che ribadiscono il rispetto di norme penali senza individuare gli specifici protocolli che i dipendenti e i collaboratori dell'ente devono seguire per ridurre il rischio di una sanzione, sono carenti di efficacia¹⁶.

Allo scopo di agevolare gli enti in tale attività e per adempiere alla previsione di cui al comma 3 dell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001¹⁷, la Confindustria ha costituito a giugno 2001 il Gruppo di lavoro sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, con il compito di elaborare delle linee guida che supportassero le imprese nella costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo. Il gruppo, dopo un'accurata analisi, ha predisposto le *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, un documento contenente indicazioni indirizzate alle associazioni ed alle imprese.

Tenendo conto della varietà delle imprese, è stata esclusa la possibilità di predisporre un vero e proprio modello organizzativo direttamente applicabile da parte delle imprese, in quanto, ogni

¹⁶ G. Capecchi, *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc.1, 2006, p. 97.

¹⁷ "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".

impresa o associazione presenta caratteristiche proprie a seconda del settore economico in cui essa opera; delle sue dimensioni e, soprattutto, della complessità della struttura organizzativa interna.

Tali Linee Guida costituiscono perciò uno strumento di supporto metodologico per le associazioni e per le imprese nella predisposizione di un modello organizzativo in grado di superare il giudizio di idoneità da parte del giudice penale in occasione di un eventuale giudizio a carico dell'autore materiale del fatto illecito.

Lo schema seguito nell'elaborazione delle Linee Guida per la costruzione dei modelli consiste: nell'identificazione dei rischi in relazione ai reati che possono essere connessi (operazione definita *mappatura dei rischi*); nella progettazione di un sistema di controllo preventivo (i c.d. *protocolli*), realizzato attraverso la costruzione di un sistema organizzativo adeguato e la procedimentalizzazione di determinate attività; nell'adozione di un codice etico e di un insieme di sanzioni disciplinari applicabili qualora non si rispettassero le misure previste dal modello; ed infine nell'individuazione dei criteri per la scelta di un organismo di controllo, interno all'impresa e dotato

delle risorse necessarie, che dovrà vigilare sull'efficacia, sull'adeguatezza e sull'applicazione e rispetto del modello¹⁸.

Nella costruzione di un modello organizzativo, l'impresa dovrà *in primis* effettuare la c.d. *mappatura dei rischi*, una fase cognitivo – rappresentativa funzionale alla percezione del rischio e alla valutazione della sua intensità, che ha come obiettivo quello di rendere consapevoli soci, amministratori e dipendenti in merito alle funzioni aziendali nell'ambito delle quali possono verificarsi comportamenti a rischio di reato.

La mappatura dovrà snodarsi attraverso uno specifico procedimento, che inizia con l'individuazione delle aree che sono potenzialmente a rischio – reato: in questa fase è necessario effettuare una distinzione tra le aree a rischi – reato in senso proprio, ossia quelle selezionate nell'elenco contenuto all'interno del d.lgs. n. 231/2001, e le aree “strumentali”, ossia quelle che gestiscono gli strumenti finanziari destinati a supportare la commissione dei reati nelle aree di cui sopra.

Il secondo passaggio del procedimento, è dedicato alla rilevazione e valutazione del grado di efficacia dei sistemi operativi e

¹⁸ M. Panucci, A. Tajana, *Il ruolo delle associazioni di imprese: le Linee Guida della Confindustria*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/2001: etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, Giuffrè, pp. 406-408.

di controllo già in essere, allo scopo di reperire i punti criticità rispetto alla prevenzione del rischio – reato.

Conclude tale procedimento la descrizione delle possibili modalità di commissione dei reati, allo scopo di forgiare le indispensabili “cautele” preventive.

Sul piano metodologico, la valutazione del rischio muove dalla distinzione tra rischio inerente (concernente l’ipotesi di una totale assenza di controlli) e rischio residuale (calcolato in base all’esistenza dei controlli rilevati nel corso dell’attività di valutazione). Una volta individuato il rischio residuale, si tratta di appurare il grado di accettabilità rispetto al dettato del d.lgs. n. 231/2001, che prefigura, normativamente, il rischio tollerabile. Se in tale fase persisterà un *deficit* di prevenzione, occorrerà implementare il livello delle cautele e dei controlli¹⁹.

Un ultimo aspetto che va sottolineato è che nell’individuazione dei rischi l’azienda deve compiere un’analisi delle attività svolte e delle vicende trascorse, valutando se siano stati commessi reati in passato, e le modalità attraverso le quali tali reati siano stati eventualmente realizzati. Questo aiuta l’impresa ad identificare le

¹⁹ C. Piergallini, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. n. 231/2001) (parte II)*, in *Cass. Pen.*, fasc. 2, 2013, p. 0842B.

modalità attraverso le quali viene commesso il reato e quindi a predisporre dei meccanismi per evitare che tali modalità possano essere facilmente attuate.

Una volta identificati i rischi, l'impresa deve progettare il sistema di controllo preventivo (i c.d. *protocolli*) per ridurre ad un livello accettabile i rischi evidenziati. Sappiamo che la determinazione della soglia di accettabilità rappresenta un punto fondamentale, in quanto consente di fissare un limite alla quantità e alla qualità delle misure di prevenzione da introdurre per evitare la commissione dei reati, e che l'assenza di tale soglia rende infinito l'insieme dei controlli preventivi istituibili.

Per potersi considerare efficaci i protocolli devono, anzitutto, rispondere a criteri di specificità e chiarezza. A ben vedere, un protocollo che si limita a dichiarare che i dipendenti devono tenere un comportamento conforme alla legge o che devono evitare di esporsi in situazioni che sfocerebbero in condotte penalmente rilevanti, esprime principi e regole che, per loro stessa natura, trovano già applicazione all'interno di qualunque impresa ed è pertanto inidoneo a svolgere quel ruolo di prevenzione assegnatogli dal Decreto.

Le Linee Guida contengono un'elencazione di possibili protocolli da adottare, in particolare vi sono quelli che riguardano l'istituzione di

un sistema organizzativo adeguato (attraverso, ad esempio, una chiara definizione dei compiti dei vari soggetti operanti all'interno dell'impresa); la creazione di procedure sia manuali che informatiche per lo svolgimento di determinate attività (ad esempio autorizzazioni); l'istituzione di un adeguato sistema di controllo di gestione che garantirà in modo particolare un'adeguata attenzione alla gestione dei flussi finanziari; l'adozione di un codice etico contenente i diritti, doveri e responsabilità dell'impresa ed i principi etici cui i dipendenti e collaboratori dovranno attenersi con riguardo ai reati da prevenire; ed infine la comunicazione del modello al personale e la sua formazione. Tale comunicazione deve essere capillare, efficace ed autorevole e deve riguardare tutto ciò che serve a dare trasparenza nell'operare quotidiano, dalle procedure alle gerarchie, etc²⁰.

Una parte estremamente importante del modello organizzativo riguarda l'istituzione di un organismo di vigilanza. Il decreto 231 stabilisce, infatti, che per garantire l'effettività del modello l'ente dovrà istituire un organismo di controllo che vigili sul funzionamento del modello. Allo stesso tempo, tuttavia, il decreto non fornisce

²⁰ M. Panucci, A. Tajana, *Il ruolo delle associazioni di imprese: le Linee Guida della Confindustria*, cit., pp. 409-411.

indicazioni su chi debba svolgere i controlli all'interno dell'ente, né stabilisce i requisiti di cui l'organismo deve essere dotato.

Dall'enunciato dell'art. 6 è possibile ricavare una distinzione fondamentale, e cioè che questo organismo deve essere creato negli enti "non di piccole dimensioni", mentre negli altri il compito di vigilanza e controllo potranno essere ricompresi nei doveri ed oneri addossati all'organo dirigente. L'organismo in questione diverrà il garante del "modello", di cui curerà l'aggiornamento e l'applicazione attraverso i poteri di "*iniziativa e controllo conferitigli*". Esso dovrà inoltre essere il destinatario di costanti obblighi di informazione, anche preventivi, rispetto alle operazioni percepite come "a rischio".

È necessario poi prevedere apposite garanzie di stabilità, indipendenza, qualificazione professionale ed efficienza, attraverso l'inserimento nel "modello" di previsioni sulla composizione dell'organo di controllo, sulle cause di ineleggibilità e decadenza dei suoi membri, sulla nomina e cessazione dall'ufficio, sulla retribuzione, sui doveri e poteri dell'organismo di controllo, tutto ciò in quanto chi effettua il controllo deve apparire estraneo ai giochi della politica d'impresa; deve ispirare fiducia nei soggetti indagati; deve possedere l'autorità, la professionalità e la capacità personale di poter accedere a tutte le fonti informazione della persona giuridica

senza essere ostacolato nello svolgimento del suo compito di controllo²¹.

Per quanto riguarda i compiti attribuiti all'Organismo, esso deve anzitutto verificare l'efficienza ed efficacia del Modello organizzativo adottato rispetto alla prevenzione ed all'impedimento della commissione dei reati previsti dal d.lgs. n. 231/2001; deve verificare il rispetto delle modalità e delle procedure previste dal Modello organizzativo e rilevare gli eventuali scostamenti comportamentali che dovessero emergere dall'analisi dei flussi informativi e dalle segnalazioni alle quali sono tenuti i responsabili delle varie funzioni; formula le proposte all'organo dirigente per gli eventuali aggiornamenti ed adeguamenti del Modello organizzativo adottato, da realizzarsi mediante le modifiche e/o le integrazioni che si dovessero rendere necessarie in conseguenza di significative violazioni delle prescrizioni del Modello organizzativo o a causa di modifiche dell'assetto interno della società o, ancora, di modifiche normative; segnala all'organo dirigente le violazioni del Modello organizzativo accertate, e che possano comportare l'insorgere di una responsabilità

²¹ A. Frignani, P. Grosso, *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/2001: etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, Giuffrè, p. 383.

dell'ente; predispone una relazione informativa per l'organo dirigente; e per finire trasmette tale relazione al Collegio sindacale²².

A ben vedere, dunque, l'Organismo di controllo dovrà operare sia in via preventiva (attraverso l'adozione delle misure più idonee di prevenzione del modello) che continuativa (attraverso il monitoraggio costante del rispetto delle procedure previste) ed anche, qualora il reato fosse comunque commesso, successiva, per analizzare come e perché il reato è stato commesso. Per poter svolgere la vigilanza e le analisi in modo corretto, l'Organismo di controllo deve poter contare su di una possibilità di accesso senza limitazioni a tutte le informazioni aziendali rilevanti, divenendo anche soggetto destinatario delle eventuali segnalazioni in merito a fatti illeciti rilevanti per il d.lgs. n. 231/2001²³.

A fronte dei punti fermi fin qui evidenziati, rimane tuttora oscuro il profilo che riguarda la valutazione dei *compliance programs*. In modo particolare, il discorso si sposta sulla figura del giudice penale che è chiamato a verificare la rispondenza – o meno - del modello organizzativo ai requisiti prescritti dal d.lgs. n. 231/2001: idoneità ed efficacia. La questione è quella di esaminare se sia possibile

²² M. Panucci, A. Tajana, *Il ruolo delle associazioni di impresa: le Linee Guida della Confindustria*, cit., p. 427.

²³ A. Frignani, P. Grosso, *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, cit., p. 387.

conciliare, e in che modo, la liberà di convincimento del giudice con l'aspirazione degli enti a poter confidare sul valore della propria opera di prevenzione di reati analoghi a quello verificatosi.

A riguardo diverse soluzioni si sono prospettate, in particolare si è pensato alla “certificazione di idoneità del modello preventivo”, congegno che esclude la responsabilità dell'ente per l'illecito commesso, a meno che non ricorrano due situazioni: la mancata corrispondenza del modello attuato rispetto a quello certificato, e la sopravvenienza di significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede. Tuttavia tale proposta non ha goduto del consenso dei giuristi, poiché si è intravista una sorta di presunzione di idoneità del modello stesso. Cosa che contrasta con il divieto di vincolare la valutazione del giudice penale a conclusioni predefinite, proprio in virtù del principio del libero convincimento.

Si è così ipotizzata la “positivizzazione” delle specifiche regole cautelari capaci di prevenire le diverse tipologie dei reati presupposto della responsabilità dell'ente. In questo modo, la predisposizione del singolo modello di organizzazione si tradurrebbe in una meccanica operazione di adeguamento alle prescrizioni fissate dalla legge e da qui l'assicurazione per l'ente circa la validità del modello adottato.

Tuttavia, anche tale rimedio ha i suoi limiti, in quanto può ritenersi certamente plausibile per quelle fattispecie che esprimono la criminalità colposa d'impresa (ad esempio reati connessi agli infortuni sul lavoro), mentre risulta del tutto improprio in relazione ai reati riconducibili alla criminalità dolosa (reati di corruzione, reati societari etc.). Si è messo in luce in tal modo, che le condotte orientate alla commissione dell'illecito si annidano all'interno dei diversi processi aziendali, alterandone l'*iter* procedimentale e, pertanto, spetta all'ente, attraverso un'attività interna di auto – organizzazione, trovare i rimedi idonei a prevenire quelle determinate condotte. Se l'ente stesso, si limitasse a recepire regole cautelari astratte che poco hanno in comune con i “personali” processi decisionali, la probabilità che le cautele adottate vengano giudicate aggirabili senza frode e, di conseguenza, il modello organizzativo reputato inidoneo, appare piuttosto alta.

In sostanza, la questione dell'adeguatezza dei modelli di organizzazione e gestione è ancora aperta e in cerca di un consolidamento, perché sottoposta a un giudizio giurisprudenziale fortemente discrezionale²⁴.

²⁴ E. Guido, *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per l'illecito derivante da reato*, cit.

3. Iterazione tra pianificazione preventiva della corruzione e modelli del D.lgs. n. 231/2001

La pubblica amministrazione è storicamente la *sedes* privilegiata di corruzione ed illegalità, e sono proprio queste questioni che la legge n. 190/2012 si è proposta di risolvere, senza intaccare il principio *societas publica delinquere non potest*²⁵ ma avallando l'idea che anche le amministrazioni pubbliche dovessero dotarsi di uno strumento preventivo, che rispecchiasse ideologia e fisionomia del modello organizzativo previsto dal d.lgs. n. 231/2001.

Il sistema di prevenzione congeniato dalla legge anticorruzione, è costruito su due livelli: il Piano Nazionale Anticorruzione, a livello nazionale; il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione, a livello decentrato. Ebbene, è proprio riguardo a tale ultimo specifico strumento che si colgono le più marcate similitudini rispetto ai modelli di organizzazione previsti per l'ente²⁶.

Prima di passare alla trattazione delle similitudini e delle differenze che intercorrono tra i piani di prevenzione della corruzione in ambito pubblico e i modelli organizzativi di cui al d.lgs. n.

²⁵ Principio che trova spiegazione nell'art.1, comma 2 del d.lgs. n. 231/2001, nella parte in cui stabilisce che “*allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici*” non si applica l'apparato normativo sulla responsabilità da reato.

²⁶ E. Guido, *il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per l'illecito derivante da reato*, cit.

231/2001 in ambito privato, merita di essere evidenziato che il decreto suddetto allarga il proprio campo di intervento sugli enti pubblici economici che agiscono *iure privatorum*, sulle società a totale controllo pubblico e sulle società miste a parziale partecipazione pubblica.

In particolare, il PNA stabilisce che, per dare attuazione alle norme contenute nella legge n. 190/2012, tali enti sono tenuti ad introdurre e ad implementare adeguate misure organizzative e gestionali. Inoltre, qualora tali enti abbiano già adottato modelli di organizzazione e gestione del rischio sulla base del d.lgs. n. 231/2001 nella propria azione di prevenzione della corruzione, possono limitarsi ad estenderne gli ambiti di applicazione non solo ai reati contro la pubblica amministrazione previsti dal decreto 231, ma anche a tutti quelli considerati nella legge n. 190. Qualora, invece, le società non abbiano adottato il modello 231, le misure anticorruzione adottate, devono essere inserite in un apposito “Piano di prevenzione della corruzione”. Tali parti poi dovranno essere trasmessi alle amministrazioni pubbliche vigilanti ed essere pubblicati sul sito istituzionale²⁷.

²⁷ Par. 3.1.1 del PNA in www.funzionepubblica.gov.it.

Iniziando la comparazione con i rapporti tra i piani di prevenzione pubblici e i modelli privati, non sembra azzardato riscontrare in essi rilevanti punti di connessione, che si incentrano sia nelle analoghe esigenze preventive ed etiche, che nei contenuti e nella struttura degli stessi, con entrambi basati sulla valutazione del rischio e sull'identificazione di modalità e figure "interne" di controllo, così da costituire la prova della volontà di compiersi quanto possibile per annullare il rischio di comportamenti illeciti.

In riferimento alle modalità operative, bisogna evidenziare la compresenza di una serie di elementi che caratterizzano: l'*adeguatezza*, quale condizione di coerenza degli strumenti preventivi da adottarsi in base alle effettive dimensioni ed alle caratteristiche di complessità operativa della pubblica amministrazione o dell'ente privato e come rispondenza reale alla natura delle problematiche e dei rischi che contraddistinguono la specifica entità e le sue funzioni interne; la *predittività*, quale principio fondamentale della finalità preventiva, che si concretizza nella predisposizione di meccanismi anticipatori basati su modalità di segnalazione precoce o potenziale dei fenomeni, nonché su simulazioni e su valutazioni ipotetiche, in grado di fornire ai soggetti responsabili della prevenzione elementi di controllo della tenuta del piano o del modello organizzativo;

l'efficacia, intesa come rispondenza alla soluzione delle problematiche di rischio di illeciti nelle condizioni di specificità della persona giuridica pubblica o privata; *l'articolazione*, caratterizzata dalla scomposizione dei processi e delle aree di responsabilità, con un livello di dettaglio adatto alle caratteristiche dell'ente, per localizzare e moltiplicare le informazioni, i presidi e gli attori dei controlli; la *responsabilizzazione formale*, quale necessario presupposto per un effettivo impegno organizzativo da parte dei dirigenti pubblici o del management privato, attraverso la formale attribuzione di responsabilità e di poteri di controllo sui rischi, con un chiaro ed esplicito riferimento a soggetti individualmente identificati; la *relatività*, considerata in virtù della diversa idoneità del modello alle finalità in generale previste dal legislatore, ma con la precisazione dei contenuti in ordine al perseguimento degli obiettivi di prevenzione dei reati e dei comportamenti illegali oggetto della mappatura del rischio; la *dinamicità*, infine, atta ad una verifica periodica della validità del piano e del modello²⁸.

Rilevanti punti di connessione si trovano anche nei contenuti e nella struttura dei piani di prevenzione pubblici ed i modelli privati, infatti è proprio da questi ultimi che il piano triennale di prevenzione

²⁸ A. Rossi, *I Piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. Pen. e Processo*, fasc. 8, 2013.

riprende le operazioni di mappatura delle aree a rischio reato, di trattamento del rischio e di controllo sul rispetto delle misure preventive adottate.

Per quanto riguarda la prima operazione, il piano in questione deve fornire una “*valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione*” (art. 1, comma 5 lett. *a*, legge n. 190/2012), e “*individuare le attività nell’ambito delle quali è più elevato*” (art.1, comma 9 lett. *a*, legge n. 190/2012). È questa la fase di tipo cognitivo – rappresentativo che, mentre per gli enti comporta un’attività di auto – valutazione, per le amministrazioni implica un’attività di etero – valutazione, poiché è la stessa legge ad identificare “a rischio” alcune aree²⁹.

Quanto alla seconda operazione, di trattamento del rischio, il piano deve “*indicare gli interventi volti a prevenirlo*”. È la legge 190/2012 a delineare quali devono essere, nel minimo, le regole comportamentali e operative idonee a ridurre continuamente e ragionevolmente tale *periculum criminis*. Così, occorrono “*procedure appropriate per selezionare e formare (...) i dipendenti*” che operano nei settori più a rischio, come pure “*la rotazione di dirigenti e funzionari*” (art. 1, comma 5 lett. *b*, legge n. 190/2012); e, con

²⁹ Indicate all’art. 1, comma 16, legge n. 190/2012.

riferimento ai procedimenti sensibili di cui sopra, devono essere previsti “*meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione*” (art. 1, comma 9 lett. *b*, legge n. 190/2012). Qui, la simmetria rispetto al contenuto del modello di organizzazione diviene persino perfetta. Anch’esso è composto da protocolli di decisione che stabiliscono la procedura più adatta per governare e prevenire il rischio individuato (art. 6, comma 2 lett. *b*, d.lgs. n. 231/2001).

Per quanto riguarda, infine, l’operazione dei controlli, tale incarico nel sistema della responsabilità degli enti è affidato a un organo apposito, indipendente dai vertici aziendali e autonomo nello svolgimento di iniziative e compiti di vigilanza. Anche il piano anticorruzione contempla i controlli che, *ex art. 1 comma 9 lett. d ed e*, legge 190/2012, rispettivamente concernono l’osservanza dei termini per la conclusione dei diversi procedimenti amministrativi e l’attività stessa dell’amministrazione. Per rendere possibile l’espletamento di tale attività, il piano prescrive una serie di informazioni nei confronti di chi “*è chiamato a vigilare sul funzionamento e sull’osservanza del piano*” (art. 1, comma 9 lett. *c*, legge 190/2012), vale a dire il responsabile della prevenzione della corruzione, soggetto che diviene – nel settore pubblico – il destinatario di quegli obblighi informativi

che l'art. 6, comma 2 lett. *d*, d.lgs. n. 231/2001 impone che siano adempiuti nei confronti dell'organismo di vigilanza³⁰.

Nonostante siano evidenti gli influssi esercitati dal modello 231 sul modello di prevenzione dei Piani Triennali di Prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni restano differenze non secondarie.

La prima differenza la si riscontra nella responsabilità, in quanto, mentre nel caso del d.lgs. n. 231 sia la responsabilità sia le sanzioni ricadono sull'ente (soggetto collettivo privato), poiché il compimento di un reato da parte di un soggetto operante in nome e per conto dell'ente privato è configurata come responsabilità "per fatto proprio", come se il reato fosse compiuto direttamente dall'ente; nelle pubbliche amministrazioni, invece, la responsabilità non ricade sull'ente pubblico (la pubblica amministrazione), in quanto, la responsabilità per il compimento di reati o per le "ripetute violazioni delle misure di prevenzione" è attivata in capo al responsabile della prevenzione della corruzione, cioè ad uno speciale organo dell'amministrazione, specificamente nominato per guidare l'amministrazione all'adozione delle misure e per vigilare sulla loro attuazione.

³⁰ E. Guido, *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per l'illecito derivante da reato*, cit.

In secondo luogo diverso è l'ambiente complessivo e le finalità dei reati commessi. Nel caso del d.lgs. n. 231 il reato, perché vi sia responsabilità del soggetto collettivo, deve essere compiuto “ nel suo interesse e a suo vantaggio”. La corruzione, cioè, è rivolta verso l'esterno dell'impresa, verso una pubblica amministrazione o un'altra impresa privata, e da essa l'impresa ricava un vantaggio. Nel caso delle pubbliche amministrazioni il reato è compiuto da un dipendente/funziionario contro la sua stessa amministrazione. Lo scopo preventivo in tal caso è, da un lato “interno” all'amministrazione, in quanto si cerca di impedire che il dipendente agisca contro l'amministrazione, dall'altro a tutela dell'interesse generale e dei cittadini destinatari dell'azione amministrativa, a prevenire un esercizio delle funzioni amministrative corrotto e distorto.

In terzo luogo si ritiene che la capacità organizzativa di controllo delle attività e dei comportamenti dei dipendenti sia maggiore nell'impresa privata che nella pubblica amministrazione. Il soggetto collettivo che risponde è il vero datore di lavoro e ha strumenti di indirizzo e controllo dell'attività dell'impresa, volti a assicurarsi sul non compimento di reati da parte dei propri dipendenti, sicuramente maggiori di un funzionario dell'amministrazione, per quanto sia dotato di poteri di organizzazione e di vigilanza.

Un'ulteriore differenza sta nel meccanismo di vigilanza sul rispetto dei modelli organizzativi adottati. Nelle imprese private il d.lgs. n. 231 stabilisce la costituzione di un organismo interno con autonomi poteri di indirizzo e controllo e del tutto indipendente. Nelle pubbliche amministrazioni sono, invece, attribuiti allo stesso Responsabile della prevenzione della corruzione, oltre ai poteri di indirizzo; promozione delle misure; vigilanza e controllo. Compiti questi ultimi che il d.lgs. n. 231 ha espressamente affidato a soggetti diversi.

Un'ultima differenza la si riscontra nel fatto che, mentre l'idoneità del modello organizzativo adottato dal soggetto collettivo privato è verificata dal giudice penale, perché spetta a lui valutare la "colpa di organizzazione"; nelle pubbliche amministrazioni la sanzione da far gravare sul Responsabile della prevenzione della corruzione, che può essere sia di tipo dirigenziale che disciplinare, è comminata dalla stessa amministrazione, che dovrà valutare e decidere se attivare o meno una responsabilità fondata sulla cattiva qualità del piano³¹.

³¹ F. Merloni, *I Piani anticorruzione e i Codici di comportamento, misure specifiche di contrasto alla corruzione delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. Pen. e Processo*, fasc. 8, 2013.

4. Il Responsabile della prevenzione della corruzione e l'Organismo di vigilanza

Le sinergie tra la prevenzione pubblica e quella privata potrebbero essere utilmente realizzate mediante un'iterazione, nel rispetto dei relativi ruoli, tra il Responsabile della prevenzione della corruzione e l'Organismo di vigilanza.

Partendo dalla disamina dei compiti e delle attività, si noterà come il Responsabile della prevenzione della corruzione svolga compiti analoghi a quelli svolti dall'Organismo di vigilanza, ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, seppur adattati alla natura pubblica dell'amministrazione in cui opera.

Occorre anzitutto sottolineare l'enunciato contenuto nell'art. 1, comma 7, della legge n. 190/2012, prevedente che il responsabile della prevenzione della corruzione viene individuato dall'organo di indirizzo politico, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio. L'intento del legislatore è stato quello di concentrare in un unico soggetto le iniziative e le responsabilità per il funzionamento dell'intero meccanismo preventivo in campo pubblico, senza contare che la stessa legge ripone notevole fiducia in detta figura, alla quale, le varie amministrazioni dovranno assicurare un

adeguato supporto, mediante assegnazione di appropriate risorse umane e strumentali, nonché finanziarie.

Quanto ai singoli compiti assegnati a tale organo, a titolo esemplificativo si annoverano l'elaborazione della proposta di piano della prevenzione; la verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, nonché la proposta di modifica dello stesso quando siano accertate significative violazioni delle prescrizioni, ovvero vi siano mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione; la verifica, d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito appaia più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione; l'individuazione del personale da inserire nei programmi di formazione. Ancora, entro il 15 dicembre di ogni anno egli dovrà pubblicare sul sito *web* dell'amministrazione di appartenenza una relazione sull'attività svolta e sui risultati conseguiti³².

Per ottemperare al meglio ai compiti, al responsabile devono essere riconosciuti in ogni piano specifici poteri, quali, a mero titolo esemplificativo, ottenere analitiche informazioni da ogni funzione interna coinvolta nei processi di prevenzione e sottoposta alle attività di controllo interno; effettuare ispezioni e verifiche presso ogni

³² Circolare n. 1/2013 Dipartimento della Funzione Pubblica, in www.funzionepubblica.gov.it.

funzione per procedere al controllo del rispetto delle condizioni di correttezza e legittimità dei procedimenti in corso o già conclusi; verificare e chiedere delucidazioni per iscritto e verbalmente a tutti i dipendenti sui comportamenti che possono integrare anche solo potenzialmente corruzione e illegalità; richiedere ai dipendenti che abbiano istruito un procedimento di fornire motivazioni per iscritto circa le circostanze di fatto e di diritto che sottendono all'adozione del provvedimento finale.

In parallelo, l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 evidenzia l'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione, gestione e controllo in ambito privato. Vengono poi previsti tutta una serie di "obblighi di informazione" nei confronti dell'organismo in parola, per cui un capitolo dei modelli stessi dovrà essere adeguatamente dedicato a regolare i flussi informativi, con definizione dell'ampiezza degli stessi, della quantità, della qualità, della periodicità, dei soggetti demandati ad informare.

Le principali attività proprie dell'Organismo di vigilanza sono riassumibili nell'esame dei contenuti del modello; nell'identificazione delle aree critiche e dei processi aziendali in cui è possibile la realizzazione dei reati – presupposto; nell'individuazione dei soggetti di cui all'art. 5, lett. *a* e *b* del d.lgs. n. 231 possibili autori dei reati-

presupposto e destinatari del modello; nell'aggiornamento del modello; nella comunicazione e nella formazione dei destinatari del modello; nella raccolta delle informazioni oggetto dei flussi informativi.

È sulle responsabilità in capo ai due organi che si riscontrano notevoli differenze, in quanto a fronte dei compiti attribuiti e della doverosità di attuazione degli stessi, la legge 190 prevede nei confronti del responsabile della prevenzione della corruzione una responsabilità dirigenziale (art. 1, comma 8 legge n. 190/2012) in caso di mancata predisposizione del piano e di mancata adozione delle misure per la formazione e la selezione dei dipendenti; una responsabilità disciplinare (art. 1, comma 12 legge n. 190/2012) oltre che per danno all'erario ed all'immagine della pubblica amministrazione, a meno che non provi di aver efficacemente attuato il Piano prima del reato e di aver vigilato sul suo funzionamento e sulla sua osservanza.

Per quanto riguarda, invece, la responsabilità dei componenti dell'Organismo di vigilanza nel contesto dei modelli in ambito privato, è di tipo contrattuale, in quanto la natura delle obbligazioni di tali organi va individuata nell'ambito della qualificazione delle prestazioni dedotte in contratto e ricondotta alla fattispecie

dell'obbligazione di mezzi. Tale circostanza implica che l'inadempimento è da ricondurre ad una violazione dell'obbligo di diligenza richiesta nell'assolvimento dell'incarico e l'ambito dei danni che i componenti dell'Organismo di vigilanza potranno essere tenuti a risarcire risulta circoscritto al solo pregiudizio subito dall'ente a seguito delle sanzioni applicate a causa della commissione del reato presupposto.

Circa la responsabilità penale, va evidenziato che l'obbligo gravante sul Responsabile della prevenzione della corruzione come sui componenti dell'Organismo di vigilanza è un obbligo di sorveglianza sulla funzionalità, sulla potenzialità preventiva e sulla tenuta rispettivamente del Piano in ambito pubblico e del Modello in ambito privato. Il compito, perciò, non è quello di vigilare sulla generale condotta dei dirigenti e dei dipendenti della pubblica amministrazione di appartenenza per il primo, o sulla generale condotta dei soggetti apicali e dei soggetti sottoposti per i secondi, ma quello di vigilare sul rispetto, da parte di tali soggetti, dei contenuti del Piano o del Modello 231, con dei protocolli e delle procedure connessi. È, dunque, corretto escludersi che in capo ai due organi suddetti possa configurarsi un obbligo di impedire l'evento-reato, con la collegata esclusione dell'insorgenza della responsabilità penale a seguito del mancato

impedimento dei reati da parte di soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione o inseriti nell'ente privato, in quanto non competono né al responsabile del piano, né agli organi di vigilanza poteri di ingerenza – interferenza nella condotta criminosa altrui³³.

Merita di essere menzionato, infine, il rapporto incorrente tra il Responsabile della prevenzione della corruzione e l'Organismo di vigilanza nelle società private in controllo pubblico. A riguardo è bene richiamare l'orientamento diffuso dal Documento congiunto MEF - ANAC³⁴, in cui si mette in evidenza l'opinione non favorevole alla sovrapposizione di ruoli tra il Responsabile della prevenzione e l'Organismo di vigilanza.

Il Responsabile anticorruzione, dovendo essere individuato tra i dirigenti amministrativi, non può essere un soggetto esterno quale l'Organismo di vigilanza o altro organo di controllo a ciò esclusivamente deputato, ma dovrà coincidere con uno dei dirigenti della società. La nomina del Responsabile è fondamentale, in quanto è proprio quest'ultimo ad elaborare le misure che costituiscono il Piano Triennale e a sottoporle all'organo amministrativo per l'approvazione. Per tale motivo il documento contempla l'ipotesi in cui la società sia

³³ A. Rossi, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, cit.

³⁴ In www.anticorruzione.it.

priva di dirigenti, ovvero questi siano pochi e svolgano compiti gestionali nelle aree a rischio corruzione, stabilendo che in tal caso il Responsabile anticorruzione potrà essere individuato in un funzionario che garantisca le idonee competenze, ferma restando una stringente vigilanza sulla sua attività da parte dell'organo amministrativo.

Il documento MEF-ANAC sgombra dunque il campo da ogni dubbio in merito alla possibile coincidenza tra Responsabile della prevenzione della corruzione e Organismo di vigilanza³⁵, in ragione della necessità che la funzione di ausilio all'attuazione delle misure anticorruzione sia svolta da figure non esterne all'ente. Né pare ipotizzabile che uno dei componenti dell'Organismo di vigilanza possa coincidere con un dirigente amministrativo di ruolo di prima fascia in servizio³⁶, poiché in tal caso, risultando quest'ultimo organico al contesto aziendale, verrebbero a mancare i necessari requisiti di autonomia e indipendenza richiesti ai fini della vigilanza sul modello organizzativo.

Tuttavia, nelle società in cui l'Organismo di vigilanza sia collegiale e si preveda la presenza di un componente interno, tale

³⁵ Orientamento che non si pone in continuità con quanto precedentemente affermato nel PNA, in cui si stabiliva che: *“gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale o regionale/locale, devono nominare un responsabile per l'attuazione dei propri Piani di prevenzione della corruzione, che può essere individuato anche nell'Organismo di vigilanza previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 231/2001”*.

³⁶ Come previsto dall'art. 1, comma 7 legge n. 190/2012.

soggetto svolgerà anche le funzioni di Responsabile della prevenzione della corruzione.

Alla luce di tali nuove indicazioni, nelle società partecipate che hanno già provveduto ad affidare all'organismo di vigilanza il compito di promuovere e attuare le misure anticorruzione appare inevitabile una revoca dell'incarico, previa individuazione di un soggetto idoneo allo svolgimento delle funzioni di Responsabile della prevenzione della corruzione.

CONCLUSIONI

Volendo usare le parole del Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone, la corruzione “*è un sistema gelatinoso in cui si fa persino fatica a dire chi è il corrotto e chi il corruttore*”, per questo la legge è sicuramente uno strumento idoneo a dettare principi e fissare regole di condotta, ma occorrerebbe che le strategie di contrasto alla corruzione vengano differenziate anzitutto per settore, per poi essere adattate ai singoli contesti, dal momento che le Pubbliche Amministrazioni svolgono compiti diversi tra loro ed hanno dimensioni diverse. È ingenuo, a detta di una parte della dottrina, pensare che esista una soluzione semplice e definitiva per combattere la corruzione: ogni misura di contrasto all'illegalità presenta vantaggi i cui effetti devono sempre misurarsi con la camaleontica natura del fenomeno corruttivo, che tende ad adattarsi alle misure anticorruptive per paralizzarne gli effetti positivi, e per evitare tutto ciò l'unico modo è quello di passare dalle parole ai fatti, seguendo passo dopo passo i cambiamenti repentini della sistematicità del fenomeno corruttivo.

In modo particolare, va calibrata con maggiore attenzione proprio l'estensione delle regole anticorruptive alle società pubbliche (partecipate e controllate), enti definiti dalla natura mista pubblico-

privata. Prudenza giustificata anche dal numero assai elevato delle società: sono, infatti, 423 le partecipate dalle amministrazioni centrali, mentre quelle locali hanno dichiarato di detenere, direttamente o indirettamente 35311 partecipazioni che insistono su 7726 enti.

Numerose sono le perplessità evidenziate sulla equiparazione di tali società alle Amministrazioni pubbliche propriamente dette, le sole in quanto tali, obbligate a conformarsi all'impianto della legge n. 190. I documenti ANAC-MEF infatti, osservano che per quanto attiene alle società in mano pubblica, la normativa primaria è carente e confusa, tanto da richiedere "interpretazioni costituzionalmente orientate". Una delle carenze, secondo una parte della dottrina, è che non si differenzia tra società che svolgono funzioni amministrative, dunque strumentali all'attività amministrativa, e società, sia pure a partecipazione pubblica, che svolgono normale attività d'impresa sul mercato. Proprio queste ultime, a detta di una parte della dottrina, non andrebbero penalizzate dall'impostazione di obblighi troppo stringenti e diversi da quelli che interessano le imprese private, in quanto potrebbero appesantirle sul piano della competitività. Idealmente si dovrebbe mirare a un sistema che rispetti il principio di legalità (con norme scritte bene), quello di efficacia (prevenzione della corruzione calibrata alle situazioni, accesso civico per le informazioni per cui ha

senso che ci sia l'accesso civico) e quello di proporzionalità (attuato in relazione all'esigenza di evitare oneri ingiustificati e ingiustificate disparità di trattamento delle imprese a partecipazione pubblica rispetto ai concorrenti, alla tutela dei dati personali e alla tutela delle informazioni sensibili sotto il profilo commerciale).

Allo stesso tempo, le pubbliche amministrazioni che detengono partecipazioni in società devono essere incoraggiate, nella loro funzione di azionista, ad assicurare che le partecipate si dotino di efficaci presidi per la prevenzione di attività illegali. Da questo punto di vista, il modello del piano anticorruzione delineato dai due documenti e descritto in modo analitico nella presente tesi costituisce indubbiamente un punto di riferimento fondamentale. A tal riguardo, si potrebbe anche ipotizzare la possibilità per le singole società di adottare modelli organizzativi parzialmente differenti da quello proposto, da notificare all'Anac per un giudizio positivo di adeguatezza.

A ben vedere tale formulazione pare introdurre un vero e proprio obbligo di implementazione del modello organizzativo per tutte le società che vedano una partecipazione pubblica all'interno della propria compagine societaria; mentre, cosa ben diversa, il d.lgs. n. 231/2001 rimette l'adozione dei modelli alla libera scelta dell'organo

preposto alla gestione dell'ente collettivo, limitandosi a prevedere, per i soggetti che abbiano deciso di organizzarsi secondo specifiche regole penal-preventive, la possibilità di beneficiare di un'esimente da responsabilità amministrativa derivante da reato.

Perplessità riguardano i casi in cui le società siano di piccole dimensioni, in quanto nel documento ANAC-MEF non viene specificato se in tali casi bisogna assumere una nuova risorsa o individuare un dipendente cui sottrarre i compiti operativi per garantire l'esecuzione delle attività proprie del Responsabile della prevenzione della corruzione o se si possa verificare un'eccezione alla regola demandando il ruolo ad un soggetto esterno. Punto che viene chiarito per le società di ridotte dimensioni facenti parte di un gruppo e che svolgono attività strumentali. In tal caso il Responsabile della capogruppo è responsabile per l'attuazione delle misure anticorruzione anche all'interno delle società di ridotte dimensioni.

Spesso in tali piccole società, il Responsabile individuato non è dotato delle competenze tecniche e delle esperienze necessarie a garantire l'implementazione di un Piano adeguato ed efficace a prevenire, la dottrina si è chiesta se in tali casi fosse possibile cercare un supporto consulenziale all'esterno della società per l'esecuzione delle attività progettuali più complesse, quali ad esempio

l'identificazione dei rischi e degli strumenti di gestione degli stessi. Mettendo in pratica tutto ciò, il Piano beneficerebbe sia della conoscenza della realtà aziendale da parte del soggetto interno indicato come Responsabile della prevenzione della corruzione, sia del contributo di un professionista dotato di specifiche competenze ed esperienze nell'implementazione di strumenti di gestione del rischio.

Questo confronto, a ben vedere, ha costituito l'occasione per mettere in evidenza la diversità dei due sistemi (legge anticorruzione – d.lgs. n. 231/2001) e osservare che, a partire dalla disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, l'intero ordinamento giuridico si è conformato alla logica della prevenzione mediante organizzazione, anche se rimangono differenti i beni tutelati e i presidi che si costruiscono, come si è avuto modo di constatare nella trattazione dell'ultimo capitolo della presente tesi dedicato proprio al d.lgs. n. 231/2001 e alla iterazione tra i modelli che lo compongono e la disciplina anticorruzione.

Approccio che se condivide con il “modello 231” la logica di prevenzione, il controllo integrato e la metodologia “*risk based*”, giunge poi a plasmare, utilitaristicamente a detta della dottrina, i tipici strumenti di organizzazione, gestione e controllo anti-reato, deviando

dal suo fine esclusivo, preservare l'ente collettivo dalla responsabilità per illecito dipendente da reato.

Insomma, le nuove Linee Guida ripropongono ancora dubbi interpretativi e difficoltà di attuazione, come già aveva fatto a suo tempo il Piano Nazionale Anticorruzione. Non resta quindi che attendere che l'ANAC fornisca ulteriori ragguagli e risolva almeno in parte i conflitti interni al documento.

Merita, infine, di essere ricordata la legge n. 124/2015, contenente l'azione rivoluzionaria del governo su molti aspetti della pubblica amministrazione. L'aspetto che a noi interessa in tale trattazione è quello dell'art. 7 della suddetta legge, contenente una delega il cui oggetto specifico è l'introduzione di disposizioni integrative e correttive del D.lgs. n. 33/2013 relativo alla trasparenza degli atti e delle informazioni delle pubbliche amministrazioni. Nell'esercizio di tale delega si prevede, tra i numerosi criteri, anche di precisare i contenuti ed i procedimenti di adozione dei Piani nazionali anticorruzione; definire il diritto di accesso dei parlamentari ai documenti amministrativi in relazione allo svolgimento dei loro compiti istituzionali e riconoscere lo stesso diritto di accesso a chiunque per quanto riguarda i dati e i documenti della pubblica amministrazione (una sorta di Freedom of information act).

Insomma, la corruzione si può sconfiggere, ma la strada da fare è ancora molta. Serve la convergenza di una burocrazia meno invasiva e più efficiente; una politica onesta, autorevole e credibile; una cultura condivisa della legalità sostanziale e non soltanto formale; un'impresa che scelga di stare dalla parte giusta.

BIBLIOGRAFIA

A. Vannucci, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B.G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 28;

G. De Vergottini, *Corruzione contro costituzione*, Padova, Cedam, 2012, p. 6;

B. G. Mattarella, M. Clarich, *La prevenzione della corruzione*, in B. G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 61;

V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa: cause, prevenzioni e rimedi*, Firenze, Passigli Editori, 2010, p. 92;

S. Cassese, “*Maladministration*” e rimedi, in *Foro italiano*, 1992, p. 243;

A. Vannucci, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa: cause, prevenzioni e rimedi*, ASTRID, Firenze, Passigli Editori, 2010, p. 90;

V. Musaccio, *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta Amministrativa*, I, 2012, p. 305-306;

G. M. Flick, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cassazione Penale*, fasc. 9, 2014, pag. 2754B;

F. Merloni, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, ASTRID Rassegna, n°18, 2013 p. 3-4;

F. Merloni, B. Ponti, *La trasparenza*, in F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa: cause, prevenzioni e rimedi*, ASTRID, Firenze, Passigli Editori, 2010, p. 403;

M. Savino, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione (art.1, commi 15-16 e 26-36)* in, B. G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 113;

B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, in *Giornale di diritto amministrativo*, vol.2, 2013, p. 127-128;

D. David, *Il d.lgs 33/2013 in tema di trasparenza: ricognizione dei nuovi oneri per le amministrazioni pubbliche interessate*, in *Diritto amministrativo*, 2013, p. 6;

V. Torano, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 2013, pag. 789;

F. Di Cristina, *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione (legge numero 190 del 6 novembre 2012)*, in *Studium Iuris*, n. 6, 2013, p. 664;

F. Gaudieri, *I soggetti preposti all'attività amministrativa di prevenzione e repressione della corruzione*, in A. Jazzetti, A. Bove (a cura di), *La legge anticorruzione-volume 2. Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità. La strategia amministrativa*, Giapeto Editore, 2014, p. 46-49;

G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, in B. G. Mattarella e M.

Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 77;

F. Bilardo e M. Prosperi, *Piano nazionale e piani decentrati anticorruzione. La riforma anticorruzione in una visione integrata giuridica e organizzativa in 100 domande e 100 risposte*, Maggioli Editore, 2013, p. 215;

F. Di Cristina, *I piani per la prevenzione della corruzione (art. 1, commi 5-14)* in B. G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 92;

D. Bolognino, *Per una risposta corale dell'amministrazione etica al fenomeno corruttivo: compiti e responsabilità del responsabile della prevenzione e l'auspicabile task force della prevenzione (L. N. 190/2012)*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, fasc. 5, 2013, pag. 811;

M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 345;

G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, pp. 3-5;

M. Giusti, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, 2013, pp. 248 e ss;

M. G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, Jovene editore, 2012, p. 172;

M. G. Della scala, *Le società a partecipazione statale: "società-imprese" ed enti pubblici in forma societaria. Profili di disciplina applicabile*. In www.ius-publicum.com, 2014, pp. 10-11;

F. Cintoli, *Disciplina pubblicistica e Corporate Governance delle società partecipate da Enti Pubblici*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli editore, 2010, pp.147-148;

F. Iuliano, *Disciplina anticorruzione e legge n. 231/2001: riflessioni su due sistemi a confronto*, in *amministrativamente*, fascicolo 6, 2013, p. 3;

F. C. Bevilacqua, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/2001*:

etica d'impresa e punibilità degli enti, Milano, Giuffrè, pp. 119 – 128;

E. Guido, *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per l'illecito derivante da reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 2015, p. 280;

C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001) (parte I)*, in *Cass. Pen.*, fasc.1, 2013, p. 0376B;

G. Capecchi, *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc.1, 2006, p. 97;

M. Panucci, A. Tajana, *Il ruolo delle associazioni di imprese: le Linee Guida della Confindustria*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/2001: etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, Giuffrè, pp. 406-408;

C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001) (parte II)*, in *Cass. Pen.*, fasc. 2, 2013, p. 0842B;

A. Frignani, P. Grosso, *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/2001: etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, Giuffrè, p. 383;

A. Rossi, *I Piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. Pen. e Processo*, fasc. 8, 2013;

F. Merloni, *I Piani anticorruzione e i Codici di comportamento, misure specifiche di contrasto alla corruzione delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. Pen. e Processo*, fasc. 8, 2013;

SITOGRAFIA

www.cortedeiconti.it

www.anticorruzione.it

www.funzionepubblica.gov.it

www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com

www.interno.gov.it

www.mef.gov.it

www.aodv231.it