



*Dipartimento di Giurisprudenza
Cattedra di Diritto e Procedura Penale degli Enti*

LA PREVENZIONE DEI REATI CONTRO LA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Elisa Scaroina

CANDIDATO

Carola Naso

Matr. 125943

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Maria Lucia Di Bitonto

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

Indice sommario

Introduzione

Capitolo 1

Lineamenti generali sull'anticorruzione nel settore pubblico

1. Premessa sul fenomeno corruttivo	6
2. La Legge n. 190/2012 e i suoi Decreti attuativi. I soggetti destinatari	9
3. La nozione ampia di corruzione ai sensi del Piano Nazionale Anticorruzione	12
4. L'Autorità Nazionale Anticorruzione e il Piano Nazionale Anticorruzione	14
5. Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza	18
6. Il Piano triennale di prevenzione della corruzione	24
7. Gli Organismi indipendenti di valutazione	28
8. Il Codice di comportamento	30
9. La tutela del <i>whistleblower</i>	32
10. Il D.Lgs. n. 39/2013, il divieto di <i>pantouflage</i> e i meccanismi di rotazione	37
11. Il D.Lgs. n. 33/2013	43

Capitolo 2

La lotta alla corruzione nelle società pubbliche

1. Premessa sulle società pubbliche	51
2. Il D.Lgs. n. 231/2001 come strumento di lotta alla corruzione. L'applicabilità del medesimo agli enti pubblici economici e alle società a partecipazione pubblica	54
3. L'art. 25 del D.Lgs. n. 231/2001 dopo la riforma della L. n. 190/2012	59
4. Il Modello di organizzazione, gestione e controllo. Analogie e differenze con il PTPCT	64
5. L'interazione tra il MOG e il PTPCT	69
6. Il codice etico e di comportamento	74
7. L'Organismo di Vigilanza e il RPCT	76
8. I profili di responsabilità e i diversi meccanismi sanzionatori	86
9. La tutela del <i>whistleblower</i> nelle società pubbliche	90
10. Linee guida e <i>compliance</i> anticorruzione	93

Capitolo 3

Le norme in tema di prevenzione della corruzione e trasparenza riferite ai singoli enti controllati e partecipati

1. Premessa	96
1.2 La Legge n. 124/2017	98
2. Le società in controllo pubblico	102
2.1 La nozione di società in controllo pubblico	102
2.2 Le misure di prevenzione della corruzione	105
2.3 Gli obblighi in tema di trasparenza	111
2.4 Casi specifici	117
3. Gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico	119
4. Le società a partecipazione pubblica non di controllo e gli altri enti di diritto privato di cui all'art. 2-bis, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013	122
5. Gli enti pubblici economici	125
6. I compiti delle Pubbliche Amministrazioni controllanti e partecipanti	126
7. Le funzioni di vigilanza dell'ANAC	128
8. Conclusioni	129

Bibliografia

Introduzione

Il patto corruttivo è spesso percepito dalla collettività come l'unica strada percorribile per ottenere un determinato vantaggio.

Ciò di cui non si ha piena coscienza, tuttavia, sono le conseguenze negative del delitto di corruzione, non solo per il reo, ma anche per la collettività intera.

Per capire cosa vi si cela davvero dietro, può essere d'aiuto richiamare qualche dato.

31/12/2015: le opere pubbliche iniziate ma mai portate a termine arrivano a quota 838, con *record* negativi nel sud Italia.

10 marzo 2017: due persone perdono la vita sull'A14 a causa del crollo di un ponte.

18 aprile 2017: a Fossano crolla un viadotto, avvenimento che avrebbe potuto comportare numerose morti, ma che, per un mero caso fortunato, non causa nessuna vittima.

Dagli accertamenti giudiziari risulta che la tangenziale di Fossano è figlia del purtroppo ampio fenomeno delle tangenti sui lavori pubblici, dal momento che erano stati pagati due miliardi di lire in contanti per l'aggiudicazione dei lavori di costruzione.¹

Questi sono soltanto alcuni dei dati che mostrano le conseguenze (a volte irreparabili) del fenomeno corruttivo, terreno fertile per le operazioni di riciclaggio e autoriciclaggio della criminalità organizzata.

Quest'ultima è solita "stipendiare" coloro che svolgono le proprie funzioni nell'interesse delle associazioni di tipo mafioso, circostanza che ha portato all'introduzione del reato di corruzione impropria.²

Per anni si è cercato di combattere il fenomeno corruttivo attraverso la mera repressione penale, ma senza ottenere risultati soddisfacenti.

È solo dopo Tangentopoli che si è iniziato a comprendere l'importanza di prevenire la corruzione e di incidere a livello culturale, modificando il giudizio e il grado di tolleranza della popolazione rispetto alle condotte corruttive.

Nel corso di questo trattato ci si focalizzerà in particolare sulla prevenzione dei reati contro la Pubblica Amministrazione negli enti pubblici economici, nelle società e negli altri enti di

¹ A. Jannone, I. Maccani, *Corruzione e anticorruzione in Italia. Pubblico e privato, trasparenza e appalti, prevenzione e contrasto*, FrancoAngeli, 2017, p. 13.

² *Ibidem*, p. 14.

diritto privato a partecipazione pubblica, ripercorrendo tutte le tappe che hanno portato alla definizione di un sistema normativo di tipo preventivo sempre più composito.

Ci si riferisce, per citarne solo alcuni, al D.Lgs. n. 231/2001, che rappresenta il precursore di un sistema di lotta al crimine diverso da quello tradizionale, alla L. n. 190/2012 e ai suoi Decreti attuativi, che costituiscono il vero punto di svolta in materia di anticorruzione, al D.Lgs. n. 97/2016, al Testo Unico sulle società pubbliche, alla L. n. 179/2017 in materia di *whistleblowing*, al Piano Nazionale Anticorruzione e alle Linee guida ANAC, soggetti a numerose modifiche dal 2013 a oggi, e a tutte le numerosissime disposizioni che, non senza problemi di coordinamento con la disciplina previgente, sono intervenute nel tempo modificando il panorama normativo di riferimento.

Scopo di questo trattato sarà, dunque, approfondire ogni tappa del percorso che, grazie alla collaborazione del Legislatore e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ha portato a un importante ridimensionamento del fenomeno corruttivo, cercando di fornire al lettore l'ingrediente che a tratti, nell'approccio ai caotici testi di Legge e alle Linee guida ANAC, sembra mancare, ossia l'organicità.

Capitolo 1

Lineamenti generali sull'anticorruzione nel settore pubblico

1. Premessa sul fenomeno corruttivo

Nella società odierna la corruzione ha assunto dimensioni macroscopiche, tanto che è divenuta da “*fenomeno burocratico/pulviscolare*” a “*fenomeno politico-amministrativo-sistemico*”.³ “*La corruzione sistemica, oltre al prestigio, all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione, pregiudica, da un lato, la legittimazione stessa delle pubbliche amministrazioni, e, dall'altro (...) l'economia della Nazione*”.⁴

Un mercato corrotto disincentiva, infatti, l'investimento di capitali dall'estero e genera sfiducia nelle imprese, minando così la competitività di un Paese.⁵

Ma cos'è la corruzione?

Il termine corruzione deriva dal latino “*corrumpere*”, ossia “rompere con”⁶: quando un soggetto abusa del proprio potere per perseguire un interesse personale, discostandosi dal fine per cui tale potere gli era stato affidato, rompe infatti un accordo, sulla base del quale la collettività aveva riposto la propria fiducia nelle istituzioni.⁷

La corruzione, intesa come fenomeno e non come reato, abbraccia, dunque, tutte quelle condotte illecite che comportano il tradimento di un rapporto fiduciario per ottenere un guadagno privato, e questo è tanto più vero se si pensa alla corruzione tra privati.⁸

³ Corte dei Conti, discorso di apertura dell'anno giudiziario 2013, PNA 2013, pp.13 e ss.

⁴ *Ibidem*, pp.13 e ss.

⁵ M. Monti, introduzione al *Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, in trasparenza.formez.it, 2012.

⁶ Il prefisso indica che la condotta corruttiva deve essere posta in essere da almeno due persone, un corruttore e un corrotto: si tratta infatti di un reato a concorso plurisoggettivo necessario.

A. Jannone, I. Maccani, *Corruzione e anticorruzione in Italia, Pubblico e privato, trasparenza e appalti, prevenzione e contrasto*, FrancoAngeli, 2017, p. 21.

⁷ *Trasparenza, Anticorruzione e 231*, di Davoli, Guiducci, Nobile, Arecco, 2017, Wolters Kluwer Italia e www.responsabilitaèimpresa.it, p. 6; A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, p. 21.

⁸ A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, p. 21.

Essa sovverte le regole del libero mercato e del sistema giudiziale, favorisce crimini di portata transnazionale e le tensioni tra Stati, portando a una crescente sfiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni.⁹

I numerosi studi¹⁰ effettuati per analizzare la diffusione della corruzione hanno evidenziato come, nel panorama europeo, l'Italia, insieme a Grecia e Bulgaria, sia uno dei Paesi maggiormente afflitti da un simile male sociale: dalle statistiche risulta *ictu oculi* un grande divario tra corruzione reale, denunciata e repressa penalmente, e corruzione percepita ma non sanzionata.

Infatti, essendo quantomeno improbabile che corrotto e corruttore si autodenuncino, una grossa fetta del fenomeno corruttivo resta celata tra le pieghe della società, riuscendo a sfuggire all'accertamento penale, sintomo questo di una malattia molto più grave di quanto possa apparentemente sembrare.¹¹

È evidente, a questo punto, che la repressione penale da sola non è più sufficiente; bisogna allora individuare e analizzare i fattori che favoriscono la corruzione per elaborare metodi che la contrastino.¹²

A tal fine è d'aiuto richiamare i punti nodali della *Rational Choice Theory*, elaborata negli anni ottanta dai criminologi Cornish Derek e Clark Ronald¹³, utilizzando le teorie utilitaristiche di Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, il quale vedeva le scelte morali come il

⁹ S. Bonfigli, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, www.astrid-online.it, p. 1.

¹⁰ *Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, pagg. 5 e ss.; *OECD integrity review of Italy: reinforcing public sector integrity, restoring trust for sustainable growth*, OECD 2013, pagg. 15 e ss. (studi riportati nel PNA 2013, p. 14); classifica della corruzione percepita (*Corruption Perceptions Index*) realizzata dall'organizzazione internazionale non governativa *Transparency International*; *Control of Corruption Index* della Banca Mondiale.

¹¹ Il quotidiano *La Repubblica* ha pubblicato duecentoventi articoli relativi a casi di corruzione tra il 1992 e il 1994, via via diminuiti sino ad arrivare a ventidue tra il 2008 e il 2010.

A ridursi, in realtà, non sono stati gli episodi di corruzione, ma soltanto le denunce, molto più numerose negli anni di Tangentopoli, durante i quali i casi di corruzione si trovavano nell'occhio del ciclone del sistema giudiziario.

A. Jannone, I. Maccani, *Corruzione e anticorruzione in Italia, Pubblico e privato, trasparenza e appalti, prevenzione e contrasto*, FrancoAngeli, 2017, pp. 12 e 22; PNA 2013, p. 14; R. Imperiali, *Pubblicato il primo report della Commissione sull'anticorruzione nella Unione europea*, tratto da *Diritto 24 de Il Sole 24 Ore*, 2014.

¹² A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, p. 31.

¹³ Il criminologo Clark Ronald aveva già effettuato degli studi con Felson Marcus, dai quali risultava che una componente fondamentale per maturare e poi dar seguito a un proposito criminoso è quella dell'opportunità. Bisogna, in particolare, tener conto di tre fattori: tempo a disposizione; informazioni conosciute; possibilità che secondo lo stesso reo egli ha di superare eventuali ostacoli.

A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, p. 32.

prodotto di una somma algebrica tra costi e benefici; tali sarebbero anche le scelte del corruttore.¹⁴

Con ciò non si vuole di certo negare l'esistenza di ulteriori fattori, quali l'età o il contesto sociale di provenienza, ma si cerca di evidenziare il ruolo cruciale svolto, nell'elaborazione di un disegno criminoso, dalla valutazione razionale tra costo e guadagno.¹⁵

Ne consegue che non bisognerà soltanto favorire una cultura della legalità che crei terreno sterile per i comportamenti antisociali, ma sarà altresì necessario investire in un potenziato sistema di controlli: più questi ultimi sono rigorosi, più porre in essere una condotta illecita diventa rischioso; i costi, cioè, superano i benefici.¹⁶

A conclusioni simili giunge anche la più importante delle teorie elaborate per comprendere quali siano i fattori generativi di condotte fraudolente: la teoria del *Triangolo della Frode o della corruzione*¹⁷, il cui padre fondatore può considerarsi il criminologo Donald R. Cressey.¹⁸

Quest'ultimo studiò il comportamento di duecentocinquanta autori di reati contro la Pubblica Amministrazione, accomunati da una medesima circostanza, ossia aver tradito il rapporto di fiducia, che costituiva il presupposto della carica rivestita, dopo aver a lungo svolto il proprio lavoro in maniera irreprensibile.

Grazie a questo studio Cressey individuò tre fattori criminogeni:

- pressione/bisogno. Il corruttore avverte un bisogno, quasi sempre di natura economica, che lo spinge a delinquere; si pensi, ad esempio, alle forti pressioni cui è sottoposto chi sta al vertice di un'impresa o più semplicemente a un contingente bisogno di danaro di un dipendente qualsiasi.
- opportunità. Il reo individua un'occasione che, pur implicando la rottura del rapporto fiduciario, gli garantisce di non essere scoperto e, dunque, l'impunità.
- razionalizzazione. Nell'aspirante corruttore matura il convincimento secondo il quale la condotta illecita che vuole porre in essere non andrà a scalfire in alcun modo la propria integrità morale.

¹⁴ A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹⁷ La corruzione può considerarsi di fatto una frode, dal momento che essa implica sempre una rappresentazione della realtà non corrispondente al vero.
A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸ *Ibidem*, p. 39.

Il nome della teoria, *Triangolo della Frode o della corruzione*, prende il nome dal cosiddetto triangolo del fuoco, in base al quale è necessario che vengano a contatto tre diversi elementi (combustibile, carburante e fonte di calore) perché scoppi un incendio.

Ognuno di essi è necessario e imprescindibile, così come lo sono i fattori generativi della condotta fraudolenta, prima analizzati.

Dati questi presupposti, la conclusione che facilmente se ne può trarre è che per favorire la lotta alla corruzione e ridurre la diffusione sarà sufficiente intervenire anche su una sola delle cause criminogene.

Per il Legislatore, in particolare, la via più semplice da percorrere, soprattutto nei contesti aziendali, è ridurre il fattore opportunità potenziando il sistema dei controlli: se il rischio di essere scoperti aumenta, il processo di razionalizzazione rallenta sino a far cadere del tutto qualsiasi proponimento criminoso.¹⁹

Prevenire, dunque, prima ancora che reprimere.

Non è un caso che il Summit dell'Aquila del 2009 tra i Paesi del G8 ha sottolineato l'importanza per ciascuno Stato di adottare misure di prevenzione della corruzione, di cui dar conto nel c.d. "2009 Accountability Report", un rapporto sulla lotta alla corruzione nei suddetti Paesi.²⁰

È proprio in quest'ottica preventiva che si pongono, come vedremo, da un lato il D.Lgs. n. 231/2001, dall'altro la L. n. 190/2012, la c.d. Legge Severino, e i suoi Decreti attuativi.

2. La Legge n. 190/2012 e i suoi Decreti attuativi. I soggetti destinatari

La Legge 6 novembre 2012, n. 190, "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*"²¹, è uno degli ultimi tasselli di un mosaico di norme, nazionali e sovranazionali, tutte improntate alla lotta alla corruzione.²²

¹⁹ A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, pp. 39 e ss.

²⁰ S. Bonfigli, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, www.astrid-online.it, p. 2.

²¹ Il testo normativo è stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale n. 265 del 13 novembre 2012* ed è entrato in vigore il 28 novembre 2012.

A. Coen, *Le norme anticorruzione, gli obblighi di trasparenza e pubblicità-Sintesi per concorsi pubblici. Sintesi aggiornata per concorsi pubblici della Legge 190/2012 e del decreto 33/2013*, 2018, p. 6.

²² A. Macrillò, *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione. Alla luce della Legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190*, CEDAM, 2012, p. 1.

L'iter normativo, che ha condotto all'emanazione della summenzionata Legge, inizia con la Convenzione OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997, ratificata dall'Italia con la L. n. 300/2000; seguono la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, redatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata dall'Italia con L. n. 110/2012, e la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, accolta dall'Assemblea Generale il 31 ottobre 2003 e ratificata con la L. n. 116/2009.

Dando attuazione a queste ultime due Convenzioni, l'art. 1, co. 1, della L. n. 190/2012 “...individua, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.”²³

L'Italia, così facendo, si è conformata anche alle raccomandazioni del Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO²⁴), istituito nel 1999 all'interno del Consiglio d'Europa per la collaborazione dei Paesi partecipanti²⁵ nella lotta alla corruzione.²⁶

La L. n. 190/2012 ha modificato il regime della trasparenza e del conflitto di interessi contenuto nella L. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo; ha altresì manipolato il testo del D.Lgs. n. 165/2001, introducendo delle disposizioni relative al codice di comportamento e alla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici.²⁷

Importanti novità sono dovute ai Decreti attuativi della L. n. 190/2012, in particolare al D.Lgs. n. 33/2013, intitolato “*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità e trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*”, il cui testo normativo è stato modificato, così come quello della L. n. 190/2012, dal D.Lgs. n. 97/2016.

²³ Art. 1, co. 1, della L. n. 190/2012; A. Macrillò, *op. cit.*, p. 1 e ss.; A. Coen, *op. cit.*, p. 6.

²⁴ L'acronimo sta per “Group of States against corruption” o “Groupe d'États contre la corruption”.

A. Jannone, I. Maccani, *Corruzione e anticorruzione in Italia, Pubblico e privato, trasparenza e appalti, prevenzione e contrasto*, FrancoAngeli, p. 19.

²⁵ Dall'agosto del 2010 il GRECO comprende tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, gli Stati Uniti e la Bielorussia.

A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, p. 19.

²⁶ A. Macrillò, *op. cit.*, p. 2.

²⁷ A. Macrillò, *op. cit.*, p. 3.

Non possono non essere citati il D.Lgs. n. 39/2013, sull'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi presso le Pubbliche Amministrazioni e presso gli enti di diritto privato in controllo pubblico; il D.Lgs. n. 235/2012, rubricato "*Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190*"; il D.P.R. n. 62/2013, relativo al codice di comportamento dei dipendenti pubblici e il D.Lgs. n. 150/2009, introdotto allo scopo di migliorare la produttività del lavoro pubblico.²⁸

Al fine di reprimere la corruzione, intesa in senso lato, la L. n. 190/2012 ha modificato anche l'assetto normativo dei reati contro la Pubblica Amministrazione.²⁹

In particolare ha inciso sulla disciplina della corruzione nel settore privato, sostituendo il testo dell'art. 2635 c.c., e ha inasprito le pene previste per il peculato, per la corruzione propria e in atti giudiziari e per l'abuso d'ufficio.³⁰

Ha modificato il reato di concussione, eliminando il riferimento alla condotta induttiva (che è andata a costituire un'autonoma fattispecie delittuosa, l'induzione a dare o promettere utilità, di cui all'art. 319-*quater*), e ha limitato la rilevanza penale della condotta costringitiva al solo caso in cui essa sia posta in essere da un pubblico ufficiale, e non più anche da un incaricato di pubblico servizio.³¹

Infine, all'interno del *genus* corruzione, intesa in senso stretto, ha introdotto una distinzione tra il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (cosiddetta corruzione impropria), di cui all'art. 318 c.p., e il reato di corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio (cosiddetta corruzione propria), di cui all'art. 319 c.p.³²

Dopo aver ripercorso i punti focali della L. n. 190/2012, si cercherà adesso di definire il novero dei soggetti destinatari delle norme in materia di prevenzione della corruzione.

La disciplina si applica in ogni sua parte alle pubbliche amministrazioni.

Ai sensi dell'art. 1, co. 2-*bis*, della L. n. 190/2012, infatti, il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) "*costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1,*

²⁸ A. Coen, *op. cit.*, p. 6.

²⁹ *Ibidem*, p. 6.

³⁰ A. Macrillò, *op. cit.*, p. 3.

³¹ *Ibidem*, pp. 3-4; A. Coen, *op. cit.*, p. 17.

³² A. Coen, *op. cit.*, p. 17.

comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione” (PTPC).

È sempre lo stesso art. 1, co. 2-*bis* a disporre che le norme sulla prevenzione della corruzione interessano anche gli “*altri soggetti di cui all’art. 2-bis, co. 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*”, ossia gli enti pubblici, gli ordini professionali, le società e gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico, i quali devono adottare “*misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno del 2001, n. 231*”.

In un’ottica semplificativa e al fine di evitare duplicazioni, questi soggetti non devono redigere un PTPC, ma si limitano a integrare il Modello di organizzazione, gestione e controllo, già adottato ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, con le ulteriori misure di prevenzione dettate dalla L. n. 190/2012.³³

3. La nozione ampia di corruzione ai sensi del Piano Nazionale Anticorruzione

Come si è già avuto modo di esaminare, il fenomeno corruttivo può essere definito come il tradimento di un rapporto fiduciario, al fine di perseguire un interesse privato.

In linea con questa definizione, il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) abbraccia un concetto ampio di corruzione, comprensivo non solo delle fattispecie di reato di cui agli artt. 318, 319 e 319-*ter*, c.p., ma anche di tutti i delitti contro la Pubblica Amministrazione previsti dal Titolo II, Capo I del codice penale e finanche della così detta *maladministration*. Come disposto dall’ Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) nella determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015, di aggiornamento al PNA 2013, la *maladministration* consiste nella

³³ *Ibidem*, p. 7.

In particolare la disciplina anticorruzione, dato il richiamo all’art. 2-*bis*, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013 (articolo che è stato aggiunto dall’art. 3, co. 2, D.Lgs. n. 97/2016) si applica:

a) *agli enti pubblici economici e agli ordini professionali;*

b) *alle società in controllo pubblico come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell’articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Sono escluse le società quotate come definite dallo stesso decreto legislativo emanato in attuazione dell’articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124;*

c) *alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell’ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità di titolari o dei componenti dell’organo d’amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.*

“assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell’interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari”.³⁴

La nozione lata di corruzione fatta propria dal PNA, anche detta *corruzione amministrativa*, si riferisce dunque a ogni comportamento contrastante con i principi dell’etica pubblica.³⁵

Il concetto di etica pubblica è antitetico rispetto a quello di *maladministration*.

Esso si fonda sull’idea che la Pubblica Amministrazione debba tutelare gli interessi della collettività, conformandosi ai principi di buon andamento e imparzialità, così come richiamati in via diretta e indiretta dagli articoli 97 e 98 Cost e dall’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.³⁶

L’etica pubblica può essere definita come il “*complesso delle regole che garantiscono il risultato di scelte pubbliche, non in sé giuste, ma imparziali, non impropriamente condizionate da interessi particolari*”³⁷; essa rappresenta, dunque, il principale strumento di lotta alla *maladministration*³⁸.

Oltre che dal PNA, il concetto di corruzione, intesa in senso lato, è richiamato da alcune disposizioni normative, come la L. n. 3/2003, che istituì l’Alto commissariato per la lotta alla corruzione, abolito nel 2008, o il D.Lgs. n. 150/2009, che ha conferito alla Commissione indipendente per la valutazione, l’integrità e la trasparenza (CIVIT), oggi ANAC, un ruolo centrale nella prevenzione della corruzione.³⁹

Riassumendo si può dunque dire che, sul piano oggettivo, la corruzione amministrativa abbraccia i reati corruttivi intesi *stricto sensu*, l’intera gamma dei reati contro la Pubblica Amministrazione previsti dal Titolo II, Capo I, del codice penale, e tutte quelle condotte che, pur non avendo alcuna rilevanza penale, “*sono fonte di responsabilità di altro tipo o non espongono ad alcuna sanzione, ma sono comunque sgradite all’ordinamento giuridico*”:

³⁴ Determinazione ANAC n. 12 del 28/10/2015, p. 7.

³⁵ A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, p. 57.

³⁶ *Ibidem*, pp. 52-53.

³⁷ A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, p. 52.

³⁸ *Ibidem*, p. 51.

³⁹ B.G. Mattarella, “*Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*”, in www.masterprocurement.it, 2012, p. 1.

conflitti di interesse, nepotismo, clientelismo, partigianeria, occupazione di cariche pubbliche, assenteismo, sprechi”⁴⁰; è ciò che è stato definito *maladministration*.

Sul piano soggettivo, invece, le condotte che rientrano nella nozione di corruzione amministrativa possono essere perpetrate non soltanto da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, ma anche da un dipendente pubblico qualsiasi.

Lo scopo primario della L. n. 190/2012 e dei suoi Decreti attuativi, così come del D.Lgs. n. 231/2001, è quello di contrastare comportamenti antisociali, suscettibili di sfociare in condotte penalmente rilevanti, puntando su rigorosi controlli interni che riducano tale rischio; ciò implica la predisposizione di procedure improntate al principio della trasparenza e la previsione di sanzioni di diverso tipo in caso di inadempienza.⁴¹

È quanto si cerca di realizzare con la predisposizione del Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC) e del Modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dal D.Lgs. n. 231/2001.

4. L’Autorità Nazionale Anticorruzione e il Piano Nazionale Anticorruzione

L’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) trova il suo antesignano nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), di seguito denominata Commissione, istituita nel 2009 dal D.Lgs. n. 150/2009 (cosiddetto Decreto Brunetta), con il compito di vigilare sull’efficienza delle amministrazioni pubbliche e sul sistema della trasparenza.

I risultati raggiunti sono stati a lungo deludenti, non tanto per incapacità della Commissione, quanto a causa dell’insufficienza di poteri e di personale attribuite.

Grazie alla L. n. 190/2012 e a successivi interventi legislativi, che hanno inciso sulla composizione, sui compiti e sui poteri della Commissione stessa, si è assistito a un cambio di rotta.⁴²

⁴⁰ *Ibidem*, p. 1; A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, pp. 57-58.

⁴¹ A. Jannone, I. Maccani, *op. cit.*, pp. 58-59.

⁴² ANAC, Piano di riordino (ai sensi dell’art. 19, comma 3 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114), pp. 8-9.

L'art. 1, commi 1 e 2, della L. n. 190/2012, dando attuazione ad alcune convenzioni internazionali in materia di lotta alla corruzione⁴³, ha affidato alla Commissione compiti “*di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”⁴⁴; queste funzioni, inizialmente, venivano svolte di concerto con il Dipartimento della funzione pubblica, il quale, oltre agli altri compiti in materia di prevenzione della corruzione elencati ancora oggi al co. 4, dell’art. 1, della L. n. 190/2012, doveva predisporre il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA).⁴⁵

Veniva in questo modo creata un’autorità il cui compito precipuo era quello di combattere il fenomeno corruttivo nella Pubblica Amministrazione attraverso strumenti preventivi prima ancora che repressivi; tuttavia i poteri e il grado di indipendenza di cui la Commissione disponeva apparivano ancora insufficienti per un compito di siffatta portata.

Con l’entrata in vigore dell’art. 5, co. 3, della L. n. 125/2013, la Commissione assume il nome di Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche.⁴⁶

Ma è solo con il D.L. n. 90/2014, poi convertito in L. n. 114/2014, che il Legislatore decide realmente di rilanciare l’ANAC, aumentandone poteri e funzioni.

La risposta all’emergenza corruttiva, emersa in seguito alle indagini effettuate in occasione dell’Expo 2015 e del Mose di Venezia, viene individuata, a differenza che in passato, non tanto nell’inasprimento del sistema sanzionatorio, quanto nel rafforzamento di quello preventivo.⁴⁷

In particolare, viene soppressa l’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (AVCP) e le sue funzioni vengono trasferite all’ANAC, la quale assume il nome attuale di Autorità Nazionale Anticorruzione, senza più alcun riferimento alla valutazione e alla trasparenza.⁴⁸

⁴³ Come già riportato al paragrafo 2, si tratta della Convenzione dell’ONU contro la corruzione del 2003 e della Convenzione penale sulla corruzione, redatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999.

⁴⁴ Art. 1, co. 1, della L. n. 190/2012.

⁴⁵ ANAC, Piano di riordino (ai sensi dell’art. 19, comma 3 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114), p. 9.

⁴⁶ L’art. 5, co. 5, della L. n. 125/2013 incide sul contenuto dell’art. 13, co. 3, del D.Lgs. n. 150/2009: esso modifica “*i criteri della nomina dei componenti (dell’ANAC) aumentando significativamente il grado di indipendenza degli stessi*”. *Ibidem*, p. 9.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 16.

Inoltre, ai sensi dell'art. 19 del D.L. n. 90/2014, la prevenzione della corruzione e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni diventano materie di competenza esclusiva dell'ANAC.⁴⁹

Le funzioni da quest'ultima esercitate sono elencate all'art. 1, co. 2, della L. n. 190/2012.⁵⁰ Si desidera, in particolare, focalizzare l'attenzione sulla lettera f) del summenzionato comma; esso attribuisce all'Autorità il compito di vigilare *sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni* in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza.⁵¹

A tal fine l'art. 1, co. 3, della L. n. 190/2012 attribuisce all'ANAC poteri ispettivi, nell'esercizio dei quali essa può richiedere alle pubbliche amministrazioni informazioni e documenti, intimare alle stesse di adottare atti o provvedimenti previsti dai Piani anticorruzione o dalle norme in materia di trasparenza o ordinare di rimuovere condotte che li violano.⁵²

⁴⁹ A. Coen, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 1, co. 2, della L. n. 190/2012, l'ANAC:

- a) *collabora con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti;*
- b) *adotta il Piano nazionale anticorruzione ai sensi del comma 2-bis;*
- c) *analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto;*
- d) *esprime parere obbligatorio sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico;*
- e) *esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del comma 16-ter, introdotto dal comma 42, lettera l), del presente articolo;*
- f) *esercita la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti;*
- g) *riferisce al Parlamento, presentando una relazione entro il 31 dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia.*

Funzioni di alta sorveglianza le sono state attribuite dal D.L. n. 90/2014, in relazione all'esecuzione delle opere dell'EXPO 2015, e dalla L. n. 229/2016, sulla ricostruzione delle aree distrutte dai terremoti del 2016.

Ulteriori compiti dell'ANAC derivano dalle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 e dal D.Lgs. n. 97/2016. A. Coen, *op. cit.*, p. 8.

⁵¹ *Ibidem*, p. 8.

⁵² *Ibidem*, p. 8.

L'Autorità sopracitata dispone altresì di poteri sanzionatori, da esercitare, ai sensi dell'art. 19, co. 5, del D.L. n. 90/2014, nel caso di omessa adozione del PTPC o di inadempienze talmente gravi da essere parificate alla prima condotta.⁵³

In linea con il ruolo centrale rivestito in materia di prevenzione della corruzione, l'ANAC, ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. b), della L. n. 190/2012, adotta il Piano Nazionale Anticorruzione⁵⁴, e lo fa sentiti il Comitato interministeriale per la prevenzione e il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione⁵⁵ e la Conferenza unificata di cui all'art. 8, co. 1, del D.Lgs. n. 281/1997.⁵⁶

Il PNA ha durata triennale e viene aggiornato annualmente.⁵⁷

*“Esso costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni (...), ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n.33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”.*⁵⁸

Dunque, le pubbliche amministrazioni, nell'adottare un proprio PTPC, e gli enti pubblici, le società e gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico, nell'integrare il Modello di organizzazione e gestione di cui al D.Lgs. n. 231/2001, sono tenuti al rispetto delle indicazioni fornite dall'ANAC nelle Linee guida e nel PNA.⁵⁹

Esso *“individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione”*⁶⁰; impegna, inoltre, le pubbliche amministrazioni e gli enti da esse controllati a

⁵³ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁴ Il previgente testo dell'art. 1, co. 2, lett. b), della L. n. 190/2012 conferiva al Dipartimento della funzione pubblica il compito di predisporre il PNA e all'ANAC quello di approvarlo. La lettera b) sopracitata è stata poi sostituita dall'art. 41 del D.Lgs. n. 97/2016; lo stesso Decreto ha introdotto il comma 2-bis, dell'art. 1, della L. n. 190/2012.

⁵⁵ Comitato istituito con D.P.C.M. del 16 gennaio 2013.

A. Coen, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁶ L'art. 8, co. 1, del D.Lgs. n. 281/1997 così recita: *“La Conferenza Stato-città ed autonomie locali è unificata per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province, dei comuni e delle comunità montane, con la Conferenza Stato-regioni”.*

⁵⁷ A. Coen, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁸ Art. 1, co. 2-bis, della L. n. 190/2012.

⁵⁹ A. Coen, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁰ Art. 1, co. 2-bis, della L. n. 190/2012.

tener conto della propria struttura organizzativa e delle funzioni pubbliche o attività di pubblico interesse esercitate, ai fini dell'adozione delle suddette misure.⁶¹

Vengono così soddisfatte due diverse esigenze: da un lato, garantire un certo livello di uniformità dei procedimenti e degli strumenti di prevenzione della corruzione; dall'altro, non ledere l'autonomia delle amministrazioni pubbliche e degli enti in controllo pubblico, consentendo loro di delineare il proprio assetto organizzativo e di individuare le misure anticorruptive che meglio vi rispondano.⁶²

Per garantire il rispetto di quanto disposto nel PNA, all'ANAC sono stati conferiti i poteri, già analizzati, di cui all'1, co. 3, della L. n. 190/2012.⁶³

5. Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza

La L. n. 190/2012 distingueva in origine tra due distinte figure, quella del Responsabile della prevenzione della corruzione (RPC) e quella del Responsabile della trasparenza (RT); in seguito all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 97/2016, le loro funzioni sono confluite in capo ad un unico soggetto, coerentemente rinominato Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT).

Quest'ultimo viene individuato, ai sensi dell'art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012, dall'organo di indirizzo politico, che provvede altresì ad *“eventuali modifiche organizzative necessarie per assicurare funzioni e poteri idonei per lo svolgimento dell'incarico con piena autonomia ed effettività”*.⁶⁴

Il RPCT ha il compito di segnalare all'organo di indirizzo politico e all'Organismo indipendente di valutazione le anomalie relative all'attuazione delle misure per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza e di indicare agli uffici competenti i nominativi dei dipendenti che hanno violato o non hanno dato corretta attuazione alle

⁶¹ A. Coen, *op. cit.*, p. 13.

⁶² *Ibidem*, p. 13.

⁶³ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁴ Art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012; N. Cirillo, *Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza –RPCT. Dalla legge n. 190/2012 al decreto legislativo n. 97/2016: come cambia la figura del responsabile della prevenzione della corruzione. Legalità, etica e anticorruzione*, www.consiglionazionaleforense.it, 2017.

sudde misure, ai fini dell'esercizio dell'azione disciplinare (art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012).⁶⁵

Il Responsabile propone all'organo di indirizzo politico, affinché lo adotti, il Piano triennale di prevenzione della corruzione entro il 31 gennaio di ogni anno (art. 1, co. 8, della L. n. 190/2012); ne verifica altresì l'adeguatezza e l'efficace attuazione e, nel caso in cui si siano verificate gravi violazioni del medesimo Piano o siano sopravvenuti mutamenti relativi all'assetto organizzativo o all'attività esercitata dalla pubblica amministrazione, propone all'organo di indirizzo modifiche da apportarvi (art. 1, co. 10, lett. a), della L. n. 190/2012). Il RPCT verifica l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici in cui vengono svolte attività particolarmente esposte al rischio corruttivo e individua le procedure per selezionare e formare i dipendenti che opereranno in aree di attività con elevato rischio di corruzione (art. 1, co. 10, lettere b) e c), della L. n. 190/2012 e art 1, co. 8, della medesima Legge).

Pubblica, inoltre, sul sito web della pubblica amministrazione una relazione relativa ai risultati raggiunti e la trasmette all'organo di indirizzo politico, il quale deve essere informato circa l'attività svolta; vigila, infine, sull'effettiva attuazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 39/2013.⁶⁶

Come si è già avuto modo di accennare, il RPCT viene nominato dall'organo di indirizzo politico, che di regola lo sceglie (in seguito alla riforma introdotta dal D.Lgs. n. 97/2016) tra i dirigenti di ruolo in servizio.

A differenza che in passato, non esiste più una disposizione legislativa che vincola l'organo di indirizzo a scegliere, in via prioritaria, un dirigente amministrativo di prima fascia; il Legislatore ha cercato, infatti, di far fronte all'odierna realtà delle pubbliche amministrazioni, che dispongono di un numero esiguo di dirigenti di vertice.⁶⁷

L'ANAC, tuttavia, ha disposto che, ove possibile, la nomina di RPCT debba continuare a interessare dirigenti di prima fascia, o dipendenti a questi equiparati, poiché bisogna considerare che il Responsabile ricopre un ruolo che implica un effettivo potere di interlocuzione con l'organo di indirizzo politico e con l'intera struttura della pubblica amministrazione in cui lo stesso si trova ad operare.⁶⁸

⁶⁵ Art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012; A. Coen, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁶ N. Cirillo, *op. cit.*

⁶⁷ A. Coen, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 10.

Ai sensi dell'art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012, *“negli enti locali, il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza è individuato, di norma nel segretario o nel dirigente apicale, salva diversa e motivata determinazione. Nelle unioni di comuni, può essere nominato un unico responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza”*.⁶⁹

È ammessa la possibilità di nominare un dipendente che non ricopra una posizione dirigenziale, ma tale scelta deve essere accompagnata da un'adeguata motivazione che tenga conto delle dimensioni e dell'assetto organizzativo dell'ente.⁷⁰

L'ANAC ha indicato, inoltre, requisiti ulteriori da tenere in considerazione ai fini della nomina di RPCT.

In particolare, quest'ultimo deve avere una conoscenza della realtà organizzativa dell'amministrazione consona al tipo di compito che è chiamato a svolgere⁷¹ e godere di una certa autonomia⁷², il che ha come naturale conseguenza quella di non trovarsi in una posizione di conflitto di interessi; è altresì auspicabile che il Responsabile sia scelto tra i dirigenti non assegnati a uffici che svolgono attività di amministrazione attiva o che operano nei settori maggiormente colpiti dalla corruzione (un esempio fra tutti, l'ufficio contratti).

Deve, infine, trattarsi di una persona il cui comportamento possa essere giudicato irreprensibile, che non sia mai stata colpita da un provvedimento giudiziale di condanna o da un provvedimento disciplinare.⁷³

Ai sensi del già citato art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012, così come modificato dall'art. 41 del D.Lgs. n. 97/2016, l'organo di indirizzo politico dispone *“le eventuali modifiche organizzative necessarie per assicurare (al RPCT) funzioni e poteri idonei per lo svolgimento dell'incarico con piena autonomia ed effettività”*⁷⁴.

Il Responsabile deve poter contare sull'ausilio di strumenti tecnici adeguati e sulla collaborazione di dipendenti posti al suo servizio, auspicabilmente creando, ferma restando

⁶⁹ Art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012; A. Coen, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰ N. Cirillo, *op. cit.*

⁷¹ Questo è il motivo per cui la nomina di un dirigente esterno deve essere considerata un'eccezione, che deve essere adeguatamente motivata in relazione all'assenza di dipendenti dotati dei requisiti richiesti dal Legislatore.

N. Cirillo, *op. cit.*

⁷² Per garantire un maggior grado di autonomia, è opportuno che il RPCT non provenga da un ufficio che opera in diretta collaborazione con l'organo di indirizzo politico (N. Cirillo, *op. cit.*).

⁷³ A. Coen, *op. cit.*, p. 10; N. Cirillo, *op. cit.*

⁷⁴ Art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012.

l'autonomia organizzativa di ciascuna pubblica amministrazione, un ufficio per l'esercizio delle sue funzioni; in alternativa, il RPCT può essere coadiuvato da addetti di altri uffici, venendosi così a creare una struttura improntata al principio della collaborazione, di cui possono avvalersi anche altri soggetti, come coloro che svolgono attività di *internal audit* o di controllo interno.⁷⁵

Il responsabile deve altresì godere di poteri che gli permettano di svolgere le funzioni affidategli, in particolare l'elaborazione del PTPC e il controllo sull'effettiva attuazione delle misure anticorruzione.

A tal fine il D.Lgs. n. 97/2016 ha rafforzato i poteri di vigilanza e di interlocuzione con tutti coloro che fanno parte della struttura amministrativa.⁷⁶

Il Responsabile, infatti, non opera come una monade, ma, come risulta dalle indicazioni contenute nel PTPC, ci sono diversi soggetti, all'interno della pubblica amministrazione, responsabili dell'attuazione delle misure relative alla prevenzione della corruzione.⁷⁷

*“Un modello a rete, quindi, in cui il RPCT possa effettivamente esercitare poteri di programmazione, impulso e coordinamento e la cui funzionalità dipende dal coinvolgimento e dalla responsabilizzazione di tutti coloro che, a vario titolo, partecipano dell'adozione e dell'attuazione delle misure di prevenzione.”*⁷⁸

Se l'amministrazione individua specifici referenti del RPCT, essi dovranno essere indicati nel PTPC.⁷⁹

Il Legislatore, attraverso le modifiche apportate con il D.Lgs. n. 97/2016, ha cercato, inoltre, di rafforzare la collaborazione tra il RPCT e l'Organismo indipendente di valutazione (OIV), consentendo a quest'ultimo di richiedere al Responsabile documenti e

⁷⁵ N. Cirillo, *op. cit.*

⁷⁶ È auspicabile che i poteri del RPCT siano indicati nell'atto di nomina.

N. Cirillo, *op. cit.*

⁷⁷ Ai sensi dell'art 16, commi 1-bis, 1-ter, 1-quater, del D.Lgs. n. 165/2001, i dirigenti di uffici dirigenziali generali “*concorrono alla definizione di misure idonee a prevenire e contrastare i fenomeni di corruzione e a controllarne il rispetto da parte dei dipendenti dell'ufficio cui sono preposti (comma 1-bis); forniscono le informazioni richieste dal soggetto competente per l'individuazione delle attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio corruzione e formulano specifiche proposte volte alla prevenzione del rischio medesimo (comma 1-ter); provvedono al monitoraggio delle attività nell'ambito delle quali è più elevato il rischio corruzione svolte nell'ufficio a cui sono preposti, disponendo, con provvedimento motivato, la rotazione del personale nei casi di avvio di procedimenti penali o disciplinari per condotte di natura corruttiva (comma 1-quater).*”

⁷⁸ N. Cirillo, *op. cit.*

⁷⁹ *Ibidem.*

informazioni utili ai fini dell'attività di controllo che è chiamato a svolgere⁸⁰ e imponendo al RPCT di consegnare una copia annuale relativa ai risultati raggiunti, oltre che all'organismo di indirizzo, anche all'OIV.⁸¹

Per quanto concerne la responsabilità del RPCT, ai sensi dell'art. 1, co. 14, della L. n. 190/2012, *“in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal Piano, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo (ossia il RPCT) risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché, per omesso controllo, sul piano disciplinare, salvo che provi di aver comunicato agli uffici le misure da adottare e le relative modalità e di avere vigilato sull'osservanza del Piano. La violazione, da parte dei dipendenti dell'amministrazione, delle misure di prevenzione previste dal Piano costituisce illecito disciplinare.”*⁸²

Dunque, nel caso in cui le disposizioni del PTPC vengano ripetutamente disattese, grava sul RPCT una responsabilità di tipo dirigenziale e disciplinare (quest'ultima in caso di omesso controllo), salvo che egli dimostri di aver comunicato agli uffici le misure di prevenzione da adottare e di aver adempiuto alle sue funzioni di vigilanza circa l'effettivo rispetto del Piano; in questo caso il RPCT andrà esente da sanzioni e saranno i dirigenti a rispondere per la mancata attuazione delle misure anticorruzione.⁸³

L'art. 1, co. 12, della L. n. 190/2012 delinea, invece, una responsabilità di tipo dirigenziale⁸⁴, disciplinare⁸⁵, per danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione nel caso in cui sia stato commesso un reato di corruzione accertato con sentenza divenuta definitiva.

Il RPCT non sarà punito nel caso in cui dimostri di aver elaborato un PTPC che risponda a tutti i requisiti indicati all'art. 1, co. 9, della L. n. 190/2012 e di aver adempiuto ai compiti previsti dal comma 10 del medesimo articolo, primo fra tutti l'obbligo di vigilare sull'adeguatezza e sul rispetto delle misure contenute nel Piano.⁸⁶

⁸⁰ È quanto disposto dall'art. 41, co. 1, lett. h), del D.Lgs. n. 97/2016.

⁸¹ Art. 1, co. 14, della L. n. 190/2012.

N. Cirillo, *op. cit.*

⁸² Art. 1, co. 14, della L. n. 190/2012.

⁸³ A. Coen, *op. cit.*, pp. 10-11; N. Cirillo, *op. cit.*

⁸⁴ La responsabilità dirigenziale comporta il mancato rinnovo o la revoca dell'incarico.

N. Cirillo, *op. cit.*

⁸⁵ La sanzione disciplinare consiste nella sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da uno a sei mesi (art. 1, co. 13, della L. n. 190/2012).

N. Cirillo, *op. cit.*

⁸⁶ Art. 1, co. 12, del D.Lgs. n. 190/2012; A. Coen, *op. cit.*, p. 11.

Per quanto riguarda la violazione degli obblighi di pubblicazione⁸⁷, sul responsabile della suddetta violazione (che potrebbe identificarsi nel RPCT, dal momento che anche su quest'ultimo gravano obblighi del medesimo tipo) ricade una responsabilità di tipo dirigenziale e, in alcuni casi, per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.⁸⁸

La violazione è valutata anche “*ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili*”⁸⁹, salvo che questi non provino che la violazione degli obblighi di pubblicazione è stata cagionata da una causa a essi non imputabile (art. 46, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013).⁹⁰

Sulla figura del Responsabile gravano, dunque, numerosi obblighi, ai quali, tuttavia, corrispondono altrettanti poteri e garanzie.

L'art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012, infatti, dispone che “*eventuali misure discriminatorie, dirette o indirette, nei confronti del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza per motivi collegati, direttamente o indirettamente, allo svolgimento delle sue funzioni devono essere segnalate all'Autorità nazionale anticorruzione, che può chiedere informazioni all'organo di indirizzo e intervenire nelle forme di cui al comma 3, articolo 15, decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39*”.⁹¹

⁸⁷ In seguito alle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 97/2016, il medesimo discorso si estende ai casi di rifiuto, differimento e limitazione dell'accesso civico, fuori dai casi previsti dall'art. 5-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013.

⁸⁸ N. Cirillo, *op. cit.*; art. 46, co. 1, del D.Lgs. n. 33/2013.

⁸⁹ art. 46, co. 1, del D.Lgs. n. 33/2013.

⁹⁰ N. Cirillo, *op. cit.*

Una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 500 a 10.000 euro è prevista, inoltre, dall'art. 47 del D.Lgs. n. 33/2013 per il responsabile della violazione di specifici obblighi di trasparenza, elencati nel medesimo articolo.

⁹¹ Art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012.

6. Il Piano triennale di prevenzione della corruzione

Il Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC), come si è già avuto modo di analizzare nel paragrafo precedente, viene adottato dall'organo di indirizzo politico⁹² su proposta, presentata entro il 31 gennaio di ogni anno, del RPCT, il quale si occupa altresì di trasmetterlo all'ANAC⁹³, secondo quanto disposto dall'art. 1, co. 8, della L. n. 190/2012.

Ciononostante, l'ANAC ha statuito, nel PNA del 2016, che necessaria non è tanto la trasmissione del PTPC all'Autorità medesima, quanto la sua pubblicazione nel sito istituzionale della pubblica amministrazione; tale pubblicazione deve avvenire tempestivamente e comunque entro un mese dall'adozione del Piano.

L'ANAC, in attesa che venga creata un'apposita piattaforma informatica, ha cercato così di semplificare i numerosi adempimenti che gravano sulla Pubblica Amministrazione.⁹⁴

Ma da chi viene elaborato il PTPC?

Secondo quanto previsto dall'art. 1, co. 8, della L. n. 190/2012, *“l'attività di elaborazione del piano non può essere affidata a soggetti estranei all'amministrazione.”*⁹⁵

Questo divieto deriva dalla circostanza che, essendo il PTPC uno strumento destinato a calarsi in una specifica realtà operativa ed organizzativa, esso può e deve essere predisposto solo da soggetti interni a quella stessa realtà, che di essa conoscono procedimenti decisionali e attività maggiormente esposte al rischio corruttivo, riuscendo così a individuare gli strumenti di prevenzione della corruzione che meglio vi rispondano.⁹⁶

Alla stesura del PTPC partecipano i dirigenti, alcuni dipendenti scelti in rappresentanza delle diverse strutture dirigenziali, i collaboratori del Presidente e del Segretario Generale e, in alcuni casi, l'intero personale della pubblica amministrazione⁹⁷; in questo processo, come si è già detto, il RPCT riveste un ruolo principale.

Passando ora ad analizzare il contenuto del PTPC, bisogna premettere che, ai sensi dell'art. 1, co. 8, della L. n. 190/2012, già più volte citato, l'organo di indirizzo politico indica gli

⁹² Per espressa previsione di Legge (art. 1, co. 8, della L. n. 190/2012), negli enti locali il PTPC è approvato dalla giunta.

⁹³ A. Coen, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁹⁵ Art. 1, co. 8, della L. n. 190/2012.

⁹⁶ A. Coen, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁷ S. Sabetta, *Il piano triennale di prevenzione della corruzione*, in www.diritto.it, 2018.

obiettivi strategici cui si deve tendere nell'attività di prevenzione della corruzione; di tali obiettivi bisogna tener conto anche ai fini dell'elaborazione del Piano, dal momento che ne costituiscono “*contenuto necessario*”⁹⁸.

Quanto detto deve essere letto in combinato disposto con il comma 9 dell'art. 1 della L. n. 190/2012, che del PTPC individua il contenuto minimo.

Esso, in particolare, deve:

a) indicare quali attività, tra quelle esercitate dalla pubblica amministrazione che adotta il Piano, siano maggiormente sottoposte al rischio di corruzione, avendo particolare riguardo a quelle indicate all'articolo 1, co. 16, della L. n. 190/2012, il quale indica quattro diversi tipi di procedimenti particolarmente sensibili a tale rischio.

Già il PNA, al fine di garantire uniformità e per semplificare l'adozione del PTPC, individua una serie di attività ad elevato rischio corruttivo; la pubblica amministrazione, nell'elaborare il PTPC, deve andare oltre tali indicazioni, tenendo conto della sua specifica realtà e delle attività da essa svolte.

A tal fine, può basarsi sulle proposte dei dirigenti che, ai sensi dell'art. 16, co. 1, lett. a-bis, del D.Lgs. n. 165/2001, “*propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4*”⁹⁹ del medesimo Decreto;¹⁰⁰

b) elaborare, per le attività così individuate, dei “*meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni*”¹⁰¹ che siano effettivamente adeguati a prevenire e a contrastare il fenomeno corruttivo;

c) predisporre un sistema di informazioni nei confronti del RPCT, che garantisca a quest'ultimo un effettivo potere di interlocuzione, necessario all'esercizio delle funzioni assegnategli;

d) indicare come deve avvenire il controllo sul rispetto dei termini fissati per la conclusione dei procedimenti;

⁹⁸ Art. 1, co. 8, della L. n. 190/2012; *ibidem*, p. 12.

⁹⁹ Art. 16, co. 1, lett. a-bis, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁰⁰ Art. 1, co. 9, della L. n. 190/2012; A. Coen, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰¹ Art. 1, co. 9, della L. n. 190/2012

e) definire altresì come monitorare i rapporti instaurati dalla pubblica amministrazione con soggetti ad essa estranei, in occasione della conclusione di contratti o del rilascio di concessioni e autorizzazioni o nel corso dell'erogazione di vantaggi di natura economica (procedimenti già considerati sensibili al rischio di corruzione ai sensi dell'art. 1, co. 16, della L. n. 190/2012).

Sentore di un rapporto viziato da imparzialità potrebbe essere, ad esempio, la sussistenza di rapporti di parentela o affinità tra i dipendenti pubblici e i soggetti esterni;

f) disporre misure volte a garantire la trasparenza, ulteriori rispetto a quelle già previste dal Legislatore.¹⁰²

Lo scopo del PTPC è, dunque, quello di individuare le attività maggiormente soggette a corruzione, definire strumenti idonei a prevenirla e indicare all'amministrazione come attuare e aggiornare il Piano medesimo.

Esso si presenta, cioè, come strumento di gestione del rischio o "*risk management*".¹⁰³

La "teoria del *risk management*" individua tre fasi in cui si snoda il processo di gestione del rischio: la prima si sostanzia nello studio della realtà interna ed esterna al contesto amministrativo o aziendale preso in considerazione; la seconda è volta ad individuare il rischio e ad attribuirgli un valore (medio, alto o altissimo); durante la terza fase si determinano gli strumenti finalizzati a contrastare il suddetto rischio.

Studiare la realtà interna alla pubblica amministrazione significa analizzare tutte le attività da essa esercitate; ciascuna attività deve essere suddivisa in fasi e queste, a loro volta, in singole azioni, in modo tale da poter rintracciare più facilmente un'eventuale esposizione al rischio di corruzione.

L'analisi deve essere ripetuta tutte le volte in cui intervengono delle modifiche che alterano l'assetto organizzativo o operativo della Pubblica Amministrazione.

In un secondo momento vanno studiati i vari rapporti che quest'ultima intrattiene con soggetti esterni, al fine di rintracciare eventuali fattori che possono renderla più vulnerabile alla corruzione.¹⁰⁴

¹⁰² Art. 1, co. 9, della L. n. 190/2012; A. Coen, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰³ L. Hinna, M. Scinicariello, *La gestione del rischio di corruzione: processo e strumenti*, in www.prefettura.it, 2013.

¹⁰⁴ S. Sabetta, *Il piano triennale di prevenzione della corruzione*, in www.diritto.it, 2018.

Questa è la ragione per cui, come si è già avuto modo di analizzare in precedenza, ai sensi dell'art. 1, co. 9, lett. e), della L. n. 190/2012, il PTPC deve definire le modalità di monitoraggio dei rapporti instaurati dalla Pubblica Amministrazione con un *extraneus*.

La seconda fase, volta ad individuare e a valutare il rischio di corruzione, gioca un ruolo cruciale nell'elaborazione di un PTPC che possa considerarsi idoneo a fungere da strumento di prevenzione; si potrebbe dire, infatti, che non rintracciare e indicare nel Piano un'attività esposta al rischio di corruzione equivarrebbe, in un certo senso, a favorirlo.¹⁰⁵

Volendo ricorrere a una formula matematica, il rischio può essere considerato il prodotto della probabilità che un evento si verifichi per l'impatto che esso avrebbe.

Applicare una formula di questo tipo, tuttavia, non è sufficiente ad attribuire un valore al rischio di corruzione; a tal fine, è necessario conoscere a fondo la realtà della Pubblica Amministrazione presa in considerazione.¹⁰⁶

Il processo di gestione del rischio si conclude con la terza fase, durante la quale vengono individuati, come sopracitato, gli strumenti di prevenzione della corruzione.

Tali strumenti, che possono essere generali o specifici per una determinata attività esposta al rischio, devono tener conto delle risorse economiche ed organizzative della Pubblica Amministrazione e dell'intensità (media, alta o altissima) del rischio medesimo.¹⁰⁷

Nel prosieguo della trattazione verranno analizzate analogie e differenze sussistenti tra il PTPCT e l'altro grande Modello che, con il primo, gioca un ruolo da protagonista nella scena della prevenzione della corruzione, il Modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dal D.Lgs. n. 231/2001.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Sentori di allarme relativi a una possibile esposizione al rischio di corruzione sono: inosservanza dei tempi e delle procedure, divulgazione di notizie sensibili, uso ambiguo della propria discrezionalità e così via. S. Sabetta, *Il piano triennale di prevenzione della corruzione*, in www.diritto.it, 2018.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

7. Gli Organismi indipendenti di valutazione

Dando attuazione all'art. 14 del D.Lgs. n. 150/2009¹⁰⁸, l'organo di indirizzo politico-amministrativo nomina, all'interno di ogni pubblica amministrazione, l'Organismo Indipendente della Valutazione della Performance (OIV).¹⁰⁹

Esso è un organo autonomo, chiamato a svolgere le funzioni di cui all'art. 14, commi 4 e 4-bis, del Decreto sopracitato, relative principalmente alla valutazione della performance dell'Amministrazione.¹¹⁰

¹⁰⁸ Il D.Lgs. n. 150/2009 (cosiddetto "Decreto Brunetta") ha subito recenti modifiche ad opera del D.P.R. n. 105/2016 e del più recente D.Lgs. n. 74/2017.

A. M. Buzzi, *OIV- Organismo Indipendente di Valutazione della Performance*, in www.beniculturali.it, 2018.

¹⁰⁹ *Ibidem*; A. Coen, *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁰ Ai sensi dell'art. 14, commi 4, del D.Lgs. n. 150/2009, così come risulta in seguito alle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 74/2017, l'OIV:

a) *monitora il funzionamento complessivo del sistema della valutazione, della trasparenza e integrità dei controlli interni ed elabora una relazione annuale sullo stato dello stesso, anche formulando proposte e raccomandazioni ai vertici amministrativi;*

b) *comunica tempestivamente le criticità riscontrate ai competenti organi interni di governo ed amministrazione, nonché alla Corte dei conti e al Dipartimento della funzione pubblica;*

c) *valida la Relazione sulla performance di cui all'articolo 10, a condizione che la stessa sia redatta in forma sintetica, chiara e di immediata comprensione ai cittadini e agli altri utenti finali e ne assicura la visibilità attraverso la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione;*

d) *garantisce la correttezza dei processi di misurazione e valutazione con particolare riferimento alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'articolo 9, comma 1, lettera d), nonché dell'utilizzo dei premi di cui al Titolo III, secondo quanto previsto dal presente decreto, dai contratti collettivi nazionali, dai contratti integrativi, dai regolamenti interni all'amministrazione, nel rispetto del principio di valorizzazione del merito e della professionalità;*

e) *propone, sulla base del sistema di cui all'articolo 7, all'organo di indirizzo politico-amministrativo, la valutazione annuale dei dirigenti di vertice e l'attribuzione ad essi dei premi di cui al Titolo III;*

f) *è responsabile della corretta applicazione delle linee guida, delle metodologie e degli strumenti predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica sulla base del decreto adottato ai sensi dell'articolo 19, comma 10, del decreto legge n. 90 del 2014;*

g) *promuove e attesta l'assolvimento degli obblighi relativi alla trasparenza e all'integrità di cui al presente Titolo;*

h) *verifica i risultati e le buone pratiche di promozione delle pari opportunità.*

Ex art. 14, co. 4-bis, del medesimo Decreto (comma inserito dal D.Lgs. n. 74/2017): Gli Organismi indipendenti di valutazione esercitano i compiti di cui al comma 4 e, in particolare, procedono alla validazione della Relazione sulla performance, tenendo conto anche delle risultanze delle valutazioni realizzate con il coinvolgimento dei cittadini o degli altri utenti finali per le attività e i servizi rivolti, nonché, ove presenti, dei risultati prodotti dalle indagini svolte dalle agenzie esterne di valutazione e dalle analisi condotte dai soggetti appartenenti alla rete nazionale per la valutazione delle amministrazioni pubbliche, di cui al decreto emanato in attuazione dell'articolo 19 del decreto-legge n. 90 del 2014, e dei dati e delle elaborazioni forniti dall'amministrazione, secondo le modalità indicate nel sistema di cui all'articolo 7.

I compiti dell'OIV sui quali si desidera maggiormente focalizzare l'attenzione sono quelli connessi alla prevenzione della corruzione e alla trasparenza, compiti che il D.Lgs. n. 97/2016 ha voluto fortificare.¹¹¹

In particolare, ai sensi dell'art. 44 del D.Lgs. n. 33/2013 e dell'art. 1, co. 8-*bis*, della L. n. 190/2012, l'OIV verifica che gli obiettivi del PTPC siano in linea con quelli fissati dall'organo di indirizzo politico in materia di anticorruzione e trasparenza, contenuti nei documenti di programmazione strategico-gestionale; verifica altresì che gli obiettivi del PTPC siano coerenti con quelli previsti nel Piano della performance, un documento, anche esso di durata triennale, in cui vengono fissati gli scopi della Pubblica Amministrazione e dei vari dirigenti e gli indici di valutazione della performance.

Per dare un giudizio sulla produttività individuale dei singoli dirigenti e su quella della Pubblica Amministrazione nel suo complesso, l'OIV si basa, tra gli altri elementi, anche sulle informazioni relative al rispetto degli obblighi di trasparenza e di prevenzione della corruzione.¹¹²

Seguendo il medesimo *fil rouge*, secondo quanto disposto dall'art. 1, co. 14, della L. n. 190/2012, il RPCT è tenuto a trasmettere una copia della relazione annuale sui risultati raggiunti non solo all'organo di indirizzo politico, ma anche all'OIV, che ne analizza il contenuto; per effettuare questa verifica l'OIV può chiedere al Responsabile sopracitato i documenti e le informazioni che ritiene necessari o interrogare i dipendenti della Pubblica Amministrazione.¹¹³

Infine, l'OIV trasmette all'Autorità Nazionale Anticorruzione le informazioni raccolte relative all'effettiva attuazione delle norme in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza.¹¹⁴

Quella che si viene a creare è una vera e propria rete di informazioni, in cui il RPCT segnala, oltre che all'organo di indirizzo politico, all'OIV “*le disfunzioni inerenti all'attuazione delle misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza*” (art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012); l'OIV, a sua volta, le riferisce all'ANAC, la quale, nell'esercizio della sua

¹¹¹ A. Coen, *op. cit.*, pp. 14-15.

¹¹² Art. 44 del D.Lgs. n. 33/2013; art. 1, co. 8-*bis*, della L. n. 190/2012; A. Coen, *op. cit.*, p. 15; *Il Piano delle performance nella pubblica amministrazione. Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle PA, delibera 28/10/2010 n° 112*, in www.altalex.com, 2010.

¹¹³ art. 1, co. 8-*bis*, della L. n. 190/2012; A. Coen, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁴ art. 1, co. 8-*bis*, della L. n. 190/2012.

funzione di vigilanza, ha il potere di interloquire sia con il RPCT che con il summenzionato Organo.¹¹⁵

In seguito all'entra in vigore del D.Lgs. n. 74/2017, anche i cittadini partecipano attivamente alla valutazione della performance, avendo la possibilità di segnalare all'OIV il proprio gradimento, attraverso un modulo predisposto dal medesimo Organismo in attuazione delle Linee guida n. 2/2017 del Dipartimento della Funzione Pubblica (DEF).¹¹⁶

8. Il Codice di comportamento

L'art. 54 del D.Lgs. n. 165/2001, così come sostituito dall'art. 44 della L. n. 190/2012, dispone che il Governo *“definisce un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico”*¹¹⁷; uno strumento, cioè, volto a favorire il consolidarsi dell'etica pubblica, che è stata già ampiamente descritta nella sua veste di strumento di contrasto della cosiddetta *maladministration*.

I numerosi episodi di corruzione, che nel 2012 hanno afflitto alcune regioni in particolare, come Sicilia e Lazio, hanno trovato una risposta nel D.P.R n. 62/2013, di emanazione del codice sopracitato.¹¹⁸

Il Decreto consta di 17 articoli, che individuano alcuni divieti, riferibili non solo ai pubblici funzionari, ma anche ai loro parenti fino al secondo grado.¹¹⁹

Tra questi divieti, vi è quello *“di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di*

¹¹⁵ A. Coen, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁶ Buzzi, A. M., *OIV- Organismo Indipendente di Valutazione della Performance*, in www.beniculturali.it, 2018.

¹¹⁷ Art. 54, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001; A. Coen, p. 15.

¹¹⁸ F. Maltoni, *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici in Consiglio dei Ministri*, in www.diritto.it, 2017.

¹¹⁹ *Ibidem*.

cortesia”¹²⁰; per quanto concerne i benefit percepiti dal dipendente pubblico, invece, essi possono avere un valore massimo pari a euro cento, in alcuni casi centocinquanta.¹²¹

Il codice emanato dal D.P.R. n. 62/2013 mira a eliminare tutte le situazioni di conflitto di interessi, che rendono la pubblica amministrazione particolarmente esposta al rischio di corruzione.

A tal fine (si vedano in particolare gli articoli 5, 6, 7 del D.P.R. n. 62/2013), il dipendente pubblico comunica al dirigente eventuali situazioni di conflitto di interessi in cui egli, il suo coniuge, convivente, parente o affine entro il secondo grado si trovino e si astiene dal prendere decisioni.¹²²

Una sezione apposita del codice detta disposizioni relative ai doveri dei dirigenti, sulla base delle funzioni da questi esercitate (art. 54, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001).

Il codice deve essere sottoscritto da ciascun dipendente nel momento in cui viene assunto; viene così suggellato l’impegno a rispettarlo in ogni sua parte, sicché, in caso di violazione, il dipendente pubblico incorre in una responsabilità di natura disciplinare, che può essere accompagnata da responsabilità civile, amministrativa e contabile nel caso in cui la condotta posta in essere comporti la violazione di *“doveri, obblighi, leggi o regolamenti”*.¹²³

Tra i doveri dettati dal codice di comportamento, uno particolarmente importante ai fini della prevenzione della corruzione, è individuato dall’art. 8 del D.P.R. n. 62/2013, il quale recita: *“Il dipendente rispetta le misure necessarie alla prevenzione degli illeciti nell’amministrazione. In particolare, il dipendente rispetta le prescrizioni contenute nel piano per la prevenzione della corruzione, presta la sua collaborazione al responsabile della prevenzione della corruzione e, fermo restando l’obbligo di denuncia all’autorità giudiziaria, segnala al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell’amministrazione di cui sia venuto a conoscenza”*.¹²⁴

Il codice finora analizzato deve essere ampliato e integrato da ciascuna pubblica amministrazione, tenendo conto del parere obbligatorio dell’OIV, al fine di renderlo adeguato alla propria peculiare fisionomia.¹²⁵

¹²⁰ Art. 54, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹²¹ F. Maltoni, *op. cit.*

¹²² *Ibidem.*

¹²³ Art. 54, co. 3, del D.Lgs. n. 165/2001; A. Coen, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁴ Art. 8, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹²⁵ Art. 54, co. 5, del D.Lgs. n. 165/2001; A. Coen, *op. cit.*, p. 16.

A tal fine l'ANAC (nonostante il testo di Legge faccia ancora riferimento alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche) detta delle Linee guida volte a individuare criteri uniformi per determinate tipologie di pubbliche amministrazioni (art. 54, co. 5, D.Lgs. n. 165/2001).

Così come avviene per il PTPC, infatti, l'intera disciplina in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza cerca di contemperare due opposte esigenze: il bisogno di uniformità da un lato, quello di creare strumenti idonei che rispondano alla specifica realtà amministrativa in cui vengono calati, dall'altro.

Ai sensi dell'art. 54, co. 6, del D.Lgs. n. 165/2001, i dirigenti, gli organi di controllo interno e gli uffici di disciplina hanno il compito di monitorare sull'effettivo rispetto delle disposizioni del codice.

9. La tutela del *whistleblower*

La tutela del dipendente pubblico che denuncia un illecito di cui è venuto a conoscenza “*in ragione del proprio rapporto di lavoro*”¹²⁶, in inglese *whistleblower* (letteralmente “soffiatore di fischietto”), è approdata in Italia solo nel 2012, grazie all'entrata in vigore della L. n. 190/2012, che ha introdotto nel D.Lgs. n. 165/2001 l'art. 54-*bis*, oggi sostituito dall'art. 1 della L. n. 179/2017.¹²⁷

Questo tipo di tutela, prevista in alcune raccomandazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa oltre che nelle convenzioni internazionali dell'ONU, dell'OCSE e del Consiglio d'Europa¹²⁸, era già da tempo conosciuta dagli ordinamenti di Paesi come gli Stati Uniti e la Gran Bretagna, che avevano tentato di rispondere a una realtà propria di ciascun contesto lavorativo, sia esso collegato all'Amministrazione Pubblica o all'impresa privata: il dipendente è quasi sempre la prima persona che viene a conoscenza di un illecito perpetrato nella realtà in cui lavora, ma egli raramente lo denuncia per pigrizia, disinteresse o, molto più spesso, per paura di subire ripercussioni che possono portare sino al licenziamento.¹²⁹

¹²⁶ Art. 54-*bis*, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹²⁷ P. A. Palumbo, *Innovato il Whistleblowing, l'ANAC sdogana TOR*, in www.leggioggi.it, 2018.

¹²⁸ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, Parte I, primo paragrafo.

¹²⁹ ALAC, *Whistleblowing*, in www.whistleblowing.it

Per questo motivo, la L. n. 179/2017, recependo le “Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)”, disposte dall’ANAC con Determinazione n. 6/2015, ha potenziato le garanzie già offerte dalla normativa previgente, sostituendo il testo dell’art. 54-*bis* del D.Lgs n. 165/2001 (Testo Unico sul Pubblico Impiego) ed estendendo una tutela analoga a quella prevista per il dipendente pubblico nel caso di rapporto di lavoro privato, grazie all’introduzione dei commi 2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater* nell’art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001.¹³⁰

Il nuovo art. 54-*bis* del D.Lgs. n. 165/2001 dispone che il dipendente pubblico che segnala illeciti, di cui ha avuto conoscenza “*in ragione del proprio rapporto di lavoro*”, “*non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione*”.¹³¹

Resta fermo quanto previsto dall’art. 331 c.p.p., ai sensi del quale i pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio che, “*nell’esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto*”¹³² e senza ritardo al pubblico ministero o a un ufficiale di polizia giudiziaria.¹³³

L’art. 331 c.p.p. non ha l’obiettivo di tutelare, quanto quello di delineare un obbligo gravante sui soli pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio che, durante o a causa dell’esercizio delle proprie funzioni, vengono a conoscenza di un illecito (il quale, tra l’altro, deve essere perseguibile d’ufficio), commesso all’interno o all’esterno della Pubblica Amministrazione.

L’ANAC, nelle già citate “Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)”¹³⁴, dispone che le pubbliche amministrazioni devono adottare, individuandoli nel PTPC, tutti gli accorgimenti necessari a garantire l’attuazione dell’art. 54-*bis* del D.Lgs. n. 165/2001; la tutela del dipendente pubblico che segnala condotte illecite, infatti, rientra tra le misure di prevenzione della corruzione che devono

¹³⁰ A. Talenti, G. Rivera, *La Legge n. 179 del 30 novembre 2017: accresciute le tutele del “whistleblower”*, in *Diritto24 de Il Sole 24 Ore*, 2018.

¹³¹ Art. 54-*bis*, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001, così come sostituito dall’art. 1 della L. n. 179/2017.

¹³² Art. 331 c.p.p.

¹³³ P. A. Palumbo, *op. cit.*

¹³⁴ Le Linee guida dell’ANAC, dettate nella Determinazione n. 6/2015, sono richiamate dal PNA 2016.

essere obbligatoriamente adottate da ciascuna Pubblica Amministrazione in quanto dettate direttamente dal Legislatore.¹³⁵

Per la violazione di queste misure, così come di qualsiasi altra disposizione del PTPC, è prevista una responsabilità di tipo disciplinare.¹³⁶

Il PNA del 2013, in particolare, dispone che ciascuna Pubblica Amministrazione predisponga un nucleo essenziale di due o tre persone, di cui auspicabilmente facciano parte il RPCT e l'Ufficio Procedimenti Disciplinari (U.P.D.), che gestisca le informazioni ricevute, garantendo riservatezza circa l'identità del segnalante.¹³⁷

Per dare attuazione alle numerose innovazioni introdotte dalla L. n. 179/2017, l'art. 54-*bis*, comma 5, del D.Lgs. n. 165/2001 statuisce che l'ANAC, previo parere del Garante per la protezione dei dati personali, *“adotta apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni. Le linee guida prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione”*¹³⁸; ciò al fine di garantire una riservatezza maggiore che in passato.

Le segnalazioni devono dunque avvenire con modalità informatiche e utilizzando strumenti di crittografia.¹³⁹

A tal proposito l'ANAC, a partire dall'8 febbraio 2018, ha messo a disposizione, per le segnalazioni indirizzate all'Autorità medesima, un'applicazione informatica chiamata *“Whistleblowing”*, che fa uso della rete TOR¹⁴⁰ per garantire l'anonimato al segnalante.

A quest'ultimo viene dato un codice identificativo univoco, il *“key code”*, che gli permette di interloquire con l'ANAC senza dover rivelare la propria identità; l'Autorità anticorruzione, ove ritenga che la segnalazione sia attendibile, può informare il RPCT della

¹³⁵ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, Parte I, primo paragrafo.

¹³⁶ PNA 2013, p. 47.

¹³⁷ P. A. Palumbo, *op. cit.*; PNA 2013, pp. 46 e 47.

¹³⁸ Art. 54-*bis*, co. 5, del D.Lgs. n. 165/2001, così come novellato dalla L. n. 179/2017.

¹³⁹ A. Talenti, Avv. G. Rivera, *La Legge n. 179 del 30 novembre 2017: accresciute le tutele del “whistleblower”*, in *Diritto24 de Il Sole 24 Ore*.

¹⁴⁰ Tor è un acronimo che sta per *“The Onion Router”*. Esso consiste in un *“sistema di comunicazione anonima per internet basato sulla seconda generazione del protocollo di rete di onion routing”* (P. A. Palumbo, *op. cit.*).

È la prima volta che uno strumento, che in passato è stato sempre accostato a un uso di internet per fini illeciti (si pensi al *dark web* o ai reati commessi per mezzo informatico), viene utilizzato per combattere l'illegalità. P. A. Palumbo, *op. cit.*

Pubblica Amministrazione interessata, l'Ispettorato per la Funzione Pubblica, la Corte dei Conti, la Procura della Repubblica o la Guardia di Finanza.¹⁴¹

Per quanto riguarda, invece, le Linee guida che l'ANAC è chiamata a predisporre ai sensi del sopracitato comma 5, esse non sono ancora state adottate, ma, nella Comunicazione del 15/12/2017 l'Autorità ha annunciato che sta lavorando per assolvere a tale compito e per predisporre altresì un ufficio destinato esclusivamente al *whistleblowing*.¹⁴²

Ma quali sono le principali novità introdotte dalla L. n. 179/2017?

Come è stato già accennato, quest'ultima Legge, nel sostituire il testo dell'art. 54-*bis* del D.Lgs. n. 165/2001, dà attuazione alle indicazioni contenute nelle Linee guida dell'ANAC del 2015 in materia di *whistleblowing*, che avevano tentato di colmare le lacune di una disciplina ritenuta dall'ANAC generale ed astratta.¹⁴³

Viene così data specificazione dei diversi tipi di ripercussioni che non possono ricadere sul dipendente pubblico che segnala illeciti (quest'ultimo non può essere “*sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro*”¹⁴⁴), purché la segnalazione sia fatta in buona fede, per proteggere l'integrità della Pubblica Amministrazione¹⁴⁵.

Non viene infatti garantita alcuna tutela “*nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia (...) ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave*”.¹⁴⁶

Il dipendente pubblico può denunciare gli illeciti di cui è venuto a conoscenza all'autorità giudiziaria ordinaria, alla Corte dei Conti e, a differenza di quanto disposto nel previgente testo di Legge, che individuava nel superiore gerarchico del dipendente denunciante il terzo possibile referente, al RPCT e all'ANAC.

Nel caso in cui dovessero essere adottate misure ritenute di fatto punitive per il dipendente pubblico, esse vanno comunicate non più, come in passato, direttamente al Dipartimento

¹⁴¹ A. Talenti, G. Rivera, *La Legge n. 179 del 30 novembre 2017: accresciute le tutele del “whistleblower”*, in *Diritto24 de Il Sole 24 Ore*; P. A. Palumbo, *op. cit.*

¹⁴² Comunicazione dell'ANAC del 15/12/2017, *Whistleblowing. La Legge pubblicata in Gazzetta Ufficiale. Anac predisporrà un ufficio apposito per le segnalazioni.*

¹⁴³ A. Talenti, G. Rivera, *op. cit.*

¹⁴⁴ Art. 54-*bis*, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁴⁵ ANAC, PNA 2016, p. 36.

¹⁴⁶ Art. 54-*bis*, co. 9, del D.Lgs. n. 165/2001.

della funzione pubblica, ma all'ANAC, Autorità che può essere più facilmente raggiunta dallo stesso dipendente che ha subito discriminazioni o dalle organizzazioni sindacali che all'interno dell'Amministrazione lo rappresentano.

L'ANAC provvederà in un secondo momento a informare il Dipartimento della funzione pubblica o “*gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza*”.¹⁴⁷

La Pubblica Amministrazione, come detto in precedenza, deve garantire riservatezza circa l'identità del segnalante.

Quest'ultima può essere rivelata solo se la contestazione mossa nei confronti del presunto responsabile della condotta illecita si fonda, anche solo in parte, sulla segnalazione del dipendente pubblico e la conoscenza dell'identità di quest'ultimo si riveli necessaria ai fini della difesa dell'accusato. Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, è necessario il consenso del segnalante.¹⁴⁸

La segnalazione, inoltre, non è oggetto della disciplina sull'accesso civico.¹⁴⁹

Al fine di rafforzare la tutela del *whistleblower*, inoltre, in base alla vigente normativa, grava sulla Pubblica Amministrazione l'onere di provare che le misure negative disposte nei confronti del dipendente pubblico segnalante non siano state dettate dalla denuncia da questi effettuata, ma a motivazioni differenti.

Ove venisse provata la natura ritorsiva delle misure adottate, queste sarebbero nulle e, in caso di licenziamento, il segnalante sarebbe reintegrato.¹⁵⁰

Ai sensi del nuovo art. 54-*bis*, co. 2, del D.Lgs. n. 165/2001, la tutela prevista per i dipendenti pubblici, così come definiti dall'art. 1, co. 2, e dall'art. 3 del medesimo Decreto, si applica anche ai dipendenti degli enti pubblici economici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico.

La L. n. 179/2017 ha recepito così le indicazioni espresse dall'ANAC nella Determinazione n. 6/2015 circa l'opportunità di estendere agli enti sopracitati le disposizioni dettate in materia di prevenzione della corruzione dalla L. n. 190/2012, comprese, dunque, quelle sulla tutela del *whistleblower*.¹⁵¹

¹⁴⁷ Art. 54-*bis*, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁴⁸ Art. 54-*bis*, co. 3, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁴⁹ Art. 54-*bis*, co. 4, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁵⁰ Art. 54-*bis*, commi 7 e 8, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁵¹ ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, Parte IV.

La medesima disciplina “*si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell’amministrazione pubblica*”.¹⁵²

Al responsabile dell’adozione di misure ritorsive nei confronti del *whistleblower* l’ANAC, nell’esercizio dei suoi poteri sanzionatori, applica una sanzione amministrativa che va da cinquemila a trentamila euro, “*fermi restando gli altri profili di responsabilità*”.¹⁵³

Al RPCT, invece, viene applicata dalla medesima Autorità sopracitata una sanzione che va da diecimila a cinquantamila euro nel caso in cui egli non adotti le procedure per la tutela del dipendente che segnala illeciti, ovvero nel caso in cui quelle adottate non siano conformi alle procedure delineate dall’ANAC nelle apposite Linee guida.¹⁵⁴

Medesima sanzione è prevista per il RPCT che non prende in considerazione le segnalazioni ricevute, svolgendo attività di verifica.

10. Il D.Lgs. n. 39/2013, il divieto di *pantouflage* e i meccanismi di rotazione

Il D.Lgs. n. 39/2013 viene adottato per dare attuazione alla delega contenuta ai commi 49 e 50 dell’art. 1 della L. n. 190/2012, delega finalizzata alla riscrittura della disciplina in tema di incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi dirigenziali e amministrativi di vertice nelle pubbliche amministrazioni e negli enti sottoposti al loro controllo che esercitano funzioni amministrative o attività di pubblico interesse.¹⁵⁵

Come è stato già più volte sottolineato, la corruzione consiste nella rottura di un rapporto di fiducia per il perseguimento di interessi personali, ossia nella totale assenza di imparzialità.

Il Legislatore, attraverso il D.Lgs. n. 39/2013, ha voluto garantire proprio l’imparzialità dei funzionari della Pubblica Amministrazione o degli enti da essa controllati, evitando che

¹⁵² Art. 54-*bis*, co. 2, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁵³ Art. 54-*bis*, co. 6, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁵⁴ Come già accennato, l’ANAC non ha ancora adottato le Linee guida che devono regolare le procedure di segnalazione da parte del *whistleblower*, così come disposto dal vigente art. 54-*bis*, co. 5, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁵⁵ F. Merloni, *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo* 8-9/2013, p. 806.

Per le definizioni di pubbliche amministrazioni, enti di diritto privato in controllo pubblico e incarichi amministrativi di vertice e dirigenziali (interni ed esterni), si rinvia all’art. 1, co. 2, lettere, rispettivamente, a), c), i), j) e k), del D.Lgs. n. 39/2013.

coloro che si trovino in circostanze che possono generare conflitto d'interesse ricoprono incarichi dirigenziali.¹⁵⁶

Per risolvere situazioni di lieve conflitto d'interesse, l'ordinamento fa leva sull'obbligo di dichiarazione preventiva e su quello di astensione dettati dal Codice di comportamento, dalla cui violazione deriva una responsabilità di tipo disciplinare.

Questa misura, tuttavia, risulta insufficiente se si tratta di assumere o permanere in un incarico dirigenziale o amministrativo di vertice.

A tal fine, è intervenuta la L. n. 190/2012, innovando la disciplina che prevede per i dipendenti pubblici con un rapporto di lavoro a tempo pieno, o che comunque forniscono una prestazione superiore al 50% di quella a tempo pieno, il “*divieto di svolgere qualsiasi altra attività di lavoro subordinato o autonomo tranne che la legge o altra fonte normativa ne prevedano l'autorizzazione rilasciata dall'amministrazione di appartenenza e l'autorizzazione sia stata concessa*”.¹⁵⁷

Questa normativa, ancora oggi in vigore, si rivolge a tutti i dipendenti e ha lo scopo di evitare che il livello delle prestazioni di lavoro da questi svolte non sia compromesso da interessi esterni.

Il fine ultimo del D.Lgs. n. 39/2013, e prima ancora della L. n. 190/2012 cui il medesimo Decreto dà attuazione, invece, è quello di garantire l'imparzialità, con riferimento non a tutti i dipendenti, ma soltanto a coloro che rivestono incarichi dirigenziali e di vertice.

In particolare, la L. n. 190/2012 interviene in tre modi: riformando il regime dell'autorizzazione degli incarichi esterni; introducendo il cosiddetto divieto di *pantouflage*, di cui si dirà fra breve; riformando la disciplina in tema di inconfiribilità, di cui all'art. 1, co. 50, lett. a), b) e c) della L. n. 190/2012, e incompatibilità, di cui alle lettere c) e f) del medesimo articolo.

La struttura del D.Lgs. n. 39/2013 riprende quest'impostazione, enucleando ai Capi II, III e IV le cause di inconfiribilità e ai Capi V e VI quelle di incompatibilità.¹⁵⁸

L'art. 1, co. 2, lett. g) del D.Lgs. n. 39/2013 definisce l'inconfiribilità come “*la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro*

¹⁵⁶ D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Giustamm, Rivista di diritto amministrativo*, 2016.

¹⁵⁷ Art. 1, co. 60, della Legge 662/1996; F. Battaglia, *Sulla disciplina degli incarichi esterni ai pubblici dipendenti*, in www.diritto.it; F. Merloni, *op. cit.*, p. 807.

¹⁵⁸ F. Merloni, *op. cit.*, pp. 807 e 809.

*che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organo di indirizzo politico”.*¹⁵⁹

Le cause di inconfiribilità individuate sono, dunque, tre.

La prima riguarda la condanna penale, anche non definitiva, per i reati contro la Pubblica Amministrazione, i quali vengono distinti in base alla loro gravità; sono più gravi quelli di cui all’art. 3, co. 1, della L. n. 97/2001 e il reato di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità.

Nel caso di sentenza non definitiva, la sopracitata L. n. 97/2001 prevede per i reati più gravi una sospensione automatica dal servizio pari a cinque anni; medesima durata avrà il periodo di inconfiribilità.

Per i reati meno gravi, invece, non è disposta alcuna sospensione automatica dal servizio; per questo motivo, il periodo di inconfiribilità sarà pari al doppio della durata della pena disposta con la sentenza non definitiva, e comunque non superiore a cinque anni.

Un diverso regime si applica nel caso di sentenza definitiva dalla quale derivi la pena accessoria dell’interdizione, permanente o temporanea, dai pubblici uffici; il periodo di inconfiribilità coinciderà in questo caso con quello dell’interdizione.¹⁶⁰

Durante il periodo di inconfiribilità il dirigente interno alla pubblica amministrazione può comunque ricoprire incarichi diversi da quelli che implicano l’esercizio di poteri di amministrazione e gestione; se, invece, decorre il periodo di inconfiribilità senza che sopraggiunga la sentenza definitiva, il dirigente può esercitare qualsiasi funzione, fatta eccezione per quelle di vigilanza e per gli incarichi relativi alla gestione delle risorse finanziarie, compresa l’erogazione di contributi e sussidi.

Nel caso di incarichi dirigenziali esterni, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, la sospensione del contratto e dell’incarico che ne deriva, durante il periodo di inconfiribilità, è disposta direttamente dal Legislatore.¹⁶¹

¹⁵⁹ Art. 1, co. 2, lett. g), del D.Lgs. n. 39/2013; L. Sergio, *L’inconfiribilità degli incarichi dirigenziali secondo l’ANAC*, in www.altalex.com, 2015.

¹⁶⁰ F. Merloni, *op. cit.*, p. 811.

¹⁶¹ *Ibidem*.

La seconda causa di inconfiribilità riguarda i soggetti che nei due anni precedenti abbiano ricoperto *“le cariche di presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato, le posizioni di dirigente”*¹⁶² o abbiano svolto in via stabile attività di consulenza in enti di diritto privato regolati o finanziati.

Le medesime disposizioni si applicano a colui che svolge un'attività professionale finanziata o regolata dalla Pubblica Amministrazione o dall'ente che attribuisce l'incarico.¹⁶³

L'ultima causa di inconfiribilità, ossia quella che riguarda soggetti provenienti da organi politici, è stata oggetto di un'elaborazione controversa, la cui formulazione finale disattende in parte quanto disposto nella delega.

Essa, infatti, non abbraccia tutte le posizioni di membro del Governo o del Parlamento, ma si limita a richiamare per *“le cariche di Presidente del Consiglio dei ministri, Ministro, Vice Ministro, sottosegretario di Stato e di commissario straordinario del Governo”*¹⁶⁴ i divieti fissati dalla L. n. 215/2004.¹⁶⁵

L'inconfiribilità non preclude l'accesso a un determinato incarico in via definitiva, ma solo temporanea, per un arco di tempo, detto periodo di raffreddamento, necessario a dissipare ogni possibile interesse privato, garantendo così l'imparzialità.¹⁶⁶

Passando ora a parlare dell'incompatibilità, ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. g), del D.Lgs. n. 39/2013, essa consiste nell'obbligo *“per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico”*.¹⁶⁷

In particolare, il primo caso, disciplinato dall'art. 9 del D.Lgs. n. 39/2013, riguarda gli incarichi in enti regolati o finanziati, i quali sono incompatibili con le funzioni nella Pubblica Amministrazione che comportano l'esercizio di poteri di vigilanza o controllo sulle attività svolte dall'ente regolato o finanziato.

¹⁶² Art. 1, co. 2, lett. e) del D.Lgs. n. 39/2013.

¹⁶³ F. Merloni, *op. cit.*, pp. 810-811.

¹⁶⁴ Art. 6, co. 1, del D.Lgs. n. 39/2013.

¹⁶⁵ F. Merloni, *op. cit.*, p. 812.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 808-809.

¹⁶⁷ Art. 1, co. 2, lett. h) del D.Lgs. n. 39/2013.

Manca un richiamo agli enti in controllo pubblico, che invece compare nel comma 2 del medesimo art. 9, il quale si riferisce alle attività professionali regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o dall'ente che attribuisce l'incarico, rendendo così la disciplina a tratti contraddittoria.¹⁶⁸

La seconda causa di incompatibilità riguarda le cariche in organi politici, per la cui disciplina si rimanda al Capo VI del D.Lgs. n. 39/2013.¹⁶⁹

Come sopracitato, per garantire l'imparzialità degli alti funzionari della Pubblica Amministrazione, la L. n. 190/2012, inserendo il comma 16-ter nell'art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001, ha introdotto il divieto di *pantouflage* o *revolving doors* (letteralmente "porta girevole").¹⁷⁰

Ai sensi del summenzionato art. 53, co. 16-ter, i *"dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 (del medesimo D.Lgs. n. 165/2001), non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri"*.¹⁷¹

Lo scopo è quello di evitare che il dipendente pubblico, sfruttando l'incarico ricoperto, possa coltivare determinati rapporti, allo scopo di creare terreno fertile per future situazioni lavorative.¹⁷²

Il comma 16-ter sopra riportato va letto in combinato disposto con l'art. 21 del D.Lgs. n. 39/2013, secondo cui, ai soli fini dell'applicazione del medesimo comma, per dipendenti pubblici si intendono anche i soggetti che rivestono gli incarichi enucleati nel D.Lgs. n.

¹⁶⁸ F. Merloni, *op. cit.*, p. 812.

Nel caso di cui all'art. 9, co. 2, del D.Lgs. n. 39/2013, l'incompatibilità si estende a tutti gli *"incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, gli incarichi di amministratore negli enti pubblici e di presidente e amministratore delegato negli enti di diritto privato in controllo pubblico"*.

Sono regolate dall'art. 10 del medesimo Decreto le cause di incompatibilità con le cariche direttive ricoperte all'interno delle Asl.

In questo caso l'incompatibilità si estende anche al coniuge o parente affine entro il secondo grado; il fatto che quest'estensione sia limitata al solo caso delle Asl rappresenta un ulteriore elemento di incongruenza della disciplina.

F. Merloni, *op. cit.*, pp. 812-813.

¹⁶⁹ F. Merloni, *op. cit.*, p. 813.

¹⁷⁰ D. Andracchio, *op. cit.*

¹⁷¹ Art. 53, co. 16-ter, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁷² D. Andracchio, *op. cit.*

39/2013, compresi i soggetti esterni, legati alla P.A., all'ente pubblico o all'ente di diritto privato in controllo pubblico da un rapporto di lavoro.¹⁷³

Il divieto di *pantouflage* permane per i tre anni successivi alla cessazione del suddetto rapporto; occorre sottolineare che tale durata è stata criticata da coloro che vi rintracciano una lesione del diritto al lavoro di cui agli articoli 4 e 35 della Costituzione.¹⁷⁴

I contratti e gli incarichi che si pongono in violazione del divieto di *pantouflage* sono affetti da nullità e il lavoratore non potrà “*contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti.*”¹⁷⁵

Bisogna sottolineare che, nonostante il testo normativo non contempli espressamente tale eventualità, il divieto di *revolving doors* deve intendersi in senso bilaterale, come divieto di trasferimento non solo dal pubblico al privato, ma anche dal privato al pubblico; solo una simile lettura del dato letterale sarebbe coerente con lo scopo di prevenzione e repressione della corruzione, cui si deve l'introduzione del divieto di *pantouflage*.¹⁷⁶

Un ultimo accenno va fatto alla rotazione dei dirigenti e dei dipendenti, che si pone come importante strumento anticorruzione.

La rotazione, infatti, evita il crearsi di rapporti amicali o comunque solidali con pubblici funzionari che ricoprono a lungo un determinato incarico, compromettendone così l'imparzialità; si deve, tuttavia, tener conto dell'esigenza di buon andamento della Pubblica Amministrazione, che non può risultarne compromessa.

Questo è il motivo per cui devono essere individuate le aree maggiormente esposte al rischio di corruzione, in cui il meccanismo della rotazione deve essere principalmente applicato.

Il PTPCT dovrà poi fissare i criteri e i tempi della rotazione, tenendo conto delle caratteristiche della specifica pubblica amministrazione di riferimento (si pensi, ad esempio, alle dimensioni della stessa).¹⁷⁷

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁷⁵ Art. 53, co. 16-ter, del D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁷⁶ D. Andracchio, *op. cit.*

¹⁷⁷ P. Canaparo, *La rotazione del personale come strumento di prevenzione della corruzione*, in www.leggioggi.it, 2015.

11. Il D.Lgs. n. 33/2013

La trasparenza rappresenta uno dei più importanti strumenti di prevenzione della corruzione delineati dalla L. n. 190/2012.

Essa garantisce, infatti, il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione. Il buon andamento perché grazie agli obblighi di pubblicazione e trasparenza i cittadini possono prendere visione delle risorse economiche della P.A., del loro impiego e dei risultati raggiunti; l'imparzialità, dal momento che la trasparenza dissipa la nebbia che avvolge tutte le condotte di *maladministration* che la L. n. 190/2012 si propone di combattere.

Dunque, un cittadino che esercita il proprio diritto ad essere informato circa i procedimenti interni alla Pubblica Amministrazione è, in un certo senso, un guardiano anticorruzione.

Il diritto ad una Pubblica Amministrazione trasparente rientra tra i diritti fondamentali di cui all'art. 2 della Costituzione¹⁷⁸; ai sensi dell'art. 1, co. 15 della L. n. 190/2012, inoltre, la trasparenza dei procedimenti amministrativi "*costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*".¹⁷⁹

Il D.Lgs. n. 33/2013 viene varato dal Governo per dare attuazione alla delega contenuta nell'art. 1, co. 35, della L. n. 190/2012 "*per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*".¹⁸⁰

Già la L. n. 190/2012, all'art. 1, commi 15-33, dettava e detta tutt'oggi misure in materia di trasparenza, ma l'argomento risultava eccessivamente ampio e complesso per non essere oggetto di approfondimento.¹⁸¹

Il D.Lgs. n. 33/2013 è stato recentemente modificato dal D.Lgs. n. 97/2016, che, introducendo l'art. 2-*bis* nel testo del summenzionato Decreto, ha mutato il novero dei soggetti destinatari delle norme sulla trasparenza.¹⁸²

¹⁷⁸ V. Varchetta, *La trasparenza come strumento di prevenzione della corruzione. Evoluzione normativa e profili giuridici*, in www.filodiritto.com, p. 1.

¹⁷⁹ Art. 1, co. 15, della L. n. 190/2012; A. Coen, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁰ Art. 1, co. 35, della L. n. 190/2012; A. Coen, *op. cit.*, p. 20.

¹⁸¹ V. Varchetta, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸² A. Coen, *op. cit.*, p. 21.

Le altre modifiche riguardano l'introduzione dell'accesso civico generalizzato; la previsione di un Programma unico, denominato Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT), che incorpora il Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC) e il Piano triennale della trasparenza (PTT); la previsione di nuove sanzioni pecuniarie e l'attribuzione del potere di applicarle all'ANAC, competenza che le deriva dall'art. 47, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013, così come sostituito dall'art. 38 del D.Lgs. n. 97/2016.¹⁸³

Date queste premesse, risulta necessario definire cosa si intende per trasparenza.

Ai sensi dell'art. 1, co. 1, del D.Lgs. n. 33/2013, la trasparenza *“è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*.¹⁸⁴

La trasparenza viene garantita, ai sensi dell'art. 1, co. 15, della L. n. 190/2012, attraverso la pubblicazione sui siti *web* delle pubbliche amministrazioni dei dati concernenti la loro organizzazione e i procedimenti amministrativi, nel rispetto di tre criteri fondamentali, *“accessibilità, completezza e semplicità di consultazione”*¹⁸⁵; questo deve avvenire comunque entro i limiti che derivano dalle norme *“in materia di segreto di stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali”*¹⁸⁶.

La trasparenza viene altresì assicurata mediante l'istituto dell'accesso civico, oggetto, come si è già detto, della grande riforma del 2016.¹⁸⁷

Pubblicazione dei dati e accesso civico possono dunque essere considerati i due capisaldi della disciplina sulla trasparenza.

Per quanto concerne la prima, l'art. 2, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013, dispone che *“per pubblicazione si intende la pubblicazione, in conformità alle specifiche e alle regole tecniche di cui all'allegato A, nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle*

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Art. 1, co. 1, del D.Lgs. n. 33/2013.

¹⁸⁵ Art. 1, co. 15, della L. n. 190/2012.

¹⁸⁶ Art. 1, co. 15, della L. n. 190/2012.

¹⁸⁷ A. Coen, *op. cit.*, p. 22.

*pubbliche amministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione”.*¹⁸⁸

In particolare, le norme contenute nel D.Lgs. n. 33/2013 relative alla pubblicazione si possono dividere in tre gruppi.

Al primo gruppo appartengono tutte quelle disposizioni che dettano obblighi di pubblicazione inerenti al personale e all’assetto organizzativo della Pubblica Amministrazione; al secondo gruppo le norme concernenti la pubblicazione del bilancio annuale di previsione e consuntivo e dei beni immobiliari posseduti dalla P.A.; al terzo gruppo appartengono le norme che maggiormente si riflettono sul rapporto diretto tra Pubblica Amministrazione e privati cittadini, poiché dettano gli obblighi di pubblicazione relativi ai servizi a questi ultimi offerti, alle tempistiche e ai costi dei servizi stessi o ancora al responsabile dei vari procedimenti con il quale è possibile interfacciarsi.¹⁸⁹

È necessario sottolineare che gli obblighi di pubblicazione devono essere assolti dalle pubbliche amministrazioni con particolare riguardo a quattro differenti tipologie di procedimenti, individuati all’art. 1, co. 16, della L. n. 190/2012, particolarmente sensibili, come già accennato nei precedenti paragrafi, al rischio di corruzione.¹⁹⁰

Sul sito *web* della Pubblica Amministrazione deve essere predisposta una sezione apposita, denominata “Amministrazione trasparente”, in cui vengono pubblicati i documenti, i dati e le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria, secondo quanto disposto dalle norme in materia di trasparenza; in alternativa, è possibile, con un collegamento ipertestuale, rimandare alla sezione del sito *web* della P.A. in cui le suddette informazioni siano già state rese note.¹⁹¹

¹⁸⁸ Art. 2, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013.

¹⁸⁹ A. Coen, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 22.

In particolare, ex art. 1, co. 16, della L. n. 190/2012, ci si riferisce ai procedimenti di:

a) *autorizzazione o concessione;*

b) *scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;*

c) *concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati;*

d) *concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'articolo 24 del citato decreto legislativo n. 150 del 2009.*

¹⁹¹ A. Coen, *op. cit.*, pp. 24-25.

In particolare, ai sensi dell’art. 10, co. 8, del D.Lgs. n. 33/2013, “ogni amministrazione ha l’obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale nella sezione: «Amministrazione trasparente» di cui all’articolo 9:

a) *il Piano triennale per la prevenzione della corruzione;*

Tali informazioni, ai sensi dell'art. 8, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013, sono pubblicate “*per un periodo di 5 anni, decorrenti dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello da cui decorre l'obbligo di pubblicazione, e comunque fino a che gli atti pubblicati producono i loro effetti*”¹⁹²; la pubblicazione quinquennale trova delle deroghe nella disciplina prevista per il trattamento dei dati personali e in quanto disposto dagli articoli 14, co. 2¹⁹³ e 15, co. 4¹⁹⁴ del D.Lgs. n. 33/2013.¹⁹⁵

Il D.Lgs. n. 97/2016 ha semplificato gli obblighi di pubblicazione gravanti sulla Pubblica Amministrazione, in primo luogo eliminando la sezione archivio, dove venivano inseriti i documenti, trascorsi i cinque anni dalla pubblicazione.

In secondo luogo, ha attribuito all'ANAC la competenza di disporre, in alcuni casi, termini inferiori a cinque anni, previa “*valutazione del rischio corruttivo, delle esigenze di semplificazione e delle richieste di accesso*”¹⁹⁶, tenendo altresì conto delle eventuali proposte avanzate dal Garante per la protezione dei dati personali.¹⁹⁷

In ogni caso, per un dettagliato elenco degli atti soggetti a pubblicazione obbligatoria, si rinvia all'Allegato 1 delle Linee guida ANAC n. 1310/2016 (*Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel D.Lgs. n. 33/2013 come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016*).

Tale Allegato, recependo le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 97/2016, sostituisce la tabella allegata alla Determinazione n. 50/2013.¹⁹⁸

Come sopracitato, il secondo baluardo della trasparenza è l'istituto dell'accesso civico, di cui il D.Lgs. n. 97/2016 ha ampliato le maglie attraverso l'introduzione dell'accesso civico

b) il Piano e la Relazione di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150;

c) i nominativi ed i curricula dei componenti degli organismi indipendenti di valutazione di cui all'articolo 14 del decreto legislativo n. 150 del 2009.

¹⁹² Art. 8, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013.

¹⁹³ L'art. 14 del D.Lgs. n. 33/2013 è rubricato “*Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali*”.

Sull'attuazione di questo articolo, modificato dall'art. 13 del D.Lgs. n. 97/2016, l'ANAC si è recentemente pronunciata con la Determinazione n. 241 del 8/03/2017.

¹⁹⁴ L'art. 15 del D.Lgs. n. 33/2013 è rubricato “*Obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza*”.

¹⁹⁵ A. Coen, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁶ Art. 8, co. 3-bis, del D.Lgs. n. 33/2013.

¹⁹⁷ A. Coen, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁸ M. Velliscig, *Gli obblighi di trasparenza dell'art. 29 D.Lgs. n. 50/2016*, in www.appaltinforma.it, 2017.

generalizzato, definito anche FOIA (*Freedom of Information Act*), il quale trova la sua disciplina nell'art. 5, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013.

In particolare, l'accesso civico semplice si sostanzia nel diritto di chiunque di chiedere documenti, dati e informazioni oggetto dell'obbligo di pubblicazione, ove la Pubblica Amministrazione risultasse inadempiente; l'accesso civico generalizzato, invece, consente a chiunque di presentare istanza per accedere a tutti i dati e documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, compresi quelli che non devono essere pubblicati, nei limiti fissati dall'art. 5-bis del D.Lgs. n. 33/2013.¹⁹⁹

Quest'ultimo articolo, ai commi 1 e 2, individua una serie di interessi pubblici e privati in presenza dei quali il diniego di accesso è giustificato.²⁰⁰

A tal proposito è intervenuta l'ANAC con la Delibera n. 1309/2016, relativa all'accesso civico generalizzato.

L'Autorità Anticorruzione ha affermato che la Pubblica Amministrazione non potrà negare l'accesso ai documenti e alle informazioni semplicemente adducendo un generico ed astratto pregiudizio per gli interessi individuati dal Legislatore (d'altronde nello stesso art. 5-bis il pregiudizio è qualificato come concreto), ma dovrà individuare lo specifico interesse, tra quelli elencati nell'art. 5-bis, che sarebbe lesa ove la P.A accogliesse la richiesta di accesso civico generalizzato.

L'istanza, inoltre, può essere rigettata solo nel caso in cui il pregiudizio si configuri come conseguenza diretta dell'accesso ai dati, fermo restando che l'eventualità che il pregiudizio si verifichi deve apparire altamente probabile e non soltanto possibile.²⁰¹

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 27.

²⁰⁰ Gli interessi pubblici indicati dall'art. 5-bis, co.1, del D.Lgs. n. 33/2013 sono:

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;
- b) la sicurezza nazionale;
- c) la difesa e le questioni militari;
- d) le relazioni internazionali;
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;
- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

Gli interessi privati individuati dall'art. 5-bis, co. 2, sono:

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

²⁰¹ A. Coen, *op. cit.*, pp. 29-30.

La delibera ANAC n. 1309/2016, recependo quanto disposto in materia di trattamento dei dati personali dal Regolamento (UE) 2016/679, ha dettato delle indicazioni per le richieste di accesso civico generalizzato relative ai documenti che contengono dati personali.

Lo scopo dell'accesso civico generalizzato, ai sensi dell'art. 5, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013, è quello di *“favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”*.²⁰²

Il diritto di prendere visione dei documenti e dei dati detenuti dalla P.A., che discende dall'istituto dell'accesso civico, sia esso semplice o generalizzato, può essere esercitato da chiunque senza addurre alcuna motivazione.

Appaiono evidenti i tratti fisionomici che distinguono tale istituto dall'accesso documentale, disciplinato dalla L. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo.

Ai sensi dell'art. 22 della Legge sopracitata, il diritto di accedere ai documenti amministrativi può essere esercitato, allegando adeguata motivazione, soltanto da colui che vanta un *“interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”*²⁰³; è escluso, dunque, che il privato effettui un controllo diffuso sull'attività esercitata dalla Pubblica Amministrazione utilizzando un simile istituto.²⁰⁴

Tornando all'accesso civico semplice o generalizzato, bisogna precisare che, *ex art. 3, co. 1, del D.Lgs. n. 33/2013 “i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli ai sensi dell'articolo 7”*²⁰⁵ del medesimo Decreto.

Ai fini di una maggiore completezza espositiva, appare necessario soffermarsi sulle altre novità introdotte dal D.Lgs. n. 97/2016.

Come è già stato accennato, a essere modificata è stata la sfera dei soggetti destinatari delle disposizioni in tema di trasparenza, attraverso l'introduzione dell'art. 2-bis nel testo del D.Lgs. n. 33/2013, che ha esteso le norme dettate da quest'ultimo Decreto non soltanto agli enti pubblici economici e alle società controllate o partecipate dalla P.A., ma anche a enti

Rilevante in materia di accesso civico generalizzato è anche la Circolare 30 maggio 2017, n. 2, del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione, contenente dei criteri generali volti a dare un'attuazione uniforme alle norme sull'accesso civico generalizzato.

²⁰² Art. 5, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013.

²⁰³ Art. 22, co. 1, lett. b), della L. n. 241/1990.

²⁰⁴ A. Coen, *op. cit.*, pp. 28-29 e pp. 38 e ss.

²⁰⁵ Art. 3, co. 1, del D.Lgs. n. 33/2013.

interamente di diritto privato che presentano i requisiti, anche dimensionali, indicati dal Legislatore.²⁰⁶

Inoltre, dato il richiamo al sopracitato art. 2-*bis*, co. 2, da parte dell'art. 1, co. 2-*bis*, della L. n. 190/2012, il D.Lgs. n. 97/2016 ha ampliato anche l'ambito soggettivo della disciplina in tema di prevenzione della corruzione (si veda paragrafo 2).

Le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 97/2016 non hanno invece riguardato l'art. 49 del D.Lgs. n. 33/2013, il quale attribuisce alle regioni a Statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano la facoltà di definire diverse “*forme e modalità*” di attuazione del medesimo decreto, tenendo conto “*della peculiarità dei propri ordinamenti*”²⁰⁷; resta fermo il fatto che non può essere in nessun caso limitato il contenuto degli obblighi sulla trasparenza.²⁰⁸

Un ulteriore cambiamento introdotto dal D.Lgs. n. 97/2016 riguarda il PTPC.

In base a quanto disposto dal previgente testo del D.Lgs. n. 33/2013, le misure adottate in materia di trasparenza dovevano confluire in un Piano triennale per la trasparenza e l'integrità (PTTI), distinto rispetto al PTPC; oggi, invece, il PTTI costituisce una sezione apposita del PTPC, adeguatamente rinominato Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT).

A questo proposito, assume rilevanza l'art. 10 del D.Lgs. n. 33/2013, che detta disposizioni sul coordinamento tra le disposizioni in tema di trasparenza e il PTPC.²⁰⁹

In coerenza con l'unificazione dei due Piani triennali, il D.Lgs. n. 97/2016 ha attribuito al Responsabile per la prevenzione della corruzione (RPC) le funzioni precedentemente esercitate dal Responsabile per la trasparenza (RT).

Della figura del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) si è già parlato al paragrafo 5 del presente capitolo; in questa sede, si vuole solo evidenziare che l'ANAC, nella delibera n. 1310/2016, ha sottolineato che le figure di RPC e RT possono

²⁰⁶ A. Coen, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁷ Art. 49, co. 4, del D.Lgs. n. 33/2013.

La provincia di Trento ha esercitato tale facoltà emettendo la Legge provinciale n. 4 del 2014, intitolata “*Disposizioni riguardanti gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni e modificazione della legge provinciale 28 marzo 2013, n. 5*”.

A. Coen, *op. cit.*, p. 24.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ A. Coen, *op. cit.*, p. 25.

rimanere distinte solo nel caso in cui vi siano obiettive esigenze organizzative, dovute ad esempio alle dimensioni dell'ente o della P.A, che giustificano tale scelta.

In questo caso, va data adeguata motivazione nell'atto di nomina dei Responsabili, i quali dovranno collaborare, in modo tale da garantire il coordinamento delle loro funzioni.²¹⁰

Per concludere, appare doveroso accennare al fatto che, in tema di obblighi di trasparenza, nel recente passato il Legislatore ha rivolto la propria attenzione alla sfera degli appalti pubblici.

Agli obblighi di trasparenza che derivano dall'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), si aggiungono quelli dettati dall'art. 37 del D.Lgs. n. 33/2013, così come sostituito dall'art. 32 del D.Lgs. n. 97/2016.²¹¹

L'aumento repentino delle misure previste dal Legislatore in tema di trasparenza negli ultimi anni dimostra il ruolo cruciale che esse giocano nella prevenzione della corruzione.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 26.

²¹¹ M. Velliscig, *Gli obblighi di trasparenza dell'art. 29 D.Lgs. n. 50/2016*, in www.appaltinforma.it

Capitolo 2

La lotta alla corruzione nelle società pubbliche

1. Premessa sulle società pubbliche

La nascita delle società a partecipazione pubblica si deve a tre ordini di ragioni: *“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 amministrativi.”*²¹²

La prima causa è legata alla volontà dello Stato di aiutare le imprese private sull’orlo del baratro a far fronte alla crisi del 1929, i cui effetti per l’economia italiana erano stati disastrosi.

Grazie anche al contributo apportato dalle teorie economiche sulla finanza pubblica congiunturale o funzionale di Keynes, nel 1933 si affermò il sistema delle partecipazioni statali, il quale prevedeva l’ingresso dello Stato in veste di azionista nelle società di diritto privato.

Queste ultime erano controllate attraverso enti di gestione delle partecipazioni statali, ossia enti pubblici economici con funzione di holding finanziaria, che facevano capo a due Comitati interministeriali, il CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica) e il CIPI (Comitato interministeriale per la politica industriale), e al Ministero delle partecipazioni statali.

Nel 1948 l’avvento della Costituzione non segnò un cambio di rotta.

Al contrario in essa, in particolare negli articoli 41 e 43, si trovò un aggancio per affermare la legittimità dell’economia mista.

Fu solo alla fine degli anni Ottanta che il sistema delle partecipazioni statali entrò in crisi, da un lato perché divenuto eccessivamente esoso per lo Stato, dall’altro perché non in linea con la disciplina europea in tema di aiuti di Stato, che vietava il rifinanziamento delle imprese private in perdita.

²¹² M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013, p. 348.

Si diffuse allora un fenomeno antitetico rispetto al primo, quello della privatizzazione, che costituisce, come sopracitato, la seconda causa della nascita delle società a partecipazione pubblica.

Gli enti pubblici economici furono trasformati in società per azioni, di cui lo Stato deteneva l'intero pacchetto azionario (si parla in questo caso di privatizzazione "fredda" o formale).

In altri casi le azioni furono vendute a privati o quotate in borsa (si parla in questo caso di privatizzazione "calda" o sostanziale o materiale).

La terza causa, più recente, è dovuta a una scelta delle pubbliche amministrazioni di affidare, in alcuni casi, lo svolgimento di attività strumentali alle funzioni amministrative a società esterne a tal fine costituite (si parla dunque di esternalizzazione), partecipate dalla pubblica amministrazione per conto della quale principalmente operano.²¹³

Bisogna precisare che non soltanto lo Stato, ma anche gli enti territoriali locali partecipano a società esterne.

Dando attuazione a quanto previsto dalla IX norma delle "Disposizioni transitorie e finali" della Costituzione²¹⁴, la L. n. 142/1990, intitolata "Ordinamento delle autonomie locali", prevede, all'art. 22, comma 3, lett. e, la possibilità anche per i comuni e per le province di gestire i servizi pubblici a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata.

Quest'impostazione è stata confermata dalla Legge costituzionale n. 3/2001, di riforma del Titolo V della Costituzione, giacché è stata disposta, all'art. 19, comma 1, Cost., un'autonomia finanziaria di entrata e di spesa a favore di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni.

Queste ultime possono, dunque, partecipare con i loro capitali a società "miste", affidando loro lo svolgimento di servizi di pubblica utilità o necessità.²¹⁵

Per quanto riguarda il diritto europeo, invece, esso è neutrale rispetto alla partecipazione della pubblica amministrazione nelle società di diritto comune e lascia alla discrezionalità

²¹³ G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrazione*, in *Amministrazione In Cammino*, 2012, pp. 2 e ss.; M. Clarich, *op. cit.*, pp. 348 e ss.; C. Manacorda, *Società ed enti controllati e partecipati da pubbliche amministrazioni e norme anticorruzione: il ruolo del decreto 231 nell'interpretazione dell'autorità nazionale anticorruzione e del ministero dell'economia e delle finanze*, tratto da *Rivista231*, 2015, p. 217.

²¹⁴ Essa così recita: "La Repubblica, entro tre anni dall'entrata in vigore della Costituzione, adegua le sue leggi alle esigenze delle autonomie locali e alla competenza legislativa attribuita alle Regioni."

²¹⁵ C. Manacorda, *op. cit.*, pp. 218-219.

degli Stati membri la regolamentazione della materia, purché, come disposto dall'art 106 del TFUE, essa non leda le norme dei Trattati, in particolare quelle in tema di concorrenza.²¹⁶

È giusto, in ogni caso, rilevare che l'elaborazione da parte della Commissione delle Comunità europee del "Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni", comprensivo di tutti i principi in tema di partenariato pubblico-privato²¹⁷, è sicuramente segno di un atteggiamento comunitario favorevole.²¹⁸

Di recente il Legislatore, attraverso l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), ha manifestato la volontà di contenere il fenomeno delle partecipazioni della Pubblica Amministrazione nelle società di diritto privato.

A tal fine, la costituzione di società, l'acquisizione e il mantenimento di partecipazioni sociali ad opera della P.A. sono ammessi solo nella misura in cui le società partecipate esercitino attività di produzione di beni e servizi "*strettamente necessarie*"²¹⁹ per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante.²²⁰

La Pubblica Amministrazione è tenuta a motivare analiticamente la scelta di utilizzare lo strumento privatistico per il perseguimento dei propri fini e, una volta deliberato in tal senso, deve darne comunicazione alla Corte dei Conti e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.²²¹

²¹⁶ M. Clarich, *op. cit.*, p.350.

²¹⁷ Il Libro Verde prevede due tipi di partenariato: un partenariato istituzionalizzato, relativo alla collaborazione dei due soggetti, pubblico e privato, attraverso la costituzione di un soggetto terzo (ad esempio una società mista), partecipato da entrambi, che esercita attività di pubblico interesse o di pubblica necessità; un partenariato contrattuale, che invece si basa su un rapporto di natura negoziale tra le parti (un esempio è la concessione di servizi).

²¹⁸ C. Manacorda, *op. cit.*, p. 219.

²¹⁹ Art. 4, co. 1, del D.Lgs. n. 175/2016.

²²⁰ F. Vignoli, *Questioni controverse in materia di società pubbliche: le risposte del T.U. n. 175/2016*, in *Rivista231*, 2018, pp. 136-137.

Occorre precisare che Il TUSP si fonda sull'idea secondo cui le società a partecipazione pubblica non rappresentano un nuovo modello societario, distinto rispetto a quelli disciplinati nel codice civile.

L'art. 1, co. 3, del D.Lgs n. 175/2016 dispone, infatti, che, salvo le deroghe introdotte dal Decreto medesimo, "*si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*".

F. Vignoli, *op. cit.*, p. 136.

²²¹ F. Vignoli, *op. cit.*, p. 137.

Per maggiore completezza espositiva, va segnalato che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 251 del 25 novembre 2016, ha dichiarato incostituzionale la Legge Delega cui il D.Lgs. n. 175/2016 dava attuazione, nella parte in cui non richiedeva un'intesa in sede di conferenza Stato-Regioni per l'elaborazione dei Decreti attuativi della Legge medesima.

Alle società pubbliche, non sempre senza problemi, si applicano le norme in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, che nel prosieguo si andranno ad esaminare.

2. Il D.Lgs. n. 231/2001 come strumento di lotta alla corruzione. L'applicabilità del medesimo agli enti pubblici economici e alle società a partecipazione pubblica.

Già negli anni '70 il diffondersi dei cosiddetti *white collar crimes* (ossia i reati dei colletti bianchi) aveva reso evidente per l'Unione Europea l'urgenza di un intervento, introducendo un sistema che andasse direttamente a sanzionare l'ente in quanto persona giuridica.

Il problema non si limitava all'esistenza di imprese intrinsecamente illecite, ma era acuito dal proliferare di enti che, pur perseguendo fini di per sé leciti, erano disposti ad abbracciare politiche aziendali permissive rispetto alla commissione di reati, uno fra tutti, la corruzione. Spinto dalle forti pressioni comunitarie, il Legislatore italiano è intervenuto con la Legge Delega n. 300/2000, cui il D.Lgs. n. 231/2001 dà attuazione, al fine di configurare per la prima volta una responsabilità amministrativa dell'Ente dipendente da reato.²²²

Al pari della L. n. 190/2012, il Decreto Legislativo sopracitato delinea un sistema volto a prevenire la commissione di illeciti, con particolare attenzione a quelli economico-societari e ai reati corruttivi.

Entrambi i testi normativi, inoltre, trovano applicazione presso gli enti pubblici economici e le società a partecipazione pubblica.

Per quanto riguarda il D.Lgs. n. 231/2001, a norma dell'art. 1, comma 3, del Decreto medesimo, i soggetti esclusi dalla propria sfera applicativa sono gli "enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale."²²³

La lacunosità del dato testuale sul punto ha fatto sorgere in passato dei dubbi circa l'applicabilità del D.Lgs. n. 231/2001 alle società a partecipazione pubblica.

Una volta raggiunta l'intesa richiesta dalla Corte Costituzionale, il testo del D.Lgs. n. 175/2016 è stato in parte modificato dal D.Lgs. n. 100/2017.

²²² *La responsabilità amministrativa degli Enti ex D.Lgs. 8 giugno, 2001-n° 231/2001*, in *economia.unipv.it*

²²³ C. A. Strazzeri, *Manuale 231. Anticorruzione e trasparenza, Linee guida per le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Italia, 2016, prefazione, p. 3.

A tal riguardo si è espressa la Suprema Corte di Cassazione, affermando che le disposizioni del Decreto sopracitato trovano applicazione anche in relazione alle società pubbliche, in particolare alle società a capitale misto (Cass. pen., sez. II, sentenza 9 - 21/07/2010, n. 28699) e alle società d'ambito (Cass. pen., sez. II, sentenza 26/10/2010 – 10/01/2011, n. 234), in quanto soggetti operanti secondo le norme di diritto privato.²²⁴

A sostegno di quanto affermato dalla Corte di Cassazione, bisogna considerare che l'elenco dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato annovera al suo interno i delitti di corruzione passiva, di concussione e di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità (art. 25 del D.Lgs. n. 231/2001); trattasi di reati i cui soggetti attivi, a titolo esclusivo o di concorso, sono personificati nelle figure del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio.

L'attribuzione di queste qualifiche deve tener conto non tanto dell'appartenenza del funzionario alla Pubblica Amministrazione strettamente intesa, quanto delle funzioni concretamente svolte; è, dunque, considerato pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio anche colui che esercita una funzione pubblica o presta un pubblico servizio all'interno di una società a partecipazione pubblica.²²⁵

Ne consegue che se queste ultime venissero escluse dalla sfera applicativa del D.Lgs. n. 231/2001, ciò comporterebbe un'*interpretatio abrogans* parziale dell'art. 25 del medesimo Decreto.²²⁶

La Suprema Corte ha inoltre affermato che *“la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'esonero della disciplina in questione; deve*

²²⁴ 231.koreaudit.com

²²⁵ Ai sensi dell'art. 357 c.p. sono pubblici ufficiali *“coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa”*.

Al comma due del medesimo articolo viene specificato che *“è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”*.

Per la definizione di incaricato di pubblico servizio occorre, invece, far riferimento all'art 358 c.p., il quale dispone che *“sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio”*, ossia *“un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”*.

Sia nel caso del pubblico ufficiale che dell'incaricato di pubblico servizio si prescinde dal rapporto di dipendenza con la Pubblica Amministrazione.

²²⁶ M. Arena, *Piani di prevenzione della corruzione e modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista 231*, 2014, pp. 117-118.

necessariamente essere presente anche la condizione dell'assenza di svolgimento di attività economica da parte dell'ente medesimo."²²⁷

Tale statuizione della Corte di Cassazione nasce per giustificare l'applicabilità del D.Lgs. n. 231/2001 agli enti pubblici economici, i quali, nonostante la natura pubblicistica, hanno ad oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività economica, limitatamente alla quale soggiacciono, seppur con delle eccezioni, alle norme di diritto privato.

Autorevole dottrina ha sottolineato come tale principio possa, a maggior ragione, essere considerato valevole anche per le società a partecipazione pubblica.

A prescindere dalla loro natura pubblica o privata, infatti, le suddette società, in quanto tali, sono costituite per l'esercizio di un'attività d'impresa, con la conseguenza che in esse difetterà sempre il requisito della non soggezione al principio di economicità.

Appare opportuno sottolineare, in via sussidiaria, che in due sentenze delle Sezioni Unite della Suprema Corte²²⁸, chiamata a pronunciarsi circa la natura giuridica delle società costituite da un ente pubblico territoriale per la gestione di servizi pubblici, si è affermata la natura privatistica delle società partecipate.

Il giudice di legittimità, nel giungere a tale conclusione, ha precisato dall'eventuale costituzione delle società con capitale interamente pubblico, giacché esse godono, in ogni caso, di un'autonomia che le rende soggetti distinti dall'ente pubblico partecipante e, come tali, tenuti al rispetto delle autorizzazioni previste per l'attività da essi esercitata e sottoposti all'ordinaria attività di vigilanza.²²⁹

La tesi finora sostenuta, relativa all'applicabilità del D.Lgs. n. 231/2001 anche alle società pubbliche, potrebbe essere smentita da quanto disposto dall'art. 1, co. 3, del medesimo

²²⁷ Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2011, n. 234, in *olympus.uniurb.it*

²²⁸ Cass. civ., S.U., 26 agosto 1998 n. 8454, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2024 e Cass. civ., S.U., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro.it.*, 1996, 1363.

²²⁹ M. Arena, *op. cit.*, p. 118.

Ai fini di una maggiore completezza espositiva, bisogna evidenziare che negli ultimi anni si è assistito a un cambio di rotta della giurisprudenza.

In tre pronunce del Consiglio di Stato (sez. VI, 1/04/2000, n. 1885; sez. VI, 2/03/2001, n. 1206; sez. VI, 5/03/2002, n. 1303) e in una delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. civ., S.U., 22/12/2009, n. 27092) si è affermato che la forma societaria è neutra e non osta al riconoscimento della natura pubblica di un soggetto.

Per un commento della dottrina si rimanda a M. Levis e C. Manacorda, *Verso la neutralità del modello societario: la società mista*, in *Diritto e Pratica delle Società* (C. Manacorda, *Società ed enti controllati e partecipati da pubbliche amministrazioni e norme anticorruzione: il ruolo del decreto 231 nell'interpretazione dell'autorità nazionale anticorruzione e del ministero dell'economia e delle finanze*, in *Rivista231*, 2015, p. 219, nota 11).

Decreto, che annovera tra i soggetti esclusi dalla sfera applicativa della normativa in esame gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Tuttavia, come precisa la Corte di Cassazione, *“la ratio dell’esonazione è quella di escludere dall’applicazione delle misure cautelari e delle sanzioni previste dal D.lgs. 231/2001 enti non solo pubblici, ma che svolgano funzioni non economiche, istituzionalmente rilevanti, sotto il profilo dell’assetto costituzionale dello Stato amministrazione. In questo caso infatti, verrebbero in considerazione ragioni dirimenti che traggono la loro origine dalla necessità di evitare la sospensione di funzioni essenziali nel quadro degli equilibri dell’organizzazione costituzionale del paese”*.²³⁰

Una società per azioni avrà sempre come scopo quello di realizzare un utile economico; l’esercizio di attività che hanno un riverbero su beni di rilevanza costituzionale, quali il diritto alla salute o il diritto all’ambiente, non può dunque essere considerato attribuzione di funzioni di rilievo costituzionale, funzioni queste riservate a soggetti almeno menzionati in Costituzione.²³¹

All’infuori di tale interpretazione restrittiva dell’art. 1, co. 3, del D.Lgs. n. 231/2001, il risultato sarebbe quello di escludere dalla portata applicativa del medesimo Decreto un numero illimitato di enti solo in ragione del particolare settore, incidente su beni tutelati dalla Costituzione, in cui essi operano, conclusione con ogni evidenza inaccettabile.²³²

La Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi anche circa l’opportunità pratica di applicare la confisca e le sanzioni pecuniarie ed interdittive previste dal D.Lgs. n. 231/2001 alle società partecipate.

Per quanto riguarda le sanzioni di cui all’art. 9 del summenzionato Decreto, si è detto che l’interdizione dall’esercizio dell’attività, così come la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni, impedirebbero, o comunque ostacolerebbero, l’esercizio di un’attività di pubblico interesse o di pubblica necessità; lo stesso discorso deve essere esteso al divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Queste obiezioni non tengono conto, tuttavia, del fatto che è lo stesso D.Lgs. n. 231/2001 a prevedere, agli artt. 15 e 45, la possibilità per il giudice di nominare un commissario che

²³⁰ Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2011, n. 234, in olympus.uniurb.it

²³¹ Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699, in www.altalex.com, 2010.

²³² V. Del Regno, *La responsabilità derivante dal D.lgs. 231/2001 per le società partecipate. Ambito di applicabilità, obblighi e sanzioni dopo la sentenza n. 234/2011*, in www.promopa.it; M. Arena, *op. cit.*, pp. 118-119.

garantisca la prosecuzione dell'attività quando *“l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività”*²³³.

Occorre comunque richiamare l'obiezione mossa da alcuna dottrina, secondo la quale bisognerebbe in ogni caso considerare che il commissariamento arrecherebbe un pregiudizio allo Stato, dal momento che, ex art. 4 del D.P.R. n. 115/2002, sarebbe onere dell'Erario anticipare il compenso spettante al commissario; senza considerare il fatto che dal commissariamento potrebbe derivare una svalutazione dell'ente, con la conseguente esclusione dello stesso dalle gare pubbliche.²³⁴

A voler ravvisare un limite all'applicabilità delle sanzioni interdittive agli enti pubblici economici e alle società a partecipazione pubblica, esso dovrebbe essere individuato nell'esclusione delle sole sanzioni interdittive in via definitiva, dal momento che, ai sensi dell'art. 15, co. 5 del D.Lgs. n. 231/2001, questo è l'unico caso in cui, come è ovvio, non può essere nominato un commissario giudiziale.

Per quanto concerne le sanzioni pecuniarie, invece, si è detto che, ove venissero applicate, lo Stato dovrebbe versare a se stesso somme che già possiede, con l'ulteriore aggravio che, al fine di garantire la regolarità di un servizio di pubblico interesse o di pubblica necessità, potrebbe essere costretto a ricapitalizzare l'ente.

Quest'argomentazione, sostenuta da autorevole dottrina, vale anche in tema di confisca, poiché verrebbe trasferito allo Stato un bene già appartenente al patrimonio pubblico.

A ben considerare, tali riflessioni sono fallaci.

Esse infatti si fondano sul presupposto che vi sia identità tra chi sanziona, lo Stato, e chi viene sanzionato, la società partecipata.

In realtà, bisogna considerare che l'ente pubblico controllante o partecipante non è necessariamente lo Stato, al contrario nella maggior parte dei casi si tratta di un ente pubblico territoriale locale.

Inoltre, accanto all'azionista pubblico ve ne è uno privato, chiamato a rispondere, col proprio patrimonio, in proporzione alle quote detenute.

È necessario altresì sottolineare che, se il D.Lgs. n. 231/2001 non venisse applicato alle società a partecipazione pubblica, ciò avrebbe come paradossale conseguenza quella di

²³³ Art. 9, co. 1, lett. a) del D.Lgs. n. 231/2001.

²³⁴ M. Arena, *op. cit.*, p. 120.

fornire un *escamotage* agli azionisti privati, dal momento che, a fronte della commissione di un illecito, essi godrebbero della garanzia indiretta di rimanere esenti da sanzioni, per il solo fatto di aver investito in una società pubblica.²³⁵

L'intervento del PNA del 2013, il cui orientamento è stato più di recente confermato dal D.Lgs. n. 97/2016, ha infine dissipato ogni dubbio circa l'applicabilità del D.Lgs. n. 231/2001 alle società pubbliche.

Il PNA, infatti, dispone, come si avrà modo di analizzare più dettagliatamente nel prosieguo della trattazione, che gli enti pubblici economici e le società controllate da pubbliche amministrazioni devono integrare le misure contenute nel Modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al D.Lgs. n. 231/2001 (viene dato, dunque, per scontato che quest'ultimo Decreto si applichi anche alle società in controllo pubblico e agli enti pubblici economici) con le misure di prevenzione della corruzione previste dalla L. n. 190/2012.²³⁶

Alla luce di quanto esposto, appare evidente che le disposizioni del D.Lgs. n. 231/2001 trovano applicazione anche rispetto alle società a partecipazione pubblica e agli enti pubblici economici.

3. L'art. 25 del D.Lgs. n. 231/2001 dopo la riforma della L. n. 190/2012

Il D.Lgs. n. 231/2001 contiene un *numerus clausus* di reati dalla cui commissione deriva la responsabilità amministrativa dell'ente; tra questi, vi sono anche alcuni dei reati contro la Pubblica Amministrazione, enucleati agli articoli 24 e 25 del Decreto medesimo.²³⁷

In particolare, all'art. 24 del D.Lgs. n. 231/2001 sono indicati i reati di malversazione e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico, truffa aggravata per il perseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico.

L'articolo 25 prevede, invece, tra i reati presupposto, la concussione, l'istigazione alla corruzione, l'induzione indebita a dare o promettere utilità e la corruzione.

²³⁵ M. Arena, *op. cit.*, pp. 120-121; C. A. Strazzeri, *op. cit.*, prefazione, p. 4.

²³⁶ C. Manacorda, *Società ed enti controllati e partecipati da pubbliche amministrazioni e norme anticorruzione: il ruolo del decreto 231 nell'interpretazione dell'autorità nazionale anticorruzione e del ministero dell'economia e delle finanze*, 2015, in *Rivista231*, p. 221.

²³⁷ *Fattispecie di reato e sanzioni*, in www.portale.231.com

È su quest'ultimo articolo che si cercherà di focalizzare l'attenzione, dal momento che è stato indirettamente interessato dalle modifiche introdotte dalla L. n. 190/2012, relative ai reati corruttivi.

Per quanto riguarda la concussione, di cui all'art. 317 c.p., esso è un delitto proprio; soggetto attivo può essere il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, “*abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe²³⁸ taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità*”.²³⁹

La L. n. 190/2012 aveva eliminato il riferimento all'incaricato di pubblico servizio, tornando alla fattispecie originaria, contenuta nel codice Rocco, la cui sfera soggettiva era stata ampliata ad opera della L. n. 86/1990, in considerazione del fatto che anche un incaricato di pubblico servizio può prevaricare, con la propria condotta, su un terzo.

La scelta del Legislatore del 2012 era stata fortemente criticata, dal momento che, espunto l'incaricato di pubblico servizio dalla sfera soggettiva del delitto di concussione, la condotta costrittiva da quest'ultimo posta in essere poteva essere punita soltanto a titolo di estorsione, reato sanzionato più duramente della concussione.

È per siffatta ragione che la L. n. 69/2015 ha reintrodotta il riferimento all'incaricato di pubblico servizio²⁴⁰; bisogna, inoltre, ricordare che tra i soggetti attivi del delitto di concussione vi sono anche quelli indicati all'art. 322-*bis* c.p..²⁴¹

Ne consegue che, perché l'ente sia considerato responsabile *ex* D.Lgs. n. 231/2001, colui che opera all'interno dell'azienda e che esercita la propria forza prevaricatrice deve essere un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio.²⁴²

Ove il delitto di concussione sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, a quest'ultimo si applicano una sanzione pecuniaria che va da trecento a ottocento quote e le

²³⁸ La costrizione consiste nella violenza o minaccia di un male ingiusto e futuro; essa lascia comunque un margine di scelta al soggetto passivo, ragion per cui si parla di coazione psichica relativa.

A. F. Morone, *Concussione, induzione indebita e corruzione. Luci ed ombre dopo le Leggi 190/2012 e 69/2015*, Key Editore, 2016, pp. 20 e ss.

²³⁹ Art. 317 c.p.

²⁴⁰ A. F. Morone, *op. cit.*, pp. 15-16-17.

²⁴¹ L'art. 322-*bis* viene introdotto dalla L. n. 300/2000 in attuazione di obblighi sovranazionali; esso richiama tra i possibili autori del delitto di concussione taluni soggetti facenti parte degli organi delle Comunità Europee o operanti in altri Stati membri dell'UE, Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali.

A. F. Morone, *op. cit.*, p. 16.

²⁴² R. Imperiali, *Le modifiche anticorruptive al D.Lgs. n. 231/2001 apportate dalla L. n. 190/2012*, in *Diritto* 24 de *Il sole 24 ore*, 2014.

sanzioni interdittive, previste dall'art. 9, co. 2, del D.Lgs. n. 231/2001, “*per una durata non inferiore ad un anno*”.²⁴³

In ogni caso, la riforma più importante apportata dalla L. n. 190/2012 ha riguardato l'eliminazione dell'induzione dal delitto di concussione, limitando la condotta tipica di quest'ultimo delitto a quella costrittiva e facendo confluire la condotta induttiva in una fattispecie autonoma di reato, l'induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità, di cui all'art 319-*quater*²⁴⁴c.p., oggi espressamente richiamata dall'art. 25 del D.Lgs. n. 231/2001.

Il Legislatore ha cercato di rispondere alle spinte sovranazionali, in particolare alle raccomandazioni dell'OCSE, dalle quali emergeva una preoccupazione relativa al delitto di concussione, utilizzato quale strumento per sottrarsi alla responsabilità derivante dalla corruzione internazionale.

Era, infatti, difficile distinguere tra la corruzione, che è reato a concorso necessario, e la concussione per induzione, da cui derivava la non punibilità del soggetto indotto.

In base al vigente testo dell'art. 319-*quater* c.p., invece, responsabili del reato di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità sono sia il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che inducono, sia il soggetto che dà o promette denaro o altra utilità, il quale non si presenta più come vittima, ma come correo.

Quest'ultimo, in ogni caso, è punito meno duramente del corruttore, data l'ingerenza che comunque esercita su di lui il soggetto che ricopre la qualifica pubblica.²⁴⁵

Dopo l'introduzione dell'art. 319-*quater* c.p., a lungo si è dibattuto circa la differenza tra costrizione e induzione, sino all'intervento risolutore della sentenza dell'ottobre 2013 delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, cosiddetta sentenza Maldera.²⁴⁶

²⁴³ Art. 25, co. 5, del D.Lgs. n. 231/2001.

²⁴⁴ A. F. Morone, *op. cit.*, p. 31.

²⁴⁵ A. F. Morone, *op. cit.*, pp. 31 e ss.

²⁴⁶ Prima dell'intervento della sentenza Maldera, si erano venuti delineando tre diversi orientamenti.

Il primo poneva l'accento sulla diversa *intensità della pressione prevaricatrice*, che nel delitto di concussione si risolve in una limitazione significativa della libertà del soggetto passivo di autodeterminarsi, nel reato di induzione indebita, invece, in una mera persuasione.

Il secondo orientamento individuava il criterio distintivo nell'*oggetto della prospettazione*; la concussione presuppone la minaccia di un danno ingiusto e *contra ius*, l'induzione indebita, invece, implica la prospettazione di un danno legittimo, che tuttavia il soggetto privato vuole evitare.

Il terzo, infine, era un orientamento intermedio tra i primi due; esso individuava, quale criterio principale, la diversa intensità della pressione prevaricatrice, ma, in caso di dubbio, l'interprete poteva avvalersi del criterio del vantaggio indebito perseguito dal soggetto privato.

A. F. Morone, *op. cit.*, pp. 37-38.

In essa si dispone che il delitto di concussione “è caratterizzato, dal punto di vista oggettivo, da un abuso costringitivo del pubblico agente che si attua mediante violenza o minaccia, esplicita o implicita, di un danno “contra ius” da cui deriva una grande limitazione della libertà di determinazione del destinatario che, senza alcun vantaggio indebito per sé, viene posto di fronte all’alternativa di subire un danno o di evitarlo con la dazione o la promessa di una utilità indebita”.²⁴⁷

La fattispecie di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità si sostanzia, invece, nella persuasione, suggestione o inganno²⁴⁸ del soggetto privato ad opera del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio; in particolare, il privato “*finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivata dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, che giustifica la previsione di una sanzione a suo carico*”.²⁴⁹

La sentenza Maldera si è anche pronunciata in merito alla differenza tra il reato di induzione indebita e quello di corruzione, richiamando gli orientamenti giurisprudenziali che, già prima dell’entrata in vigore della L. n. 190/2012, avevano tentato di distinguere tra la concussione per induzione e la corruzione.

In particolare, i delitti di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità presuppongono che il soggetto privato versi in uno stato di soggezione, il quale, invece, viene a mancare nelle fattispecie corruttive, le quali si caratterizzano per la *par condicio contractualis*²⁵⁰ dei soggetti agenti; questi ultimi, cioè, si muovono su un piano di parità, in cui nessuno dei due soggiace all’altro.²⁵¹

Un ulteriore reato richiamato dall’art. 25 del D.Lgs. n. 231/2001 è quello di istigazione alla corruzione di cui all’art. 322 c.p..

²⁴⁷ Cass. Sez. U., 24 ottobre 2013, Maldera e a., n. 12228, *FI*, 2014, 2, 517.

In realtà, alla prospettazione di un male ingiusto si può accompagnare anche quella di un vantaggio per il soggetto privato; tuttavia, qualora il primo risulti sproporzionato rispetto al secondo, nulla muta ai fini della distinzione tra concussione e induzione indebita. (Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2015, M.G., n. 8963, *CED*, 262503).

²⁴⁸ È necessario che l’inganno non comporti l’errore del soggetto privato circa la doverosità della propria prestazione nei confronti del p.u. o dell’i.p.s.; in questo caso, infatti, si configurerebbe il reato di truffa. (A. F. Morone, *op. cit.*, pp. 39-40).

²⁴⁹ Cass. Sez. U., 24 ottobre 2013, Maldera e a., n. 12228, *FI*, 2014, 2, 517.

²⁵⁰ Espressione riportata nella sentenza Maldera.

²⁵¹ A. F. Morone, *op. cit.*, p. 41.

Anche in questo caso la Cassazione, in occasione della sopracitata sentenza Maldera, ha ritenuto opportuno intervenire per segnare la linea di confine tra il reato di cui all'art. 319-*quater* del c.p. e l'istigazione alla corruzione compiuta da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 322 c.p..²⁵²

Essi differiscono perché, mentre l'istigazione alla corruzione “*si inserisce sempre nell'ottica di instaurare un rapporto paritetico tra i soggetti coinvolti, diretto al mercimonio dei pubblici poteri*”²⁵³, il delitto di induzione indebita “*presuppone che il funzionario pubblico, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, ponga potenzialmente il suo interlocutore in uno stato di soggezione*”.²⁵⁴

Per quanto riguarda le fattispecie corruttive, anche esse richiamate dall'art. 25 del D.Lgs. n. 231/2001, la riforma del 2012 ne ha irrigidito il sistema sanzionatorio, ulteriormente inasprito dall'intervento della L. n. 69/2015.

Modifiche più importanti hanno riguardato il reato di corruzione impropria, di cui all'art. 318 c.p..

La L. n. 190/2012 ha sostituito la corruzione per un atto d'ufficio con la corruzione per l'esercizio della funzione, ampliando le maglie della condotta tipica, sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale che, già prima dell'intervento del Legislatore del 2012, aveva avallato un'interpretazione estensiva della nozione di atto d'ufficio.²⁵⁵

La giurisprudenza riteneva infatti sufficiente l'individuazione del medesimo anche soltanto nel *genus* (si veda, ad esempio, la sentenza della Cass., Sez. VI, 28 marzo 2001, Sarritzu, n. 22638, CP, 2002, 580) e, in alcuni casi, considerava addirittura valevole la promessa o dazione di un'utilità indebita in cambio dell'esercizio della funzione (si veda, ad esempio, Cass., Sez. VI, 7 marzo 1997, Necci, n. 967, RP, 1997, 576), tracciando così la strada della riforma legislativa.²⁵⁶

Ulteriore modifica ha riguardato la sfera soggettiva del reato di corruzione impropria.

In primo luogo, tra i soggetti attivi oggi si annovera sempre, accanto al pubblico ufficiale, anche l'incaricato di pubblico servizio, prima della riforma del 2012 considerato

²⁵² Ibidem, p. 42.

²⁵³ Cass. Sez. U., 24 ottobre 2013, Maldera e a., n. 12228, *FI*, 2014, 2, 517.

²⁵⁴ Cass. Sez. U., 24 ottobre 2013, Maldera e a., n. 12228, *FI*, 2014, 2, 517.

²⁵⁵ A. F. Morone, *op. cit.*, pp. 43 e ss.

²⁵⁶ Ibidem, p. 55.

responsabile di corruzione impropria solo se titolare della qualifica di dipendente pubblico, oggi non più richiesta.

In secondo luogo, a differenza che in passato, il privato corruttore risponde non soltanto per corruzione impropria antecedente, ma anche per quella susseguente.

La corruzione antecedente riguarda il caso in cui il patto corruttivo si perfeziona prima che l'oggetto del patto medesimo si realizzi; la corruzione susseguente, invece, abbraccia l'ipotesi opposta.²⁵⁷

Riforme significative non hanno riguardato, invece, la corruzione propria, di cui all'art. 319 c.p., e la corruzione in atti giudiziari, di cui all'art. 319-ter c.p..²⁵⁸

4. Il Modello di organizzazione, gestione e controllo. Analogie e differenze con il PTPCT

La L. n. 190/2012 interagisce con il D.Lgs. n. 231/2001, da un lato, come si è già avuto modo di analizzare nel precedente paragrafo, inserendo tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente il delitto di induzione indebita a dare o promettere denaro o altra utilità e quello di corruzione tra privati; dall'altro imponendo agli enti pubblici economici, alle società e agli altri enti privati in controllo pubblico di adottare un PTPCT, integrando il Modello di organizzazione, gestione e controllo adottato per dare attuazione al D.Lgs. n. 231/2001.²⁵⁹

Ciò risulta dal testo dell'art. 1, co. 2-bis, della L. n. 190/2012, secondo cui il PNA costituisce atto di indirizzo, oltre che per le Pubbliche Amministrazioni, anche per gli enti pubblici economici, per le società e per gli altri soggetti di diritto privato in controllo pubblico *“ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”*.²⁶⁰

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 43-44.

²⁵⁸ Per completezza espositiva, occorre precisare che L. n. 190/2012 ha modificato anche un altro resto che, seppur non rilevante ai fini della presente trattazione, viene richiamato dall'art. 25-ter, co. 1, lett. s-bis del D.Lgs. n. 231/2001 quale reato presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente.

²⁵⁹ M. Ippolito, *Società a partecipazione pubblica tra piano per la prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e Modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001: possibili soluzioni operative*, in *Rivista231*, 2014, p. 54.

²⁶⁰ Art. 1, co. 2-bis, della L. n. 190/2012.

Bisogna precisare che, prima dell'introduzione del summenzionato comma 2-*bis* ad opera del D.Lgs. n. 97/2016, l'art. 1, co. 59 della L. n. 190/2012 faceva riferimento, ai fini dell'attuazione delle misure di prevenzione della corruzione indicate ai commi da 1 a 57 del medesimo articolo, alle sole Pubbliche Amministrazioni.²⁶¹

Un richiamo alle società a partecipazione pubblica era (ed è tutt'oggi) contenuto nell'art. 1, co. 34, della L. n. 190/2012, limitatamente all'attuazione delle misure in tema di trasparenza. Un lapidario richiamo alle società pubbliche appariva anche nel testo dell'art. 1, co. 60, della Legge sopracitata; tuttavia, in quest'ultimo caso, erano menzionati dal Legislatore soltanto i soggetti di diritto privato controllati da enti locali.²⁶²

Le lacune legislative venivano, tuttavia, colmate dal PNA che, già nel 2013, riferiva l'obbligo di adottare il PTPC anche agli enti pubblici economici (comprese l'Agenzia del demanio e le autorità portuali), alle società e agli altri enti di diritto privato sottoposti al controllo della Pubblica Amministrazione o delle società da essa controllate.

Come sopracitato, quest'impostazione è stata recepita dal Legislatore nel nuovo comma 2-*bis*, dell'art.1, della L. n. 190/2012, ai sensi del quale i medesimi soggetti, chiamati ad adottare anche il Modello di organizzazione, gestione e controllo *ex* D.Lgs. n. 231/2001²⁶³, integrano quest'ultimo con le misure contenute nel PTPCT.

Su quest'ultimo aspetto, ossia sulle modalità di integrazione tra i due Piani, ci si soffermerà nel prossimo paragrafo; adesso appare opportuno effettuare una comparazione tra le disposizioni della L. n. 190/2012, dalle quali deriva l'obbligo di adottare il PTPCT, e quelle del D.Lgs. n. 231/2001, fonte normativa del MOG, al fine di coglierne divergenze e punti di contatto.²⁶⁴

Sia il MOG che il PTPCT perseguono un medesimo scopo, ossia quello di prevenire la commissione di condotte illecite, attraverso la mappatura dei rischi e la predisposizione di apposite misure e sistemi di controllo; estremamente diversi sono, tuttavia, gli illeciti specifici di cui i documenti sopracitati devono tener conto.²⁶⁵

²⁶¹ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 54.

²⁶² M. Arena, *Piani di prevenzione della corruzione e Modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista231*, 2014, p. 116.

²⁶³ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 55.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 55.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 55.

La L. n. 190/2012, abbracciando una nozione ampia di corruzione, ha lo scopo di prevenire tutti i reati contro la Pubblica Amministrazione previsti dal Titolo II, Capo I del codice penale e finanche il malfunzionamento amministrativo, in cui rientrano condotte anche prive di rilevanza penale, illeciti di natura disciplinare ed erariale, i quali trovano il proprio giudice naturale nella Corte dei Conti.

Bisogna sottolineare che, a differenza di quanto disposto dal D.Lgs. n. 231/2001, ai fini della responsabilità del RPCT, a nulla rileva il fatto che il reato non sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio della P.A. o dell'ente di appartenenza, rilevando persino il caso in cui l'illecito abbia arrecato a questi ultimi un danno.²⁶⁶

Il D.Lgs. n. 231/2001, invece, indica un elenco ampio, ma tassativo, di reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente, in cui rientrano anche, tra gli altri, i delitti di corruzione e istigazione alla corruzione, di induzione indebita a dare o promettere utilità e di concussione, per cui si rimanda al precedente paragrafo.

Il D.Lgs. n. 231/2001 abbraccia, dunque, una nozione di corruzione *stricto sensu* intesa.²⁶⁷

Gli illeciti che il D.Lgs. sopracitato ha lo scopo di prevenire e di cui si deve tener conto per la predisposizione del MOG hanno tutti natura penale, ragion per cui l'organo giudicante è il giudice penale.

L'elemento soggettivo richiesto è quasi sempre il dolo, con l'unica eccezione del delitto di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche; il PTPCT, invece, considera rilevanti condotte commesse anche colposamente.²⁶⁸

Un altro elemento di difformità riguarda l'adozione, obbligatoria nel caso del PTPCT, facoltativa nel caso del Modello di prevenzione, gestione e controllo.²⁶⁹

Quest'ultimo, infatti, è uno strumento che si pone a vantaggio dell'ente, consentendogli di poter andare esente da responsabilità nel caso in cui un apicale o un sottoposto commettano un reato a suo interesse o vantaggio.

²⁶⁶ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 56.

²⁶⁷ A. Monea, *D.Lgs. n. 190/2012 e D.Lgs. n. 231/2001: due normative a tutela dell'integrità organizzativa. Profili di confronto*, Wolters Kluwer Italia, 2014, pp. 331-332.

²⁶⁸ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 56.

²⁶⁹ È vero, tuttavia, che vi sono Leggi speciali, regionali o provinciali che sanciscono un obbligo, e non una mera facoltà, di adottare il MOG.

M. Ippolito, *op. cit.*, p. 55.

Non adottare il MOG espone l'ente a un rischio maggiore, ma questa resta comunque una sua libera scelta.²⁷⁰

Un punto di convergenza, invece, riguarda il soggetto chiamato ad adottare, nelle società a partecipazione pubblica, il PTPC, da un lato, e il MOG, dall'altro,.

Il MOG, ai sensi dell'art. 6, co. 1, lett. a), del D.Lgs. n. 231/2001, deve essere adottato dall'organo dirigente, che all'interno di una società si identifica nel Consiglio di Amministrazione.

L'art. 1, co. 8, della L. n. 190/2012, invece, dispone che sia l'organo di indirizzo politico ad adottare il PTPC.

Sul punto, tuttavia, è intervenuta la Delibera CIVIT (oggi ANAC) n. 15/2013, la quale ha affermato che, nelle società a partecipazione pubblica, il soggetto preposto all'adozione del documento integrativo del MOG, denominato PTPCT, è il Consiglio di Amministrazione.²⁷¹

Nel prosieguo della trattazione verranno analizzate due figure, richiamate, rispettivamente, nel PTPCT e nel MOG, le quali sono distinte, ma allo stesso tempo legate da numerosi punti in comune, il RPCT e l'OdV.²⁷²

In questa sede, ci si limiterà a evidenziare che, ai sensi della L. n. 190/2012, sul RPCT grava l'onere di provare che il PTPCT sia stato adottato ed efficacemente attuato, al fine di non incorrere in una responsabilità erariale e disciplinare.

Il D.Lgs. n. 231/2001, invece, fa gravare l'onere della prova sull'ente che, ove dovesse fallire, sarà sottoposto alle sanzioni previste dal Decreto medesimo.²⁷³

Bisogna, tuttavia, sottolineare che all'ente è accordata una possibilità non prevista dalla L. n. 190/2012.

Infatti, in base a quanto disposto dall'art. 12, co. 2, lett. b) e dall'art. 17 del D.Lgs. n. 231/2001, l'ente vedrà ridotta la sanzione pecuniaria a proprio carico e andrà esente dall'applicazione di misure interdittive ove ricorrano determinati presupposti, tutti relativi alla condotta tenuta dall'ente dopo la commissione del reato; tra questi, il Legislatore

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 55.

²⁷¹ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 56.

²⁷² *Ibidem*, p. 57.

²⁷³ M. Arena, *op. cit.*, p. 122.

Per maggiore completezza espositiva, occorre sottolineare che una parte della dottrina (si veda, in particolare, la Prof.ssa M. L. di Bitonto), avallando una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001, si discosta dalla teoria dell'inversione dell'onere della prova, secondo cui dimostrare l'adozione e l'efficace attuazione del MOG ricadrebbe sull'ente anziché sull'accusa.

richiama l'adozione e attuazione di un Modello di organizzazione e gestione “*idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi*”²⁷⁴, purché ciò avvenga prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado

L'ultimo aspetto che occorre analizzare è il contenuto dei due documenti sopracitati.

Quello del PTPCT, già analizzato al paragrafo 6 del Capitolo 1, sarà qui brevemente richiamato al fine di porlo in comparazione con il MOG.

L'art. 1, co. 9, della L. n. 190/2012 individua il contenuto minimo del PTPCT, il quale deve:

a) mappare le attività maggiormente esposte al rischio corruzione, comprese quelle indicate all'art. 1, co. 16 della L. n. 190/2012;

b) delineare per le suddette attività “*meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione*”;²⁷⁵

c) disporre obblighi di informazione diretti al RPCT, con particolare riguardo alle attività a rischio, individuate ai sensi della lettera a);

d) “*definire le modalità di monitoraggio del rispetto dei termini, previsti dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti*”;²⁷⁶

e) “*definire le modalità di monitoraggio dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione*”;²⁷⁷

f) delineare obblighi di trasparenza che non si limitino soltanto a quelli disposti dalla Legge.²⁷⁸

Il Modello di organizzazione, gestione e controllo, invece, ai sensi dell'art. 6, co. 2, del D.Lgs. n. 231/2001, deve:

a) *individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;*

b) *prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;*

²⁷⁴ Art. 12, co. 2, lett. b), del D.Lgs. n. 231/2001; A. Monea, *op. cit.*, p. 337.

²⁷⁵ Art. 1, co. 9, lett. b), della L. n. 190/2012.

²⁷⁶ Art. 1, co. 9, lett. d), della L. n. 190/2012.

²⁷⁷ Art. 1, co. 9, lett. e), della L. n. 190/2012.

²⁷⁸ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 57.

- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.²⁷⁹

Analizzando il contenuto minimo del PTPCT e del MOG, possono facilmente essere individuati degli elementi che compaiono nel testo di entrambi i documenti.

In particolare, ci si riferisce alla mappatura delle aree e delle attività maggiormente esposte al rischio-reato; alla previsione di meccanismi di informazione, diretti principalmente agli organi deputati alla vigilanza sull'effettiva e corretta attuazione del Piano o del Modello; alla previsione di obblighi di formazione; alla predisposizione di meccanismi di controllo.²⁸⁰

La presenza di elementi comuni, dovuti anche alla medesima ottica preventiva in cui si pongono sia il PTPC che il MOG, rende più semplice quell'integrazione tra i due documenti, prescritta dall'art. 1, co. 2-*bis*, della L. n. 190/2012.

5. L'interazione tra il MOG e il PTPCT

L'art. 1., co. 2-*bis*, della L. n. 190/2012, come si è già avuto modo di analizzare al paragrafo precedente, dispone *expressis verbis* che i soggetti di cui all'art. 2-*bis*, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013, ossia gli enti pubblici economici, le società e gli altri soggetti di diritto privato in controllo pubblico, debbano integrare il Modello di organizzazione, gestione e controllo adottato con le disposizioni del PTPCT.

In riferimento ai medesimi soggetti, già prima che il D.Lgs. n. 97/2016 introducesse il comma 2-*bis* nel testo dell'art. 1 della L. n. 190/2012, il PNA del 2013 così enunciava: “*Per evitare inutili ridondanze qualora questi enti adottino già Modelli di organizzazione e gestione del rischio sulla base del d.lgs. n. 231/2001 nella propria azione di prevenzione della corruzione possono fare perno su essi, ma estendendone l'ambito di applicazione non solo ai reati contro la pubblica amministrazione previsti dal d.lgs. n. 231/2001 ma anche a*

²⁷⁹ Art. 6, co. 2, del D.Lgs. n. 231/2001.

²⁸⁰ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 57.

*tutti quelli considerati nella l. n. 190/2012, dal lato attivo e passivo, anche in relazione al tipo di attività svolto dall'ente (società strumentali/società di interesse generale)."*²⁸¹

Per realizzare l'integrazione tra il Modello di organizzazione e gestione e il PTPC, le strade percorribili erano due.

La prima, proposta dal sopracitato PNA del 2013, era quella di integrare la parte speciale del MOG, di modo tale che essa tenesse conto non solo dei reati contro la Pubblica Amministrazione richiamati dal D.Lgs. n. 231/2001, ma anche di quelli rilevanti ai sensi della L. n. 190/2012; le parti integrative, così individuate, dovevano essere denominate PTPC.²⁸²

Questa soluzione era condivisa da una parte della dottrina²⁸³, che ravvisava nella redazione di un documento unico l'occasione di evitare che l'applicazione di due normative diverse, ma entrambe articolate, si traducesse in una proliferazione di documenti che avrebbe indotto smarrimento nei soggetti chiamati a conformarvisi, ossia gli amministratori, i dirigenti e i dipendenti degli enti sottoposti a controllo pubblico.²⁸⁴

La seconda via percorribile per giungere all'integrazione tra il MOG e il PTPC privilegiava un approccio che mantenesse separati i due documenti, rimarcando, più che i punti di contatto, le differenze esistenti tra il D.Lgs. n. 231/2001 e la L. n. 190/2012.

Anche questa teoria, di cui, per maggiore sistematicità, si dirà nel prosieguo della trattazione, era sostenuta da autorevoli autori²⁸⁵, i quali si discostavano dalla soluzione proposta nel PNA del 2013.²⁸⁶

²⁸¹ PNA 2013, p. 33; M. Ippolito, *Società a partecipazione pubblica tra piano per la prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e Modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001: possibili soluzioni operative*, in *Rivista231*, 2014, p. 58.

²⁸² M. Ippolito, *op. cit.*, p. 58.

²⁸³ Ci si riferisce, in particolare, all'opinione dell'Avv. Mario Ippolito, così come esposta nell'articolo, più volte citato, "*Società a partecipazione pubblica tra piano per la prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e Modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001: possibili soluzioni operative*", pubblicato nella *Rivista231*, 2014, p. 59.

²⁸⁴ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 59.

²⁸⁵ In questo caso, ci si riferisce alla teoria formulata dall'Avv. Maurizio Arena, riportata nell'articolo da lui stesso redatto "*Piani di prevenzione della corruzione e Modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*", pubblicato nella *Rivista231*, 2014, p. 123.

²⁸⁶ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 59.

Tornando alle soluzioni operative offerte da quest'ultimo, il paragrafo B.2 dell'Allegato 1 del PNA del 2013 delineava il contenuto minimo che un Modello di organizzazione, gestione e controllo opportunamente integrato doveva presentare.²⁸⁷

Le disposizioni del contenuto minimo risultavano di fatto coincidenti con le misure generalmente richiamate nella parte generale di un qualsiasi Modello di organizzazione, gestione e controllo, fatta eccezione per la mappatura delle aree maggiormente esposte al rischio di corruzione, di cui si dirà *infra*.²⁸⁸

Pertanto, ai fini dell'integrazione, non occorre modificare la struttura portante della parte generale del MOG; alcuni accorgimenti apparivano, tuttavia, necessari:

- indicare, nel capitolo denominato "Formazione", che gli obblighi di informazione e formazione devono riguardare anche le ulteriori misure dettate dalla L. n. 190/2012;
- tener conto delle disposizioni dettate dalla summenzionata Legge e dal PNA ai fini dell'aggiornamento del MOG²⁸⁹;

²⁸⁷ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 59.

In particolare, per contenuto minimo si intendeva:

- *individuazione delle aree a maggior rischio di corruzione, incluse quelle previste nell'art. 1, comma 16, della l. n. 190 del 2012, valutate in relazione al contesto, all'attività e alle funzioni dell'ente;*
- *previsione della programmazione della formazione, con particolare attenzione alle aree a maggior rischio di corruzione;*
- *previsione di procedure per l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione al rischio di fenomeni corruttivi;*
- *individuazione di modalità di gestione delle risorse umane e finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;*
- *previsione dell'adozione di un Codice di comportamento per i dipendenti ed i collaboratori, che includa la regolazione dei casi di conflitto di interesse per l'ambito delle funzioni ed attività amministrative;*
- *regolazione di procedure per l'aggiornamento;*
- *previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;*
- *regolazione di un sistema informativo per attuare il flusso delle informazioni e consentire il monitoraggio sull'implementazione del modello da parte dell'amministrazione vigilante;*
- *introduzione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.*
(PNA 2013, Allegato 1, p. 31).

²⁸⁸ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 59.

²⁸⁹ L'allegato 1 del PNA del 2013 dispone che l'aggiornamento deve tener conto di alcuni fattori, tra cui:

- *normative sopravvenute che impongono ulteriori adempimenti;*
- *normative sopravvenute che modificano le finalità istituzionali dell'amministrazione (es: acquisizione di nuove competenze);*
- *emersione di rischi non considerati in fase di predisposizione del P.T.P.C;*
- *nuovi indirizzi o direttive contenuti nel P.N.A.* (PNA 2013, Allegato 1, p. 22).

- prevedere, oltre all'Organismo di Vigilanza, l'istituzione del Responsabile della prevenzione della corruzione (oggi anche della trasparenza), indicando le modalità di interazione e collaborazione tra i due soggetti.
- prevedere il meccanismo del *whistleblowing*, già analizzato nel capitolo precedente, e delineare un sistema di flussi informativi indirizzati non soltanto all'OdV, ma anche al RPC;
- integrare il sistema disciplinare del Modello di organizzazione, gestione e controllo con le sanzioni dettate in caso di violazione del PTPC.²⁹⁰

Per quanto riguarda la parte speciale del Modello, invece, essa era interessata da modifiche di più ampio spessore, dovendo estendersene la portata ai reati contro la Pubblica Amministrazione rilevanti ai sensi della L. n. 190/2012.

In particolare, nel processo di mappatura delle aree sensibili al rischio reato, si doveva (e si deve tutt'oggi) tener conto anche di quelle indicate all'art. 1, co. 16, della summenzionata Legge, le quali possono essere suddivise in quattro macroaree: *acquisizione e progressione del personale; affidamento di lavori, servizi e forniture; provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari privi di effetto economico diretto ed immediato per il destinatario; provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari con effetto economico diretto ed immediato per il destinatario.*²⁹¹

Le prime due macroaree sono generalmente mappate nella parte speciale di qualsiasi Modello di organizzazione, gestione e controllo, a differenza delle altre due, che, riguardando l'emissione di provvedimenti di natura amministrativa, non rientrano mai tra le attività svolte da una comune società e, in verità, difficilmente fanno parte persino della sfera operativa di un ente in controllo pubblico.²⁹²

La parte speciale del MOG relativa ai reati contro la Pubblica Amministrazione, così integrata, doveva essere denominata PTPC.²⁹³

²⁹⁰ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 60.

²⁹¹ PNA 2013, Allegato 2, pp. 1-2; M. Ippolito, *op. cit.*, pp. 61-62.

²⁹² M. Ippolito, *op. cit.*, pp. 62-63.

Vi sono, tuttavia, delle eccezioni; solo per fare un esempio, *“l'abuso nell'adozione di provvedimenti aventi ad oggetto condizioni di accesso a servizi pubblici al fine di agevolare particolari soggetti (es. inserimento in cima ad una lista di attesa) potrebbe verificarsi in una struttura ospedaliera avente la natura giuridica di società di capitali”* (M. Ippolito, *op. cit.*, p. 64).

²⁹³ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 65.

Nella parte speciale del Modello occorre altresì individuare, per ciascun settore, il soggetto responsabile dell'attuazione delle misure di prevenzione degli illeciti²⁹⁴, delineare misure integrative dei protocolli di gestione, già previsti all'interno del MOG, e stabilire un cronoprogramma per l'attuazione di queste misure.²⁹⁵

Si è già accennato al fatto che una parte della dottrina avallava una diversa teoria relativa all'integrazione tra PTPC e MOG.

In base a quest'ultimo orientamento, date le differenze sussistenti tra il D.Lgs. n. 231/2001 e la L. n. 190/2012, i due documenti sopracitati dovevano rimanere distinti: la parte speciale del MOG doveva abbracciare soltanto i reati contro la Pubblica Amministrazione tassativamente indicati negli articoli 24 e 25 del D.Lgs. n. 231/2001, mentre le misure dettate dalla L. n. 190/2012 dovevano confluire in un documento autonomo, il PTPC.²⁹⁶

Pur mantenendo una simile distinzione formale, dei punti di raccordo risultavano necessari:

- nella parte generale del MOG era necessario fare menzione dell'esistenza di un PTPC, che di fatto poteva essere considerato un Allegato del Modello medesimo;
- in sede di mappatura delle aree sensibili a rischio reato, in calce a quelle previste nel MOG e individuate tenendo conto dei reati presupposto richiamati nel D.Lgs. n. 231/2001, bisognava indicare le aree a rischio contenute nel PTPC;
- occorre richiamare la presenza, accanto all'OdV, del RPC, in relazione soprattutto alla predisposizione di un sistema di flussi informativi e ai meccanismi di controllo;
- nella parte dedicata alla formazione del personale dovevano essere menzionate anche le misure contenute nel PTPC;
- il sistema disciplinare doveva tener conto anche delle sanzioni disposte in caso di inottemperanza del PTPC.²⁹⁷

Occorre evidenziare che coloro che si ponevano a sostegno della tesi integrativa appena esposta facevano leva su un dato molto importante: sistemi di *compliance* ulteriori rispetto a quello delineato dal D.Lgs. n. 231/2001 sono previsti, in relazione a numerosi settori, da vari testi normativi (si pensi, solo per fare un esempio, alla sicurezza sul lavoro).

²⁹⁴ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 65.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 69.

²⁹⁶ M. Arena, "Piani di prevenzione della corruzione e Modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica", in *Rivista231*, 2014, p. 123.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 123.

In questi casi, il MOG deve, da un lato, richiamare e coordinarsi con i sistemi di gestione del rischio disciplinati nelle sopracitate norme, dall'altro, *“rafforzarli con l'intervento dell'OdV e del sistema sanzionatorio”*.

*La stessa filosofia dovrebbe allora improntare il rapporto tra PTPC e Modello nella materia in discorso.*²⁹⁸

In tema di integrazione del Modello di organizzazione, gestione e controllo con il PTPC, è intervenuta più di recente l'ANAC, con la Determinazione n. 1134 del 8/11/2017, che, sul punto, converge con quanto la medesima Autorità aveva già disposto nella Determinazione n. 8 del 17/06/2015.

In particolare, le misure integrative del MOG, adottate dagli enti pubblici economici e dagli enti di diritto privato in controllo pubblico in attuazione delle prescrizioni della L. n. 190/2012, devono confluire in un documento unitario denominato PTPC, il quale affiancherebbe il Modello di organizzazione, gestione e controllo.

Ove, invece, l'ente decidesse di adottare un documento unico, comprensivo sia delle misure dettate dal D.Lgs. n. 231/2001, sia di quelle previste dalla L. n. 190/2012, queste ultime dovrebbero costituire una sezione apposita del MOG, di modo tale da poter essere facilmente distinte.²⁹⁹

6. Il codice etico e di comportamento

Ai sensi dell'art. 6, co. 2, lett. a), il MOG deve *“prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire”*.³⁰⁰

Tali protocolli costituiscono espressione dei principi contenuti nel Codice etico, che ciascuna impresa privata è chiamata ad adottare.

Esso, pertanto, rappresenta non solo un importante strumento interpretativo dei protocolli sopracitati, ma consente altresì, su un piano precettivo, di colmarne le eventuali lacune che possono sussistere, soprattutto se i protocolli non sono stati aggiornati.³⁰¹

²⁹⁸ M. Arena, *op. cit.*, p. 124.

²⁹⁹ Determinazione ANAC n. 1134/2017, p. 22.

³⁰⁰ Art. 6, co. 2, lett. a), del D.Lgs. n. 231/2001.

³⁰¹ G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2010, Giuffrè Editore, pp. 162-163.

Nel Codice etico devono essere indicati i principi cui l'ente si ispira e le norme di condotta che devono essere adottate, specialmente in situazioni che presentano particolari criticità.

Essendo una carta di valori, il Codice è vincolante non solo per i dipendenti dell'impresa, ma anche per i terzi (solo per fare un esempio, si pensi ai fornitori), che entrano a contatto con l'ente; pertanto, nei contratti dovranno essere inserite delle penali e delle clausole di risoluzione in caso di violazione delle disposizioni contenute nel Codice etico.

All'interno di quest'ultimo devono essere indicate le modalità di formazione e informazione relative al contenuto del Codice medesimo e le sanzioni disciplinari conseguenti alla sua violazione.³⁰²

Per quanto riguarda il Codice etico adottato dalle società a partecipazione pubblica, esso deve tener conto delle disposizioni dettate dal D.P.R. n. 62/2013, relativo al Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, di cui si è già ampiamente parlato nel paragrafo 8 del Capitolo precedente.

Il summenzionato D.P.R, all'art. 2, co. 3, dispone, infatti, che le pubbliche amministrazioni *“estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice (...) nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione”*.³⁰³

Tra queste vi rientrano anche le società a partecipazione pubblica.³⁰⁴

È necessario, da un lato, dare uniformità alle norme di comportamento di coloro che lavorano all'interno di un contesto di per sé complesso come quello delle società a partecipazione pubblica, dall'altro tener conto del contesto specifico di ciascuna società.³⁰⁵

A tal fine, il Codice etico adottato dalla società a partecipazione pubblica viene integrato con le principali disposizioni del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

In particolare, il Codice etico deve individuare e fornire indicazioni per la gestione dei casi di conflitto di interesse; provvedere a regolamentare le regalie, fissando la soglia massima entro cui un regalo può considerarsi di modico valore in euro 150; fissare i le norme di condotta dei dipendenti.³⁰⁶

³⁰² *Ibidem*, p. 163; F. Voltan, I. Caratozzolo, *Riflessioni in tema di codice etico integrato ai sensi del D.P.R. 62/2013 nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista231*, 2015, p. 113.

³⁰³ Art. 2, co. 3, del D.P.R. n. 62/2013.

³⁰⁴ F. Voltan, I. Caratozzolo, *op. cit.*, p. 114.

³⁰⁵ F. Voltan, I. Caratozzolo, *op. cit.*, p. 115.

³⁰⁶ M. Ippolito, *Società a partecipazione pubblica tra piano per la prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e Modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001: possibili soluzioni operative*, in *Rivista231*, 2014, p. 69.

“Per un’efficace integrazione di un «Codice integrato» la società a partecipazione pubblica dovrebbe prevedere la presenza di una parte dedicata all’esposizione dei dettami del d.p.r. 62/2013 e di una parte calibrata sull’effettiva realtà societaria, quale enunciazione dei suoi principi etici e valoriali”³⁰⁷; questo meccanismo di integrazione, tuttavia, presenta un’evidente criticità.

Infatti, le società maggiormente zelanti, le quali hanno disciplinato i profili sopracitati, come quello delle regalie, già all’interno del Codice etico, saranno appesantite da inutili ripetizioni; ciò rende ancora ancora più complesso il quadro, già confuso, delle disposizioni di riferimento all’interno delle società a partecipazione pubblica.³⁰⁸

7. L’Organismo di Vigilanza e il RPCT

Le società a partecipazione pubblica e gli enti pubblici economici che, in attuazione del D.Lgs. n. 231/2001, adottano un Modello di organizzazione, gestione e controllo devono anche nominare un Organismo di Vigilanza, dal momento che, ai sensi dell’art. 6, co. 1, lett. d), del summenzionato Decreto, l’ente, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare che “non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza”³⁰⁹ da parte dell’OdV³¹⁰ sul “funzionamento e l’osservanza dei modelli”.³¹¹

Non sono di ostacolo alla nomina dell’OdV né la presenza di un Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, né, tantomeno, l’adozione del PTPCT.³¹² Del resto, come si è già avuto modo di analizzare, il PTPCT e il MOG hanno un diverso raggio d’azione.

Il secondo abbraccia uno spettro delittuoso molto più ampio rispetto al primo; allo stesso tempo, tuttavia, la nozione di corruzione accolta dal PTPCT, comprendendo tutti i reati contro la Pubblica Amministrazione e finanche la cosiddetta *maladministration*, è più ampia

³⁰⁷ F. Voltan, I. Caratozzolo, *op. cit.*, p. 115.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 115.

³⁰⁹ Art. 6, co. 1, lett. d), del D.Lgs. n. 231/2001.

³¹⁰ M. Ippolito, *L’Organismo di Vigilanza nelle società a partecipazione pubblica: la specificità dei controlli richiesti anche in una prospettiva di fraud prevention*, in *Rivista231*, 2017, p. 89.

³¹¹ Art. 6, co. 1, lett. b), del D.Lgs. n. 231/2001.

³¹² M. Ippolito, *op. cit.*, p. 89.

di quella che, ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, costituisce presupposto della responsabilità dell'ente.

Pertanto, se in relazione ai reati contro la P.A. l'OdV deve coordinare la propria attività con quella del RPCT, relativamente a tutti gli altri reati richiamati dal MOG in sede di mappatura delle aree a rischio, il sopracitato Organismo continuerà a svolgere la propria attività autonomamente.³¹³

A questo punto, si ritiene necessario approfondire le figure dell'OdV e del RPCT.

Di quest'ultimo, in realtà, si è già ampiamente parlato nel Capitolo precedente (vedi paragrafo 5 del Capitolo 1); in questa sede sarà sufficiente richiamarne alcuni aspetti fondamentali, al fine di metterlo a paragone con l'OdV.

Il RPCT viene nominato dall'organo di indirizzo politico, che negli enti pubblici economici e nelle società in controllo pubblico corrisponde al Consiglio di Amministrazione³¹⁴, il quale lo individua, di norma, tra i dirigenti di ruolo.

Il Responsabile, infatti, deve essere un soggetto interno all'ente, che ne conosca l'assetto organizzativo e che, grazie al ruolo di vertice ricoperto, possa facilmente dialogare con il Consiglio di Amministrazione; questo è il motivo per cui il RPCT non potrà mai essere individuato in un soggetto esterno all'ente.³¹⁵

L'incarico di RPCT non è alternativo a quello dirigenziale, ma si aggiunge ad esso, mutuandone la durata.³¹⁶

Ai fini della nomina devono essere seguiti determinati criteri; in particolare, per assicurare una certa continuità all'attività svolta dal Responsabile, quest'ultimo deve essere scelto tra i dirigenti che ricoprono l'incarico in via stabile.

Deve, inoltre, esserne garantita l'imparzialità di giudizio, ragion per cui è preferibile scegliere il RPCT tra i dirigenti che non esercitano la propria attività in stretta collaborazione con il Consiglio di Amministrazione; allo stesso modo, devono essere considerati incompatibili con questo incarico i dirigenti inseriti nei settori maggiormente esposti al rischio di corruzione, come l'Ufficio contratti.

³¹³ *Ibidem*, pp. 89-90.

³¹⁴ Solitamente a nominare il RPCT è il Presidente del CdA o il Direttore Generale.

F. Petrillo, *Il Responsabile della prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e l'Organismo di Vigilanza ai sensi del D.Lgs. 231/2001: ruoli e responsabilità. Due figure sovrapponibili?*, in *Rivista231*, 2014, p. 100.

³¹⁵ F. Petrillo, *op. cit.*, pp. 99-100.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 100.

Nel paragrafo 5 del Capitolo 1 si è già parlato dei requisiti di onorabilità e di professionalità del RPCT.

Quest'ultimo requisito, in particolare, deve essere garantito fornendo al Responsabile adeguate risorse finanziarie e la collaborazione di professionisti e soggetti competenti.³¹⁷

Per quanto riguarda le funzioni e i profili di responsabilità del RPCT, si rimanda interamente a quanto esposto nel capitolo precedente.

Ci si soffermerà adesso sull'Organismo di Vigilanza, il quale gioca un ruolo parimenti strategico nella prevenzione della corruzione e che esercita funzioni per certi versi simili a quelle del RPCT.

Per quanto riguarda l'istituzione dell'OdV, a lungo ci si è chiesto se fosse stato necessario costituire un nuovo organo, oppure se fosse stato sufficiente attribuire le funzioni di vigilanza a una figura già presente all'interno dell'ente.

A tal proposito, la L. n. 183/2011 ha introdotto il comma 4-*bis* nel testo dell'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001, il quale dispone che nelle *“società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza”*.³¹⁸

Fermo restando che all'ente è consentito introdurre norme statutarie che dispongano diversamente, l'OdV viene solitamente nominato dall'organo di vertice dell'ente, ossia dal Consiglio di Amministrazione, tenendo conto dei seguenti requisiti:

- indipendenza: i membri dell'OdV non possono trovarsi in una posizione di conflitto di interessi con la società.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 101.

³¹⁸ Art. 6, co. 4-*bis*, del D.Lgs. n. 231/2001; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Ipsoa, 2017, p. 68.

La statuizione legislativa diverge con l'orientamento di autorevole dottrina, formatosi dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231/2001, secondo cui l'OdV non dovrebbe coincidere con il Collegio sindacale, essendo quest'ultimo incaricato di redigere il bilancio, attività particolarmente esposta al rischio-reato e per questo soggetta all'attività di controllo dell'OdV; controllante e controllato, dunque, coinciderebbero.

Medesime critiche possono essere mosse in relazione al Consiglio di sorveglianza e al Comitato per il controllo sulla gestione.

Anche la struttura di *Internal auditing*, infine, data la dipendenza funzionale dal CdA o dall'amministratore delegato, non godrebbe dell'autonomia necessaria ad espletare le funzioni di vigilanza attribuite all'OdV.

Esso, dunque, dovrebbe configurarsi come un Organismo nuovo, distinto rispetto agli altri già presenti all'interno dell'ente.

G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2010, Giuffrè Editore, pp. 168-169.

Per garantire maggiore indipendenza, è auspicabile che l'OdV annoveri al suo interno anche membri esterni all'ente, che non abbiano collaborato con la società e che non ne abbiano fatto parte.

Al contempo, la presenza di membri interni consentirà all'Organismo sopraccitato di avvalersi di soggetti che conoscono la compagine sociale in maniera analitica.³¹⁹

Appare sin da subito evidente la differenza rispetto al RPCT, il quale deve, al pari dell'OdV, vantare autonomia di giudizio, ma che non potrà mai essere rappresentato da un soggetto esterno all'ente.

Conformemente a quanto detto per la nomina del RPCT, non può far parte dell'OdV l'amministratore delegato o un qualsiasi membro del Consiglio di Amministrazione; la medesima incompatibilità riguarda anche coloro che esercitano attività dirigenziale in aree particolarmente esposte a rischio-reato, dal momento che ciò inficerebbe l'imparzialità dell'OdV.³²⁰

- autonomia: il suddetto Organismo deve essere dotato di autonomi poteri di ispezione e controllo, che gli consentano di attivarsi autonomamente.

Tuttavia, bisogna sottolineare che tali poteri non vanno confusi con quelli impeditivi e di gestione; l'OdV non può intervenire in prima persona per prevenire la commissione di un reato, ma potrà e dovrà informare il Consiglio di Amministrazione di un eventuale situazione di rischio, affinché quest'ultimo possa decidere se intervenire o meno.³²¹

- professionalità: questo è un requisito che riguarda, come sopraccitato, anche il RPCT. È necessario, infatti, che i soggetti chiamati a svolgere l'attività di vigilanza siano dotati di adeguate conoscenze e competenze in materia di diritto societario, penale, in ambito fiscale e così via.
- continuità d'azione: l'attività dell'OdV non deve essere saltuaria; al contrario, l'Organismo deve predisporre un programma d'azione, ispirato a una determinata "*strategia operativa*".³²²
- onorabilità e imparzialità: l'indipendenza dell'OdV, da un lato, la professionalità richiesta ai suoi membri, dall'altro, rendono il summenzionato Organismo imparziale.³²³

³¹⁹ G. Lattanzi, *op.cit.*, pp. 170-171.

³²⁰ G. Lattanzi, *op.cit.*, pp. 171-172.

³²¹ *Ibidem*, pp. 170 e ss.

³²² *Ibidem*, p. 173.

³²³ *Ibidem*, p. 174.

Per quanto riguarda le attività svolte dall'OdV, esse possono essere suddivise in tre gruppi: attività informative, di controllo e propulsivo-disciplinari.

In relazione al primo gruppo, bisogna precisare che l'OdV dà e allo stesso tempo riceve informazioni.

È importante che l'ente catalizzi i flussi informativi verso l'OdV, così come verso il RPCT, svolgendo questi ultimi un'attività di vigilanza.

L'OdV riceve informazioni, in via principale, dal responsabile di ciascun processo esposto a rischio-reato; comunica gli esiti della propria attività di vigilanza, invece, al vertice dell'ente, attraverso una rendicontazione periodica dell'attività svolta e la tempestiva segnalazione delle violazioni del MOG e dell'eventuale necessità di aggiornarlo.

Al secondo gruppo di attività appartengono le funzioni di controllo, che possono essere esercitate sia a sorpresa, sia seguendo il piano d'azione preventivamente elaborato.³²⁴

Per quanto riguarda il terzo gruppo di funzioni, basti richiamare il fatto che l'OdV deve valutare le attività di informazione e formazione relative al MOG e al Codice etico, dovendosi esprimere in ordine all'adeguatezza, continuità e intensità delle attività medesime; l'OdV deve altresì pronunciarsi in merito all'adeguatezza del MOG e dei relativi protocolli di gestione.

Infine, bisogna far menzione delle azioni disciplinari che l'OdV può esercitare, laddove il MOG lo preveda, nel caso in cui riscontri violazioni del Modello medesimo o del Codice etico.³²⁵

Ciò non incide, in ogni caso, sul fatto che l'OdV non vanti alcun potere impeditivo delle condotte illecite o che si pongono in contrasto con le prescrizioni del MOG, dovendosi limitare a darne comunicazione al vertice dell'ente, il quale deciderà come e se agire; di conseguenza, il Legislatore non attribuisce all'OdV alcun potere disciplinare o sanzionatorio diretto.

Il sopracitato Organismo, dunque, non ricopre una posizione di garanzia, fattore che gli consente di operare senza il timore di incombere in una responsabilità di tipo penale³²⁶;

³²⁴ G. Lattanzi, *op.cit.*, pp. 174-175.

³²⁵ *Ibidem*, pp. 175-176.

³²⁶ Fa eccezione quanto previsto dagli articoli 52, co.2 e 55, co.5 del D.Lgs. n. 231/2007 che sanzionano l'OdV quando omette di riferire circa fatti, relativamente ai quali è lo stesso Legislatore a imporre un obbligo di comunicazione.

In questo caso l'OdV sembra rivestire una posizione di garanzia, rilevante ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p.
F. Petrillo, *op. cit.*, p. 108.

quest'impostazione è stata confermata dalla Corte di Cassazione, che si è per la prima volta pronunciata sull'argomento nella sentenza n. 18168/2016 (Cass. pen., sez. I, 20/01/2016, n. 18168).³²⁷

La responsabilità penale, tuttavia, non è esclusa per i singoli componenti dell'OdV, laddove questi ultimi abbiamo, in concorso con altri, preso parte alla commissione di un illecito, omettendo di esercitare le funzioni di vigilanza che erano, invece, chiamati a svolgere.

In questo caso, infatti, i membri dell'OdV risponderebbero ai sensi dell'art. 110 c.p., sempre che ne ricorrano tutti i presupposti; tra questi, la volontà di prendere parte alla commissione dell'illecito e la sussistenza del nesso causale.³²⁸

L'effettivo e adeguato espletamento delle funzioni di vigilanza da parte dell'OdV costituisce uno dei presupposti che devono sussistere affinché l'ente possa andare esente da responsabilità.

Questo è il motivo per cui l'Organismo che non esercita o esercita in misura insufficiente le funzioni assegnategli non può risultare del tutto impunito.

In questo caso, infatti, i membri dell'OdV che siano anche soggetti interni all'ente andranno incontro a una responsabilità di tipo civile e disciplinare (un esempio può essere la revoca dell'incarico); nei confronti dei membri esterni, invece, l'ente potrà esercitare un'azione di responsabilità civile, facendo leva sull'inadempimento del contratto attraverso il quale l'ente aveva conferito l'incarico.

L'OdV che non ha adempiuto alle proprie funzioni andrà incontro, infine, allo scioglimento.³²⁹

Analizzate le caratteristiche del RPCT e dell'OdV, si cercherà di porre l'accento sugli elementi che differenziano le due figure.

Il primo è un organo monocratico, individuato in uno dei dirigenti dell'ente pubblico economico o della società in controllo pubblico e, dal momento che mantiene la carica dirigenziale anche dopo aver ricevuto l'incarico di RPCT, svolge compiti operativi.

L'Organismo di Vigilanza, invece, può avere una composizione sia monocratica che collegiale (quest'ultima è da preferire, soprattutto negli enti di grandi dimensioni); può

³²⁷ F. Sbisà, *op. cit.*, pp. 79-80.

³²⁸ F. Petrillo, *op. cit.*, p. 108.

³²⁹ *Ibidem*, pp. 108-109.

essere composto da soggetti sia interni che esterni all'ente e non gli sono affidati compiti operativi, al fine di garantirne una maggiore autonomia e indipendenza.

Sia l'OdV che il RPCT svolgono funzioni di vigilanza, ma con un raggio d'azione profondamente diverso.

L'attività di controllo del primo riguarda tutti i reati-presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente, individuati dal D.Lgs. n. 231/2001 e richiamati nel MOG in sede di mappatura delle aree esposte a rischio-reato; il RPCT, invece, esercita le proprie funzioni con riferimento soltanto ai reati corruttivi e alle condotte di *maladministration*.³³⁰

Profondamente diversi sono i profili di responsabilità dei due organismi nel caso in cui sia commesso un reato all'interno dell'ente.

Ove si verifichi un illecito corruttivo, il RPCT risponde personalmente; su quest'ultimo grava una responsabilità di natura erariale, dirigenziale e disciplinare, salvo che non dimostri di aver correttamente adempiuto alle proprie funzioni.³³¹

Occorre, in ogni caso, sottolineare che, analogamente all'OdV, il RPCT, pur vantando maggiori poteri del primo, non è titolare di una posizione di garanzia e, pertanto, non risponde ai sensi dell'art. 40, co. 2.

Il RPCT e l'OdV non possono, infatti, né impedire la commissione di un reato, né modificare direttamente il PTPCT o il Modello di organizzazione, gestione e controllo.

Nel caso in cui si verifichi, invece, uno dei reati presupposto rilevanti ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 e questo sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, a essere giudicato responsabile è l'ente medesimo.

La prova del fatto che l'OdV abbia effettivamente e adeguatamente vigilato costituisce uno degli elementi che, ai sensi dell'art. 6, co. 1, del sopracitato Decreto Legislativo, l'ente (non l'OdV) deve provare per andare esente da sanzione, ferma restando una distinta responsabilità dell'Organo vigilante che, come poco sopra analizzato, può avere natura civilistica o disciplinare.

Bisogna, altresì, sottolineare che il RPCT informa dei risultati della propria attività sia l'organo di indirizzo politico, che l'ANAC; l'OdV, invece, non dialoga con nessun soggetto esterno all'ente e si limita a riferire al vertice dello stesso.³³²

³³⁰ F. Petrillo, *op. cit.*, p. 109.

³³¹ *Ibidem*, pp. 109-110.

³³² *Ibidem*, pp. 109-110.

Infine, come si è avuto modo di analizzare nel Capitolo precedente (vedi paragrafo 5 del Capitolo 1), le funzioni attribuite al RPCT sono più vaste di quelle dell'OdV, differenza che si è ulteriormente acuita da quando le competenze del RT sono state affidate al RPC (si pensi, ad esempio, agli obblighi in materia di pubblicazione o al fatto che è il RPCT a elaborare il PTPCT).

Analizzate le caratteristiche del RPCT e dell'OdV e i punti di contatto e di differenziazione tra i medesimi, occorre pronunciarsi circa la sovrapponibilità di questi due organismi, che nelle società in controllo pubblico e negli enti pubblici economici devono coesistere.

A tal proposito, nella Determinazione n. 8/2015, l'ANAC, richiamando quanto già disposto nell'Allegato 1 del PNA del 2013, stabiliva che *“considerata la stretta connessione tra le misure adottate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 e quelle previste dalla legge n. 190 del 2012, le funzioni del Responsabile della prevenzione della corruzione, dovranno essere svolte in costante coordinamento con quelle dell'Organismo di vigilanza nominato ai sensi del citato decreto legislativo.*

In questa ottica, nelle società in cui l'Organismo di vigilanza sia collegiale e si preveda la presenza di un componente interno, è auspicabile che tale componente svolga anche le funzioni di RPC. Questa soluzione, rimessa all'autonomia organizzativa delle società, consentirebbe il collegamento funzionale tra il RPC e l'Organismo di vigilanza. Solo nei casi di società di piccole dimensioni, nell'ipotesi in cui questa si doti di un Organismo di vigilanza monocratico composto da un dipendente, la figura del RPC può coincidere con quella dell'Organismo di vigilanza.”³³³

Al fine di non pregiudicare l'indipendenza di quest'ultimo Organismo, la soluzione proposta da una parte della dottrina era quella di istituire un OdV collegiale misto e di nominare al suo interno un dirigente di prima fascia, attribuendovi le funzioni di RPCT.

In questo modo, la coesistenza tra i due organi diveniva molto più semplice e, al contempo, la presenza di soggetti esterni all'ente all'interno dell'OdV garantiva l'indipendenza del medesimo.³³⁴

La scelta di attribuire le funzioni di RPCT a un membro dell'OdV non era, tuttavia, esente da critiche.

³³³ Determinazione ANAC n. 8 del 17/06/2015, p. 18; F. Petrillo, *op. cit.*, p. 95.

³³⁴ Petrillo, *op. cit.*, pp. 110-111.

Come si è avuto modo di esaminare, esistono importanti elementi di differenziazione tra le due figure; diversi sono, infatti, i requisiti soggettivi e i profili di responsabilità e, come conseguenza di quest'ultimo aspetto, l'onere probatorio opera diversamente.

Tali differenze mal si conciliano con una sovrapposizione delle due figure.

Si pensi, ad esempio, alla responsabilità di tipo dirigenziale prevista per il RPCT; nel caso in cui le funzioni del medesimo venissero attribuite a un membro dell'OdV, individuato tra i componenti interni all'ente, ma privo della qualifica dirigenziale, non potrebbe essergli applicata la responsabilità di cui sopra.³³⁵

Inoltre, ove venisse fatto coincidere l'OdV con il Collegio sindacale, così come previsto dall'art. 6, co. 4-*bis* del D.Lgs. n. 231/2001, i membri del summenzionato Organismo muterebbero dai sindaci una posizione di garanzia, dalla quale deriva la responsabilità penale di cui all'art. 40, co. 2, del c.p.; una simile posizione si estenderebbe al RPCT individuato all'interno dell'OdV, creando complicazioni di difficile soluzione.³³⁶

Bisogna, altresì, sottolineare che la L. n. 190/2012 opera una scelta di fondo, ossia quella di attribuire a un medesimo soggetto, il RPCT, sia funzioni di vigilanza e controllo che di promozione delle misure di prevenzione della corruzione (si pensi al fatto che il Responsabile deve elaborare il PTPCT); questa scelta diverge profondamente da quella compiuta dal D.Lgs. n. 231/2001, che individua nell'OdV un organo deputato semplicemente al controllo sull'effettiva attuazione del MOG, non alla redazione dello stesso.³³⁷

Infine, una parte della dottrina, ponendosi in disaccordo con quanto affermato in precedenza, sosteneva che, anche laddove l'OdV fosse a composizione collegiale e mista, la presenza al suo interno di un dirigente di ruolo, magari di prima fascia, che ricopre le vesti di RPCT, andrebbe comunque a minare l'indipendenza dell'OdV.³³⁸

Per questo motivo, alcuni autori avevano avanzato una proposta, mai accolta dall'ANAC, secondo la quale, nelle società in controllo pubblico e negli enti pubblici economici, il ruolo

³³⁵ Ai sensi dell'art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012, individuare il RPCT tra i dirigenti di ruolo non è un obbligo, ma divergere da quest'indicazione costituisce un'eccezione che deve necessariamente essere sorretta da un'adeguata ragione.

Petrillo, *op. cit.*, p. 110.

³³⁶ *Ibidem*, p. 110.

³³⁷ M. Arena, *Piani di prevenzione della corruzione e Modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, 2014, in *Rivista231*, p.124.

³³⁸ *Ibidem*, p. 124.

di RPC poteva essere affidato al RPC dell'Amministrazione controllante, nominando all'interno dell'ente dei collaboratori del Responsabile e definendo dei meccanismi di coordinamento tra quest'ultimo e l'OdV dell'ente.³³⁹

La Determinazione ANAC n. 1134 del 2017 ha avallato una soluzione più drastica, ribaltando completamente le soluzioni cui la stessa Autorità era pervenuta nella Determinazione n. 8/2015.

L'ANAC ha infatti disposto che in virtù delle *“diverse funzioni attribuite al RPCT e all'OdV dalle rispettive normative di riferimento nonché in relazione alle diverse finalità delle citate normative, si ritiene necessario escludere che il RPCT possa fare parte dell'OdV, anche nel caso in cui questo sia collegiale”*.³⁴⁰

L'ANAC, tuttavia, prosegue precisando che comunque *“considerata la stretta connessione tra le misure adottate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 e quelle previste dalla legge n. 190 del 2012, le funzioni del RPCT dovranno essere svolte in costante coordinamento con quelle dell'OdV nominato ai sensi del citato decreto legislativo”*.³⁴¹

Dunque, aspetto imprescindibile rimane il coordinamento tra le due figure.

A tal proposito, tra le aree maggiormente esposte al rischio di corruzione, soggette all'attività di controllo del RPCT, vi sono *“l'Area- Acquisizione e progressione del personale e l'Area- Affidamento di lavori, servizi e forniture”*³⁴², ossia aree mappate come settori soggetti a rischio-reato anche nel MOG e, come, tali, rientranti nella sfera d'azione dell'OdV.

Quest'ultimo Organismo può acquisire dal RPCT documenti, quali il PTPCT e la Relazione che il Responsabile è chiamato a redigere ogni anno, concernente i risultati della propria attività.

L'OdV può ancora chiedere i *report* dei controlli relativi al rispetto delle prescrizioni del Codice di comportamento, i risultati dell'attività di controllo avente ad oggetto la selezione dei dipendenti, la gestione del personale e il rispetto delle prescrizioni inerenti alla rotazione del medesimo; il RPCT e l'OdV possono, infine, scambiarsi informazioni di cui sono entrati

³³⁹ M. Chilosi, *L'aggiornamento dei Piani triennali di prevenzione della corruzione da parte delle società pubbliche in attuazione del nuovo PNA e delle Linee guida dell'ANAC sulle partecipate*, 2016, in *Rivista231*, p. 185.

³⁴⁰ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 29.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 30.

³⁴² M. Ippolito, *op. cit.*, p. 92.

a conoscenza grazie ai *whistleblowers* e condividere i risultati dell'attività di vigilanza esercitata nelle Aree sopracitate.

La formazione dei dipendenti deve tener conto della collaborazione e della complementarietà dei controlli effettuati dall'OdV e dal RPCT.³⁴³

8. I profili di responsabilità e i diversi meccanismi sanzionatori

La L. n. 190/2012 ha mutuato, estendendolo anche agli enti pubblici non economici, il sistema già introdotto nel nostro ordinamento dal D.Lgs. n. 231/2001: prevenire la commissione dei reati e punire la cosiddetta "*irresponsabilità organizzativa (o colpa di organizzazione)*".³⁴⁴

Il D.Lgs. n. 231/2001 e la L. n. 190/2012, tuttavia, individuano responsabili diversi: rispettivamente, l'ente e il RPCT (ossia una persona fisica).³⁴⁵

Risulta, allora, facilmente intuibile perché è solo il sopracitato Decreto Legislativo a predisporre un sistema sanzionatorio apposito, cui dedica la Sezione II (*Sanzioni in generale*) del proprio testo normativo.

Il D.Lgs. n. 231/2001, infatti, a differenza della L. n. 190/2012, individua un responsabile atipico, l'ente, sul quale fa ricadere una responsabilità amministrativa dipendente da reato, la cui natura si considera appartenente a un *tertium genus*; simili novità richiedono la predisposizione di un impianto sanzionatorio apposito, al fine di garantire una maggiore efficienza e sistematicità.³⁴⁶

In particolare, ai sensi dell'art. 9 del D.Lgs. n. 231/2001, le "*sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono:*

- a) *la sanzione pecuniaria;*
- b) *le sanzioni interdittive;*
- c) *la confisca;*
- d) *la pubblicazione della sentenza.*"³⁴⁷

³⁴³ M. Ippolito, *op. cit.*, p. 92.

³⁴⁴ F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Ipsoa, 2017, p. 412.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 413.

³⁴⁶ A. Monea, *D.Lgs. n. 190/2012 e D.Lgs. n. 231/2001: due normative a tutela dell'integrità organizzativa. Profili di confronto*, Wolters Kluwer Italia, 2014, p. 339.

³⁴⁷ Art. 9, co. 1, del D.Lgs. n. 231/2001.

La sanzione pecuniaria, applicata per quote, trova sempre applicazione.

Le sanzioni interdittive, invece, si applicano solo in relazione ad alcuni reati individuati dal Legislatore, ove ricorra almeno uno dei presupposti di cui all'art. 13, co. 1 del D.Lgs. n. 231/2001³⁴⁸; non si applicano nei casi di cui all'articolo 12, co. 1³⁴⁹ e 17³⁵⁰ del medesimo Decreto.

Le misure interdittive sono numerose e di diverso tipo.

Tenuto conto di vari elementi, tra cui la gravità del fatto e il grado di attivazione che l'ente dimostra *ex post* per prevenire la commissione di altri reati e per eliminare o ridurre le conseguenze dannose di quello commesso, il giudice può applicare:

- a) *l'interdizione dall'esercizio dell'attività;*
- b) *la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;*
- c) *il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;*
- d) *l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;*
- e) *il divieto di pubblicizzare beni o servizi.*³⁵¹

Nei casi in cui viene applicata una sanzione interdittiva, può essere disposta dal giudice anche la pubblicazione della sentenza di condanna; trova sempre applicazione, invece, la confisca del prezzo o del profitto del reato, anche nella forma per equivalente.

³⁴⁸ Ai sensi dell'art. 13, co. 1, del D.Lgs. n. 231/2001: "*Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:*

- a) *l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;*
- b) *in caso di reiterazione degli illeciti.*"

³⁴⁹ I casi previsti dall'art. 12, co. 1, del D.Lgs. n. 231/2001, al ricorrere dei quali la sanzione pecuniaria è ridotta e quella interdittiva non trova applicazione, sono due:

- a) *l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo;*
- b) *il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità.*

³⁵⁰ Si riporta il testo dell'art. 17 del D.Lgs. n. 231/2001: "*Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni:*

- a) *l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;*
- b) *l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;*
- c) *l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca*".

³⁵¹ Art. 9, co. 2, del D.Lgs. n. 231/2001.

Il sistema appena delineato non esclude che sia irrogata a carico dell'apicale o del sottoposto che ha commesso il reato la normale sanzione penale.³⁵²

L'ente, inoltre, per andare esente da responsabilità, deve dare efficace attuazione al Modello di organizzazione, gestione e controllo; a tal fine, è chiamato ad adottare un sistema disciplinare che sanzioni le condotte lesive del MOG e del Codice etico.³⁵³

È necessario che *“il sistema disciplinare/sanzionatorio sia formalizzato e sia parte integrante del modello organizzativo. Occorre inoltre che esso sia adeguatamente divulgato in modo che ne sia data conoscenza generalizzata”*³⁵⁴, e ciò con riferimento sia ai dipendenti dell'ente, che ai collaboratori esterni del medesimo.

Il sistema disciplinare persegue lo scopo di prevenire la commissione di un reato, sanzionando comportamenti che potrebbero sfociare in esso; tale sistema, dunque, è del tutto autonomo e distinto rispetto all'impianto sanzionatorio penale.

Esso, infine, come è stato precisato dalla Corte Cost. nella sentenza n. 220 del 1/06/1995, soggiace a due fondamentali principi, quello della proporzionalità della sanzione e del rispetto del contraddittorio.³⁵⁵

Il sistema sanzionatorio disposto dalla L. n. 190/2012 non presenta, a differenza di quello appena analizzato, delle peculiarità che lo contraddistinguono.

Sia il RPCT, il quale risponde per colpa di organizzazione, che l'autore della condotta antiggiuridica, sono puniti con sanzioni mutate dal sistema penale, da quello della responsabilità erariale o di quella dirigenziale, rinviando, in quest'ultimo caso, all'art. 21 del D.Lgs. n. 165/2001.³⁵⁶

Conformemente a quanto si è detto per il D.Lgs. n. 231/2001, anche la L. n. 190/2012 prevede una responsabilità disciplinare, riferibile sia ai dipendenti che ai dirigenti, la quale sorge nel caso in cui vengano violate le misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza contenute nel PTPCT.³⁵⁷

³⁵² A. Monea, *op. cit.*, p. 339.

³⁵³ F. Sbisà, *op. cit.*, p. 81.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 82.

³⁵⁵ *Ibidem*, pp. 82-83.

³⁵⁶ A. Monea, *op. cit.*, p. 339.

³⁵⁷ Art. 1, co. 14, della L. n. 190/2012; Allegato 1 del PNA del 2013, p. 63.

Appare necessaria una breve digressione relativa alla responsabilità erariale del RPCT, alla quale si è già accennato in precedenza, disposta dall'art. 1, co. 12, della L. n. 190/2012 nel caso in cui sia commesso un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato. Ci si chiede, infatti, se essa costituisca una nuova forma di responsabilità erariale introdotta dal Legislatore del 2012, oppure se quest'ultimo faccia riferimento a una generica responsabilità per danno erariale, che avrebbe trovato in ogni caso applicazione, ricorrendone i presupposti.

Nel primo caso, ove fosse commesso un reato corruttivo, il RPCT risponderebbe per responsabilità erariale quasi automaticamente; nel secondo caso, invece, il giudice dovrebbe accertare la sussistenza degli elementi costitutivi di un illecito erariale imputabile al Responsabile sopracitato.³⁵⁸

La tesi da avallare è la seconda.

In particolare, il RPCT risponde a titolo di concorso, dal momento che, non avendo predisposto il PTPCT, o avendone predisposto uno non idoneo ad assolvere al proprio scopo preventivo, ha agevolato la commissione di un illecito.

In ogni caso, salvo che la mancata redazione del PTPCT non sia oggetto di uno specifico accordo tra il RPCT e il funzionario corrotto, la condotta del Responsabile non può assumere rilevanza penale, non potendosi configurare un concorso colposo nei delitti dolosi, quali sono quelli contro la P.A..³⁵⁹

*“Discorso diverso vale per la responsabilità erariale. Essa, infatti, sta a metà strada tra la colpa e il dolo: di danno erariale si risponde per colpa grave (oltre che per dolo). Ed è a questo proposito che si può ravvisare il ruolo della L. n. 190”.*³⁶⁰

Non elaborare il PTPCT o non aggiornarlo integra, infatti, la colpa grave del RPCT.³⁶¹

Un ultimo aspetto meritevole di approfondimento riguarda le sanzioni applicabili agli amministratori.

Nel caso in cui questi ultimi violino le disposizioni del MOG, può sicuramente essere esercitata l'azione di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c.; tuttavia in alcuni casi (si pensi a mere violazioni formali) questo tipo di azione risulta sproporzionata.

³⁵⁸ F. Sbisà, *op. cit.*, pp. 413-414.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 414.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 414.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 414.

Relativamente alle violazioni commesse dagli amministratori, l'ente può allora inserire nel MOG un autonomo sistema sanzionatorio, il quale dovrà essere conosciuto e accettato, all'atto della nomina, dagli amministratori stessi.³⁶²

In relazione alla responsabilità di questi ultimi, l'ANAC, nella Determinazione n. 8 del 17/06/2015, ha disposto che “fatte salve le responsabilità previste dal d.lgs. n. 231 del 2001, nonché l'eventuale azione ex art. 2392 del codice civile per i danni cagionati alla società, le amministrazioni controllanti promuovono l'inserimento, anche negli statuti societari, di meccanismi sanzionatori a carico degli amministratori che non abbiano adottato le misure organizzative e gestionali per la prevenzione della corruzione ex l. 190/2012 o il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità”³⁶³ (oggi, come già più volte ricordato, le misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza confluiscono tutte in un unico PTPCT). Occorre, infine, porre l'accento su una questione che è stata molto dibattuta e recentemente risolta grazie all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica).

In passato ci si chiedeva quale fosse il giudice competente, se quello ordinario o il giudice contabile, nel caso in cui fosse stata esercitata un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci di una società a partecipazione pubblica.

Il D.Lgs. n. 175/2016 ha avallato l'orientamento giurisprudenziale maggioritario che si era formato sull'argomento, secondo il quale, in questi casi, il giudice competente, conformemente a quanto previsto dal codice civile, è quello ordinario, eccezion fatta per le sole società *in house*, “considerata la loro natura di *longa manus della P.A.*”.³⁶⁴

9. La tutela del *whistleblower* nelle società pubbliche

Come si è già avuto modo di analizzare nel paragrafo 9 del Capitolo precedente, la tutela del *whistleblower*, da tempo contemplata in alcuni ordinamenti di *common law*, in Italia è stata compiutamente disciplinata, limitatamente al settore pubblico, solo nel 2012 dalla L. n. 190, che ha introdotto l'art. 54-*bis* nel testo del D.Lgs. n. 165/2001.

³⁶² G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2010, Giuffrè Editore, p. 166.

³⁶³ Determinazione ANAC n. 8 del 17/06/2015, p. 18.

³⁶⁴ F. Vignoli, *Questioni controverse in materia di società pubbliche: le risposte del T.U. n. 175/2016*, in *Rivista231*, 2018, p. 139.

Nel settore privato, prima dell'intervento della L. n. 179/2017, un germoglio di questo istituto poteva rintracciarsi nel combinato disposto degli articoli 52-*bis* e 52-*ter* del D.Lgs. n. 385/1993 (Testo Unico Bancario), ma, al di là di questa ipotesi, le norme sul *whistleblowing* non potevano essere analogicamente applicate agli altri soggetti di diritto privato neppure facendo leva sulla disciplina della responsabilità degli enti dipendente da reato di cui al D.Lgs. n. 231/2001.³⁶⁵

La L. n. 179/2017, modificando l'art. 54-*bis* del D.Lgs. n. 165/2001, ha esteso la tutela del *whistleblower* dettata per i dipendenti pubblici ai dipendenti degli enti di diritto privato in controllo pubblico, “*ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica*”,³⁶⁶ e ai dipendenti degli enti pubblici economici (questi ultimi già ricompresi nella nozione di dipendente pubblico sulla base dell'interpretazione che ne veniva data dall'ANAC).

La medesima Legge ha altresì introdotto nel testo dell'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001 i commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*, sicché oggi l'istituto del *whistleblowing* si rivolge anche a tutti gli enti destinatari del D.Lgs. n. 231/2001 che abbiano adottato un Modello di organizzazione, gestione e controllo.³⁶⁷

Relativamente al settore privato, il Legislatore non indica espressamente i destinatari delle segnalazioni, i quali potranno essere individuati dall'ente sia in soggetti interni, primo fra tutti l'OdV, sia in soggetti esterni.

La riservatezza sull'identità del segnalante deve essere, in ogni caso, garantita.

Conformemente a quanto previsto per il settore pubblico, anche in quello privato qualsiasi misura ritorsiva applicata al *whistleblower* deve considerarsi nulla; nel caso di licenziamento, demansionamento, trasferimento o qualsiasi altra misura avente effetti negativi disposta successivamente alla segnalazione di un illecito, spetterà al datore di lavoro dimostrare che la stessa è stata irrogata per ragioni differenti dalla segnalazione.

³⁶⁵ F. Santi, *Responsabilità da reato degli enti e modelli di esonero*, Giuffrè editore, 2016, pp. 264 e ss.

³⁶⁶ Art. 54-*bis*, co. 2, del D.Lgs. n. 165/2001.

³⁶⁷ Ciò, tuttavia, presenta un inconveniente, dal momento che, essendo l'adozione del MOG facoltativa, anche la tutela del *whistleblower* dovrà considerarsi tale.

R. Borsari, F. Falavigna, *Whistleblowing, obbligo di segreto e «giusta causa» di rivelazione*, in *Rivista231*, 2018, p. 46.

La tutela, tuttavia, è circoscritta anche in questo settore a colui che segnala condotte illecite conosciute *“in ragione delle funzioni svolte”*³⁶⁸, una limitazione che ostacola la denuncia nel caso in cui dell’illecito si sia venuti a conoscenza in via meramente casuale.³⁶⁹

Le garanzie offerte al *whistleblower* nel settore pubblico sono più forti di quelle dettate per il settore privato.

L’art. 6, co. 2-*ter* del D.Lgs. n. 231/2001 prevede, infatti, la possibilità di denunciare le eventuali misure ritorsive all’Ispettorato nazionale del lavoro; tuttavia, una simile disposizione *“appare allo stato priva di utilità concreta per il segnalante, stante l’assenza di specifiche sanzioni amministrative applicabili alle eventuali misure discriminatorie”*.³⁷⁰

Sanzioni apposite sono dettate, invece, dall’art. 54-*bis*, co. 6, del D.Lgs. n. 165/2001 per il settore pubblico.

Le società a partecipazione pubblica rientrano nello spettro applicativo sia del sopracitato art. 54-*bis*, sia dell’art. 6, commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* del D.Lgs. n. 231/2001.

Il dipendente di una società pubblica che segnala illeciti, dunque, da un lato godrà delle garanzie in materia di *whistleblowing* dettate dal Legislatore per i dipendenti pubblici, dall’altro potrà dialogare non solo con il RPCT, con l’ANAC e con il giudice ordinario o contabile previsti dal D.Lgs. n. 165/2001, ma anche con l’OdV e con qualunque altro soggetto l’ente abbia individuato quale destinatario delle segnalazioni.

Infine, per completezza espositiva, occorre precisare che l’art. 3 della L. n. 179/2017 dispone che nei casi di segnalazioni effettuate *“nelle forme e nei limiti”*³⁷¹ previsti dall’art. 54-*bis* del D.Lgs. n. 165/2001 e dall’art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001, *“il perseguimento dell’interesse all’integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni, costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall’obbligo di segreto di cui agli articoli 326, 622 e 623 del codice penale e all’articolo 2105 del codice civile”*³⁷², ossia da segreto d’ufficio, professionale, industriale e aziendale.³⁷³

³⁶⁸ Art. 6, co. 2-*bis*, del D.Lgs. n. 231/2001.

³⁶⁹ R. Borsari, F. Falavigna, *op. cit.*, pp. 46-47.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 47.

³⁷¹ Art. 3, co.1, della L. n. 179/2017.

³⁷² Art. 3, co.1, della L. n. 179/2017.

³⁷³ R. Borsari, F. Falavigna, *op. cit.*, p. 48.

10. Linee guida e *compliance* anticorruzione

Le società, siano esse partecipate o meno dalla Pubblica Amministrazione, operano spesso al di fuori del territorio nazionale.

Nel caso di commissione di un reato corruttivo all'estero, l'ente, anche nell'eventualità in cui abbia adottato un Modello di organizzazione, gestione e controllo, non potrà invocare l'esimente prevista dal D.Lgs. n. 231/2001, essendo quest'ultima una normativa meramente nazionale.

È preferibile, dunque, che le società si dotino di un programma di *compliance* anticorruzione che tenga conto di tutte le Linee guida internazionali e che integri il MOG, costituendo un protocollo da seguire in materia di prevenzione dei reati di corruzione.³⁷⁴

Tale programma, ove risulti adottato ed efficacemente attuato, costituirà un esimente invocabile anche nei Paesi esteri in cui la società opera, dal momento che *“i requisiti previsti dalle linee guida e best practice internazionali sono allineati ai principi delle legislazioni anticorruzione della stragrande maggioranza dei Paesi che hanno aderito alle Convenzioni ONU e OCSE contro la corruzione”*.³⁷⁵

Le Linee guida e *best practice* in materia di anticorruzione sono numerose, essendo dettate sia dalle organizzazioni internazionali (si pensi, solo per fare un esempio, ai *“Business Principles for Countering Bribery”* di *Transparency International*) sia dalle autorità di singoli Paesi limitatamente alla Legge anticorruzione nazionale (è il caso delle Linee guida di Confindustria o di quelle dettate dal Ministero della Giustizia inglese, denominate *“The Bribery Act 2010- Guidance about procedures which relevant commercial organizations con put into place to prevent persons associated with them from bribing”*).³⁷⁶

Il 15 ottobre 2016 l'*International Organization for Standardization* (ISO) ha pubblicato uno *standard* internazionale cui devono attenersi tutti i programmi anticorruzione, denominato ISO 37001 (*Anti-bribery management systems-Requirements with guidance for use*).

Tale *standard* è indirizzato agli enti di diritto privato, a quelli partecipati dalla Pubblica Amministrazione e finanche ai soggetti di diritto pubblico, i quali vi si devono conformare nella redazione del MOG e del PTPCT.

³⁷⁴ F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Ipsoa, 2017, pp. 390 e ss.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 393.

³⁷⁶ F. Sbisà, *op. cit.*, pp. 393-394.

Per le società italiane che abbiano già adottato un MOG seguendo le disposizioni del D.Lgs. n. 231/2001, ottenere la certificazione di conformità allo *standard* ISO 37001 richiederà solo un adattamento del Modello; per tutte le altre imprese, invece, lo *standard* costituirà un punto di partenza.

Conformarsi alla norma ISO 37001 significa conformarsi a tutte le *best practice* internazionali, circostanza che, come sopraccitato, consente all'ente di invocare l'esimente anche nel caso in cui il reato di corruzione sia commesso all'estero.

L'ente godrà di notevoli vantaggi anche nel caso in cui operi in Italia, soprattutto da quando il nuovo codice dei contratti pubblici ha introdotto una valutazione delle imprese che si basa anche sul sistema di prevenzione della corruzione da queste ultime adottato.³⁷⁷

Oltre allo *standard* ISO 37001, le società, comprese quelle a partecipazione pubblica, devono tener conto delle cosiddette Linee guida di categoria (un esempio sono le Linee guida di Confindustria).

L'ANAC, nell'Allegato 1 al PNA del 2013, dispone infatti che nel caso in cui *“siano stati adottati codici di comportamento da parte di associazioni rappresentative che abbiano ricevuto una valutazione di idoneità da parte del Ministero della giustizia, (...) gli enti sono tenuti a conformarsi a tali codici”*.³⁷⁸

L'art. 6, co. 3, del D.Lgs. n. 231/2001, in realtà, contrariamente a quanto disposto dall'ANAC nel suddetto Allegato, non delinea un obbligo, bensì una mera facoltà di uniformarvisi.³⁷⁹

Il problema della vincolatività delle Linee guida si presenta anche rispetto alle Determinazioni dell'Autorità nazionale anticorruzione che, come si avrà modo di esaminare nel terzo capitolo, giocano un ruolo centrale nella lotta alla corruzione.

Esiste un'importante differenza tra il PNA e le Linee guida ANAC.

Il primo viene definito dallo stesso Legislatore atto di indirizzo³⁸⁰ sia per le Pubbliche Amministrazioni, nell'adozione del proprio PTPCT, sia per gli enti pubblici economici, per

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 402-403.

³⁷⁸ Allegato 1 al PNA del 2013, p. 31.

³⁷⁹ M. Arena, *Piani di prevenzione della corruzione e modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista231*, 2014, p. 126.

³⁸⁰ Comma 2-bis dell'art. 1 della L. n. 190/2012, introdotto, come è stato già più volte ribadito, dal D.Lgs. n. 97/2016.

le società e per gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico, nell'integrazione del MOG con le ulteriori misure anticorruzione dettate dalla L. n. 190/2012.

Le Linee guida ANAC, invece, costituiscono un atto non dovuto né qualificato come vincolante da alcuna norma di Legge; esse hanno natura regolamentare e costituiscono espressione dell'attività "di consulenza" svolta dall'ANAC nel rispetto del principio di legalità.³⁸¹

Ciononostante, le Determinazioni dell'Autorità sopracitata hanno rappresentato e rappresentano tutt'oggi uno strumento ermeneutico talmente importante in materia di normativa anticorruzione (non sempre di facile comprensione) da godere di una valenza cogente di fatto, tanto che in passato, prima che entrasse in vigore il D.Lgs. n. 97/2016, la Determinazione ANAC n. 8 del 17/06/2015 aveva già esteso l'ambito di applicazione della L. n. 190/2012 agli enti pubblici economici e alle società e agli altri enti di diritto privato in controllo pubblico³⁸², anticipando di fatto la riforma legislativa.

Il panorama di norme, linee guida e *best practice* internazionali che emerge è caratterizzato da un'eccessiva complessità ed eterogeneità che spesso costituiscono per le società a partecipazione pubblica fonte di incertezza normativa, criticità di non poco conto considerando i profili di responsabilità previsti per i suddetti enti.

³⁸¹ L. Sergio, *L'inconferibilità degli incarichi dirigenziali secondo l'ANAC*, in www.altalex.com, 2015.

³⁸² F. Auletta, *I controlli nelle società pubbliche. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175. T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Zanichelli Editore, 2017, pp. 150-151.

Capitolo 3

Le norme in tema di prevenzione della corruzione e trasparenza riferite ai singoli enti controllati e partecipati

1. Premessa

L'8 novembre del 2017 l'ANAC ha approvato la Determinazione n. 1134, intitolata “*Nuove linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici economici*”, che è stata poi pubblicata sul sito dell’Autorità medesima.³⁸³

Delle Linee guida analoghe erano già state elaborate dall’ANAC nel 2015 (Delibera n. 8 del 17/06/2015); tuttavia, a causa delle numerose riforme normative che hanno in parte mutato il panorama di riferimento, esse sono state completamente sostituite dalle Linee guida del 2017 pocanzi richiamate.³⁸⁴

Le modifiche più importanti apportate al quadro normativo si devono a due Decreti Legislativi, il n. 175/2016 (TUSP), così come modificato dal D.Lgs. n. 100/2017, e il D.Lgs. n. 97/2016, nei precedenti capitoli già più volte richiamato.

Quest’ultimo, in particolare, ha introdotto l’istituto dell’accesso civico generalizzato (per il quale si rimanda al paragrafo 11 del Capitolo 1), che va ad accostarsi ai già vigenti obblighi di pubblicazione.

Il D.Lgs. n. 97/2016 ha inoltre inserito nel testo del D.Lgs. n. 33/2013 l’art. 2-*bis*, rubricato “*Ambito soggettivo di applicazione*”, mutando così la sfera dei soggetti tenuti all’adozione delle misure in materia di trasparenza, dal momento che, a differenza che in passato, vi sono ricompresi enti non partecipati dalla Pubblica Amministrazione, ma dotati di determinati requisiti, che verranno nel prosieguo analizzati.³⁸⁵

³⁸³ Determinazione ANAC n. 1134 dell’8/11/2017, p. 3.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 6.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 7.

L'art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013 assume particolare importanza anche nell'ambito della sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzione della corruzione, in quanto parzialmente richiamato dal comma 2-bis dell'art. 1 della L. n. 190/2012, comma anche esso introdotto dal D.Lgs. n. 97/2016.

Data la centralità dei due sopracitati riferimenti normativi, appare opportuno riportarne il testo.

L'art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013 dispone che:

“1. Ai fini del presente decreto, per "pubbliche amministrazioni" si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.

2. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile:

a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali;

b) alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche;

c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

3. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a

*cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici”.*³⁸⁶

Come già accennato, i soggetti di cui al comma 2 dell’articolo appena riportato sono richiamati dal comma 2-bis dell’art. 1 della L. n. 190/2012, ai sensi del quale le prescrizioni contenute nel PNA costituiscono atto di indirizzo non solo per le Pubbliche Amministrazioni, chiamate ad adottare un proprio PTPC, ma anche “*per gli altri soggetti di cui all’art. 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell’adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*”.³⁸⁷

Nel proseguo della trattazione, verranno analiticamente analizzate le disposizioni normative applicabili a ognuno dei soggetti richiamati dall’art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013, approfondendo, in particolar modo, quanto disposto dall’ANAC nella Determinazione n. 1134/2017.

Qui basti ricordare che quest’ultima, conformemente a quanto statuito nel comma 2, lett. b), dell’art. 2-bis sopracitato, non si riferisce alle società quotate, già gravate da un numero cospicuo di controlli.

Per questo motivo, il Consiglio di Stato, il Ministero dell’economia e delle finanze e la Commissione nazionale per le società e la borsa hanno ritenuto preferibile effettuare ulteriori approfondimenti prima di pronunciarsi nel merito.³⁸⁸

1.2 La Legge n. 124/2017

Un breve approfondimento merita la L. n. 124/2017, intitolata “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*”, che ha introdotto nuovi oneri in tema di trasparenza per chi dà o riceve erogazioni pubbliche.

L’art. 1, co. 125 della sopracitata Legge dispone che, a decorrere dall’anno 2018, “*le associazioni di tutela ambientale di cui all’articolo 13 della legge n. 349/1986, le associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all’articolo 137 del Codice del consumo, le associazioni, le onlus e le fondazioni sono tenute a pubblicare nei propri siti internet o*

³⁸⁶ Art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013.

³⁸⁷ Art. 1, co. 2-bis, della L. n. 190/2012.

³⁸⁸ Determinazione ANAC n. 1134 dell’8/11/2017, p. 8.

portali digitali le informazioni relative a sovvenzioni, contributi, incarichi retribuiti e comunque ai vantaggi economici di qualunque genere ricevuti nell'anno precedente”³⁸⁹:

a) dalle Pubbliche Amministrazioni o da uno dei soggetti richiamati dall'art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013 (che nel proseguo della trattazione si andranno ad esaminare);

b) dalle società sottoposte al controllo diretto o indiretto della Pubblica Amministrazione o da essa semplicemente partecipate, comprese le società quotate e le loro partecipate.

Il medesimo obbligo di pubblicazione si applica alle imprese che hanno ricevuto erogazioni pubbliche, con la sola differenza che, in questo caso, gli importi delle somme percepite devono essere pubblicati al momento della redazione del bilancio.³⁹⁰

Come disposto dal comma 127 della L. n. 124/2017, l'obbligo di pubblicazione delle somme ricevute scatta solo se le stesse sono pari o superiori a 10.000 euro; l'omessa pubblicazione è sanzionata con la restituzione delle somme percepite al soggetto che le ha erogate.³⁹¹

L'ANAC, nella Determinazione n. 1134/2017, ha evidenziato come il dato normativo dia adito a innumerevoli dubbi interpretativi.

Per quanto riguarda il sopracitato comma 125, il primo dubbio si riferisce alle erogazioni oggetto dell'obbligo di pubblicazione.

Facendo leva sul principio della ragionevolezza, in esse non dovrebbero rientrare le somme che costituiscono il corrispettivo di una prestazione eseguita a favore della Pubblica Amministrazione o delle società pubbliche, ma solo le erogazioni volte a sostenere il soggetto pubblico o privato attraverso agevolazioni economiche, sgravi o misure ad esse similari.

Dovrebbe dunque essere avallata un'interpretazione simile a quella fornita per le erogazioni di cui all'art. 26 del D.Lgs. n. 33/2013.³⁹²

“Per il comma 125 potrebbe sorgere qualche incertezza per l'espresso riferimento agli “incarichi retribuiti”, che non è contenuto nell'articolo 26. Per rimuovere ogni dubbio e mantenere la disciplina nei limiti della ragionevolezza, sarebbe preferibile allineare la formulazione a quella dell'articolo 26, eliminando il riferimento agli incarichi retribuiti

³⁸⁹ *La disciplina delle erogazioni pubbliche ex art. 1, commi 125-129, della legge n 124/2017: alcune questioni in vista dell'attuazione*, Assonime, 2018, p. 4.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 4.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 5.

³⁹² *Ibidem*, pp. 5-6

(che peraltro sono soggetti alla disciplina di trasparenza dell'articolo 15-bis del decreto legislativo n. 33/2013)”.³⁹³

Un'altra importante criticità del comma 125 dell'art. 1 della L. n. 124/2017 riguarda il richiamo delle società direttamente o indirettamente partecipate dalla Pubblica Amministrazione tra i possibili soggetti erogatori.

Per quanto riguarda la partecipazione indiretta, è estremamente difficile per i soggetti di cui al comma 125 verificare se ogni finanziatore sia, anche in minima parte, partecipato dalla P.A.

Relativamente alla partecipazione pubblica in generale, anche diretta, si deve invece notare che l'obbligo di pubblicazione dovrebbe più opportunamente riferirsi soltanto a quelle erogazioni pubbliche la cui destinazione può essere condizionata dal soggetto erogatore (circostanza che presuppone una partecipazione di controllo da parte della P.A).³⁹⁴

Uno obbligo di pubblicazione speculare a quello appena esaminato è previsto per le Pubbliche Amministrazioni dall'art. 26 del D.Lgs. n. 33/2013, rubricato *“Obblighi di pubblicazione degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati”*.³⁹⁵

Il comma 126 dell'art. 1 della L. n. 124/2017 prevede un'integrazione del summenzionato articolo, disponendo che, a partire dall'anno 2018, *“gli obblighi di pubblicazione di cui all'articolo 26 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, si applicano anche agli enti e alle società controllati di diritto o di fatto, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni dello Stato, mediante pubblicazione nei propri documenti contabili annuali, nella nota integrativa del bilancio. L'inosservanza di tale obbligo comporta una sanzione pari alle somme erogate”*.³⁹⁶

In questo caso, tuttavia, come disposto dal sopracitato comma 127 dell'art. 1 della L. n. 124/2017, l'obbligo di pubblicazione riguarda importi pari o superiori a 10.000 euro (l'art. 26 del D.Lgs. n. 33/2013 individua, invece, la soglia minima in euro 1.000).

L'art. 1, co. 126 della L. n. 124/2017 presenta un problema di coordinamento con la disciplina previgente, dal momento che, già prima dell'introduzione della summenzionata

³⁹³ *La disciplina delle erogazioni pubbliche ex art. 1, commi 125-129, della legge n 124/2017: alcune questioni in vista dell'attuazione*, Assonime, 2018, p. 6.

³⁹⁴ *Ibidem*, pp. 6-7.

³⁹⁵ Art. 26 del D.Lgs. n. 33/2013.

³⁹⁶ Art. 1, co. 126, della L. n. 124/2017.

Legge, l'art. 2-bis, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013 estendeva (ed estende tutt'oggi) alle società in controllo pubblico le medesime disposizioni previste in tema di trasparenza per la Pubblica Amministrazione, in quanto compatibili.

Come si coordinano, dunque, il comma 126 dell'art. 1 della L. n. 124/2017 e l'art. 26 del D.Lgs. n. 33/2013?

Le soluzioni interpretative sono due.

La prima rintraccia nelle due disposizioni un rapporto di specialità, per cui alle società in controllo pubblico richiamate dal summenzionato comma 126 si applicherebbero soltanto gli obblighi di pubblicazione da quest'ultimo previsti; la seconda soluzione interpretativa, invece, fa leva sull'integrazione dei due dispositivi normativi, per cui le società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni centrali soggiacerebbero agli obblighi previsti sia dall'art. 26 del D.Lgs. n. 33/2013 che dall'art. 1, co. 126, della L. n. 124/2017.³⁹⁷

Un altro dubbio riguarda il novero dei soggetti destinatari di quest'ultimo comma.

In particolare, ci si chiede se esso si riferisca anche alle società quotate controllate dallo Stato (espressamente escluse dall'art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013) o ad altri enti controllati con modalità diverse rispetto a quelle descritte nel summenzionato art. 2-bis.³⁹⁸

Altri profili di incertezza riguardano la residenza (solo italiana o anche estera) dei soggetti beneficiari delle erogazioni pubbliche.

Fermo restando che per risorse pubbliche si intendono soltanto quelle nazionali, si ritiene che i soggetti che soggiacciono agli obblighi di cui al comma 125 dell'art. 1 della L. n. 124/2017 debbano avere residenza in Italia.

Le Pubbliche Amministrazioni e gli enti nei cui confronti si applicano il comma 126 dell'art. 1 della L. n. 124/2017 e l'art. 26 del D.Lgs. n. 33/2013, invece, devono tener conto anche dei soggetti esteri eventualmente beneficiari delle somme pubbliche erogate.³⁹⁹

Da quanto sopra esposto, si deduce facilmente la necessità di un intervento delle autorità, in primo luogo dell'ANAC, al fine di fare luce sui numerosi profili di incertezza della L. n. 124/2017.

³⁹⁷ *La disciplina delle erogazioni pubbliche ex art. 1, commi 125-129, della legge n 124/2017: alcune questioni in vista dell'attuazione*, Assonime, 2018, pp. 8-9.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 9.

³⁹⁹ *La disciplina delle erogazioni pubbliche ex art. 1, commi 125-129, della legge n 124/2017: alcune questioni in vista dell'attuazione*, Assonime, 2018, pp. 9 e ss.

2. Le società in controllo pubblico

2.1 La nozione di società in controllo pubblico

In materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, una prima importante distinzione riguarda le società in controllo pubblico e quelle a partecipazione pubblica non di controllo. Le prime sono interessate da obblighi più gravosi, in ragione della maggiore influenza che su di esse esercita la Pubblica Amministrazione⁴⁰⁰.

Questa differenza rispecchia lo spirito della L. n. 190/2012, attraverso cui il Legislatore ha voluto introdurre strumenti di prevenzione della corruzione ulteriori rispetto a quelli già previsti dal D.Lgs. n. 231/2001 lì dove gli interessi pubblici entrano maggiormente in gioco. L'art. 1, co 60, della L. n. 190/2012, elencando i soggetti tenuti all'adozione delle misure anticorruzione, faceva espresso riferimento soltanto alle società controllate dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali; non menzionava, invece, le società controllate dallo Stato.

Nonostante la "svista" del Legislatore, queste ultime società, anche prima che fosse introdotto il comma *2-bis* dell'art. 1 della L. n. 190/2012, erano ricomprese in via interpretativa tra i soggetti destinatari della normativa anticorruzione.

A questa conclusione conduceva, da un lato, il riferimento, anche implicito, alle società controllate dalle Amministrazioni centrali contenuto in altre disposizioni della stessa L. n. 190/2012 e dei suoi decreti attuativi⁴⁰¹; dall'altro il rispetto dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza: le società controllate dalle Amministrazioni centrali, infatti, non sono soggette a rischi minori rispetto a quelle controllate dalle Amministrazioni territoriali locali.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Per garantire chiarezza e facilitare l'ANAC nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, ciascuna Pubblica Amministrazione deve, ai sensi dell'art. 22, co 1, del D.Lgs. n. 33/2013, pubblicare e aggiornare ogni anno l'elenco delle società da essa controllate e partecipate, indicando altresì le attività di pubblico interesse da queste ultime esercitate.

⁴⁰¹ Così anche l'art. 15, co 1, del D.Lgs. n. 39/2013, nel disporre che "*Il Responsabile del piano anticorruzione di ciascuna amministrazione pubblica, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico (...) cura, anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che (...) siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi*", non distingue in alcun modo tra società controllate dallo Stato e società controllate dalle Amministrazioni territoriali.

⁴⁰² Determinazione ANAC. n. 8 del 17/06/2015, pp. 9 e 10; C. A. Strazzeri, *Manuale 231. Anticorruzione e trasparenza, Linee guida per le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 11.

Recentemente l'introduzione del comma 2-bis dell'art. 1 della L. n. 190/2012 ha confermato tale scelta interpretativa.

Il Legislatore, nel richiamare tra i soggetti destinatari delle disposizioni in tema di prevenzione della corruzione quelli di cui all'art. 2-bis, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013, non opera infatti alcuna distinzione tra società controllate a livello centrale o locale⁴⁰³.

Fatta questa premessa, bisogna capire cosa debba intendersi per società in controllo pubblico.

In passato, l'unico riferimento normativo di cui l'interprete poteva avvalersi per la definizione di società controllata consisteva nell'art. 2359, co. 1, numeri 1 e 2, c.c.

In particolare, una società si considera controllata se *“un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria”* (art. 2359, co. 1, n. 1, c.c.), o *“di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante”* nella stessa assemblea (è il c.d. *“controllo di fatto”*, art. 2359, co. 1, n. 2, c.c.).⁴⁰⁴

Si escludeva, invece, in via interpretativa, l'ipotesi di controllo c.d. *“contrattuale”* di cui all'art. 2359, co. 1, n. 3, c.c., secondo cui sono società controllate anche quelle che si trovano *“sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa”*.⁴⁰⁵

Era infatti pacifico ritenere che il controllo pubblico presupponesse un'effettiva partecipazione della Pubblica Amministrazione al capitale della società controllata, o almeno il riconoscimento in capo alla P.A. del potere di nomina dei vertici o dei componenti degli organi sociali, circostanze assenti nel caso di controllo c.d. *contrattuale*.⁴⁰⁶

Questa conclusione si basava anche sulla lettura dell'art. 1, co. 2, lett. c) del D.Lgs. n. 39/2013⁴⁰⁷, ai sensi del quale per enti di diritto privato in controllo pubblico si intendono le

⁴⁰³ Determinazione ANAC n. 1134 del 8/11/2017, p. 9.

⁴⁰⁴ Il decreto 10 febbraio 2011 del Tribunale di Venezia chiarisce sul punto che *“Mentre il controllo di una società su un'altra è presunto in caso di maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, per dimostrare “l'influenza dominante” è indispensabile verificare in concreto l'andamento delle assemblee della partecipata per un arco di tempo ragionevolmente significativo, al fine di valutare se vi sia stata un'effettiva capacità di controllo da parte dell'asserita controllante”*.

C. A. Strazzeri, *Manuale 231. Anticorruzione e trasparenza, Linee guida per le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer, 2016, p. 11.

⁴⁰⁵ Art. 2359, co. 1, n. 3, c.c.

⁴⁰⁶ L'ANAC., nella Determinazione n. 8 del 17/06/2015, aveva disposto che, nel caso in cui la Pubblica Amministrazione si fosse ritrovata, sulla base di vincoli contrattuali, a esercitare un'influenza dominante su una società, essa avrebbe dovuto comunque introdurre nel proprio Piano triennale di prevenzione della corruzione misure relative all'attività svolta dalla società in adempimento dei suddetti vincoli contrattuali.

⁴⁰⁷ Determinazione ANAC n. 8 del 17/06/2015, p. 9.

società e gli altri enti di diritto privato che esercitano attività di pubblico interesse “*sottoposti a controllo ai sensi dell’articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*”.⁴⁰⁸

Oggi, l’art. 2-bis, co. 2, lett. b), del D.Lgs. n. 33/2013 richiama, per la definizione di società in controllo pubblico, quella contenuta all’art 2, co. 1, lett. m), del D.Lgs. n. 175/2016, secondo il quale sono società a controllo pubblico “*le società in cui una o più amministrazioni pubbliche⁴⁰⁹ esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)*” del medesimo articolo.⁴¹⁰

A sua volta, l’art. 2, co. 1, lett. b), del D.Lgs. n. 175/2016 dispone che per controllo deve intendersi “*la situazione descritta nell’art. 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”⁴¹¹.

Il Legislatore ha ampliato, in questo modo, la nozione di controllo pubblico presa in considerazione; oggi essa abbraccia anche l’ipotesi, prima esclusa, di controllo c.d. contrattuale, di cui la stessa ANAC specifica il contenuto nella Determinazione n. 1134 dell’8/11/2017.⁴¹²

Si tratta di un tipo di controllo esterno, che trae la propria legittimazione nei vincoli contrattuali sussistenti tra la società controllata e la controllante.

Tali vincoli consentono a quest’ultima, pur non partecipando al capitale sociale della controllata e pur non disponendo del diritto di voto, di esercitare un’azione determinante sull’attività svolta dalla società controllata, pari a quella che eserciterebbe se possedesse la maggioranza dei voti in assemblea.

Dai rapporti contrattuali che intercorrono tra i due soggetti deve dipendere la sussistenza stessa della capacità d’impresa della società controllata, sì da non poter quest’ultima instaurare gli stessi vincoli con un altro ente.

⁴⁰⁸ Art. 1, co. 2, lett. c), del D.Lgs. n. 39/2013.

⁴⁰⁹ Ai sensi dell’art. 2, co. 1, lett. a), del D.Lgs. n. 175/2016, nella nozione di pubblica amministrazione rientrano anche gli enti pubblici economici.

⁴¹⁰ Determinazione ANAC n. 1134 dell’8/11/2017, p. 11.

⁴¹¹ Art. 2, co. 1, lett. b) del D.Lgs. n. 175/2016.

⁴¹² Determinazione ANAC n. 1134 dell’8/11/2017, p. 11.

Quanto finora esposto vale anche nel caso in cui il controllo sia esercitato da più Pubbliche Amministrazioni (si parla in questo caso di controllo congiunto).⁴¹³

Infine, anche le società *in house*, la cui definizione è contenuta all'art. 2, co. 1, lett. o), del D.Lgs. n. 175/2016⁴¹⁴, sono considerate società in controllo pubblico.

Su di esse la Pubblica Amministrazione esercita un controllo analogo⁴¹⁵, che le consente di condizionare gli “*obiettivi strategici*”⁴¹⁶ e le “*decisioni significative*”⁴¹⁷ della società; questo particolare tipo di rapporto non lascia margini di dubbio circa l'inclusione nel novero delle società a controllo pubblico anche delle società *in house*⁴¹⁸.

2.2 Le misure di prevenzione della corruzione

Per quanto riguarda l'adozione di misure anticorruzione, l'ANAC, nella Determinazione n. 1134 dell'8/11/2017, ha richiamato l'orientamento già proposto dalla medesima Autorità nelle Linee guida del 17/06/2015 e confermato dal Legislatore attraverso l'introduzione del comma 2-*bis* nel testo dell'art. 1 della L. n. 190/2012.

In particolare, è necessario che le società in controllo pubblico coordinino le misure contenute nel Modello di organizzazione, gestione e controllo, già adottato ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, con le misure di prevenzione della corruzione previste dalla L. n. 190/2012.

Tali misure integrative devono tener conto di tutte le attività esercitate dalla società e del suo assetto organizzativo e confluire in un documento unitario che ha valore di Piano di prevenzione della corruzione, sottoposto all'attività di vigilanza dell'ANAC e del quale, almeno ogni anno, verrà valutata la necessità di aggiornamento.

⁴¹³ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 11-12.

⁴¹⁴ Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. o), del D.Lgs. n. 175/2016, sono società *in house* “*le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'art. 16, comma 3*” del medesimo Decreto Legislativo.

⁴¹⁵ Per la definizione di controllo analogo e di controllo analogo congiunto si rimanda all'art. 2, co. 1, lettere c) e d), del D.Lgs. n. 175/2016.

⁴¹⁶ Art. 2, co. 1, lett. c), del D.Lgs. n. 175/2016.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 12 e ss.

In alternativa, la società in controllo pubblico potrà inserire le misure adottate in attuazione della L. n. 190/2012 in un'apposita sezione del Modello di organizzazione, gestione e controllo, rendendole così facilmente individuabili, dal momento che da esse derivano obblighi e responsabilità diversi.⁴¹⁹

Per ogni approfondimento circa l'integrazione tra PTPCT e MOG si rimanda al paragrafo 5 del Capitolo 2.

Nulla è cambiato rispetto a quanto affermato dall'ANAC nella Determinazione n. 8 del 17/06/2015, tuttavia l'introduzione del nuovo comma *2-bis* nell'art. 1 della L. n. 190/2012 rende necessaria una breve riflessione.

Il Legislatore ha disposto, per i soggetti di cui all'art. *2-bis*, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013, l'obbligo di adottare misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle contenute nel MOG, presupponendo, e forse dando per scontata, l'adozione di quest'ultimo da parte di tutti gli enti.

In realtà, né dal co. *2-bis* dell'art. 1 della L. n. 190/2012, né da altra disposizione normativa deriva un obbligo di adottare il Modello sopracitato e, d'altro canto, ciò contrasterebbe con la stessa ratio del D.Lgs. n. 231/2001.

Sarà in ogni caso compito della Pubblica Amministrazione controllante promuovere l'adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo.

La società controllata potrà disattendere tale raccomandazione e introdurre solo le misure anticorruzione previste dalla L. n. 190/2012, inserendole, come sopracitato, in un documento unitario e tenendo conto di tutte le attività esercitate e della propria struttura organizzativa; tuttavia, in questo caso, dovrà motivare tale scelta, mentre l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, valuterà l'adeguatezza delle misure adottate.⁴²⁰

La Determinazione ANAC n. 1134/2017 dedica un'intera sezione ai contenuti minimi delle misure di prevenzione della corruzione.

Molti aspetti sono già stati ampiamente trattati nel Capitolo precedente; tra questi, la mappatura delle aree maggiormente esposte al rischio di corruzione, con particolare attenzione a quelle indicate dall'art. 1, co. 16, della L. n. 190/2012, l'adozione di protocolli di gestione del rischio reato che auspicabilmente tengano conto delle Linee guida UNI ISO 37001: 2016, la predisposizione di sistemi di controllo interno, garantendo un

⁴¹⁹ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 9 e 22.

⁴²⁰ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 22.

coordinamento tra quelli previsti dal MOG e quelli disposti dalla L. n. 190/2012, l'integrazione del Codice etico con il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, la tutela del *whistleblower*⁴²¹, l'attività di formazione dei dipendenti della società in relazione alle misure di prevenzione adottate dalla medesima.⁴²²

In questa sede occorre approfondire, invece, il sistema delle cause di inconferibilità e di incompatibilità, disciplinato dal D.Lgs. n. 39/2013 (v. paragrafo 10 del Capitolo 1), in relazione agli incarichi di amministratore e di dirigente della società.

In particolare, le cause di inconferibilità previste per gli amministratori, così come definiti dall'art. 1, co. 2, lett. l), del D.Lgs. n. 39/2013⁴²³, sono due.

La prima, di cui all'art. 3, co. 1, lett. d) del summenzionato Decreto, riguarda i casi di condanna per reati contro la Pubblica Amministrazione; la seconda, disposta dall'art. 7 del D.Lgs. n. 39/2013, riguarda i componenti di un organo politico regionale o locale.

All'acquisizione della qualifica dirigenziale, invece, osta soltanto la condanna per reati contro la Pubblica Amministrazione.

Il D.Lgs. n. 175/2016 ha inserito una nuova causa di inconferibilità, disciplinata all'art. 11, co. 11 del Decreto medesimo, ai sensi del quale nelle società indirettamente controllate dalla Pubblica Amministrazione *“non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento”*.⁴²⁴

La società in controllo pubblico deve garantire che le cause di inconferibilità appena esaminate siano chiaramente riportate negli atti di conferimento dell'incarico, che in tale occasione il soggetto interessato ne dichiari l'insussistenza e che il RPCT vigili sul rispetto

⁴²¹ Occorre segnalare che la L. n. 179/2017 (per cui si rimanda al paragrafo 9 del Capitolo 2) è entrata in vigore dopo l'approvazione della Determinazione ANAC n. 1134/2017; questo è il motivo per cui quest'ultima richiama solo quanto disposto dall'Autorità medesima nella Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 in tema di *whistleblowing* e non la Legge sopracitata.

⁴²² Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 23 e ss.

⁴²³ Ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. l), del D.Lgs. n. 39/2013, l'amministratore di un ente pubblico o di un ente privato in controllo pubblico è colui che riveste *“gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato”*.

⁴²⁴ Art. 11, co. 11, del D.Lgs. n. 175/2016; Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 24.

delle prescrizioni in tema di inconferibilità, programmando delle verifiche e prestando attenzione alle segnalazioni eventualmente ricevute.

Infine, se un amministratore viene proposto dalla Pubblica Amministrazione, il controllo relativo all'insussistenza delle cause di inconferibilità deve essere effettuato dal RPCT della P.A..⁴²⁵

Per quanto riguarda le cause di incompatibilità, agli amministratori delle società in controllo pubblico si applicano gli articoli 9, co. 2; 11, commi 2 e 3; 13; 14, commi 1 e 2, lett. a) e c) del D.Lgs. n. 39/2013, al cui testo si rinvia, dal momento che la chiarezza del dato normativo rende superflua qualsiasi digressione in merito; lo stesso dicasi per l'art. 12 del D.Lgs. n. 39/2013, che disciplina i casi di incompatibilità riferibili ai dirigenti.⁴²⁶

Una nuova causa di incompatibilità è stata introdotta dall'art. 11, co. 8 del D.Lgs. n. 175/2016, ai sensi del quale gli *“amministratori delle società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti. Qualora siano dipendenti della società controllante, in virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al comma 6, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi alla società di appartenenza. Dall'applicazione del presente comma non possono derivare aumenti della spesa complessiva per i compensi degli amministratori”*.⁴²⁷

Relativamente alle cause di incompatibilità, gravano sulla società gli stessi obblighi previsti per le cause di inconferibilità.

Le società in controllo pubblico devono garantire anche il rispetto del divieto di *pantouflage* (v. paragrafo 10 del Capitolo 1), secondo cui non possono essere assunti *“dipendenti pubblici che, negli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto di pubbliche amministrazioni, nei confronti delle società stesse”*.⁴²⁸

⁴²⁵ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 24-25; *Attuazione della normativa su prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società a partecipazione pubblica: aggiornamento delle Linee guida ANAC*, Assonime, 2017, p. 13.

⁴²⁶ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 25.

⁴²⁷ Art. 11, co. 8, del D.Lgs. n. 175/2016; Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 25.

⁴²⁸ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 26.

A tal fine, il RPCT esercita la propria attività di vigilanza e la società, già durante il processo di selezione del personale, comunica la condizione ostativa ai candidati, i quali devono dichiararne l'insussistenza.⁴²⁹

Un altro istituto cruciale ai fini della prevenzione della corruzione, di cui si è già parlato nel paragrafo 10 del Capitolo 1, è quello della rotazione del personale, che persegue lo scopo di recidere qualsiasi rapporto amicale o solidale che potrebbe instaurarsi con un dipendente della società che ricopre a lungo lo stesso incarico, dal momento che quest'ultimo potrebbe utilizzare tale tipo di rapporto per ottenere un vantaggio indebito; per questo motivo, la rotazione del personale deve essere particolarmente sistematica lì dove vi è una maggiore esposizione al rischio di corruzione.

Un simile meccanismo, tuttavia, deve tener conto delle esigenze organizzative della società, tra le quali rientra la necessità di non distogliere personale qualificato dalla gestione di processi che richiedono specifiche competenze tecniche.⁴³⁰

Simile alla rotazione del personale è l'istituto della "segregazione delle funzioni"; esso consiste nell'affidare a soggetti diversi i seguenti compiti:

- a) *svolgere istruttorie e accertamenti;*
- b) *adottare decisioni;*
- c) *attuare le decisioni prese;*
- d) *effettuare verifiche.*⁴³¹

Al fine di garantire l'effettiva ed efficace attuazione delle misure di prevenzione della corruzione e il loro costante aggiornamento, è necessario che la società delinea "le modalità, le tecniche e la frequenza del monitoraggio"⁴³² sul rispetto delle stesse, conformemente a quanto già previsto nel MOG per le misure dettate dal D.Lgs. n. 231/2001.

Una simile attività di vigilanza è affidata a soggetti di cui la società delinea compiti e responsabilità; tra questi spicca sicuramente la figura del RPCT, di cui si è già ampiamente parlato nel paragrafo 5 del Capitolo 1.

La società deve rendere obbligatoria la nomina del Responsabile, auspicabilmente attraverso una modifica statutaria, e fornire indicazioni sul soggetto che assumerà tale qualifica.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 26.

⁴³⁰ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 26.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 26.

⁴³² *Ibidem*, p. 27.

Ancora oggi le funzioni del RPCT possono essere affidate, come in passato, a due figure distinte, il RPC e il RT, ma ciò solo nel caso in cui *“obiettive difficoltà organizzative”*⁴³³ costringano in tal senso la società, la quale dovrà motivare tale scelta nell’atto di nomina dei due Responsabili e garantire il coordinamento tra le funzioni ad essi affidate.⁴³⁴

La società deve trasmettere all’ANAC sia i dati relativi alla nomina del RPCT, sia gli eventuali atti di revoca dell’incarico, affinché l’Autorità possa chiedere entro trenta giorni il riesame *“qualora rilevi che la revoca sia correlata alle attività svolte dal responsabile in materia di prevenzione della corruzione”*⁴³⁵.

La richiesta di riesame può essere presentata dall’ANAC anche nel caso in cui entri a conoscenza di misure discriminatorie adottate nei confronti del RPCT a causa dell’attività da quest’ultimo svolta, così come disposto dall’art. 1, co. 7, della L. n. 190/2012.

Come è stato già più volte ribadito nei capitoli precedenti, l’incarico di RPCT deve essere affidato a un dirigente della società.

Tuttavia, negli enti di piccole dimensioni, può accadere che non vi siano dirigenti o che questi siano in numero così esiguo da non poter essere distolti dalla gestione delle aree maggiormente esposte al rischio di corruzione.

In questi casi può essere nominato un soggetto privo della qualifica dirigenziale, purché dotato delle conoscenze necessarie a ricoprire il ruolo di RPCT; solo in via eccezionale, infine, il Responsabile può essere individuato in un amministratore, a patto che questi non sia dotato delle deleghe gestionali.

Le competenze e i profili di responsabilità del RPCT, nonché il rapporto tra quest’ultimo e l’OdV, sono già stati analizzati nei capitoli precedenti (v. paragrafo 5 del Capitolo 1 e paragrafi 7 e 8 del Capitolo 2).

Un breve accenno merita anche l’Organismo indipendente di valutazione (v. paragrafo 7 del Capitolo 1), le cui funzioni all’interno delle società in controllo pubblico sono affidate *“all’organo interno reputato più idoneo”*⁴³⁶, il quale solitamente coincide con l’OdV.⁴³⁷

⁴³³ Determinazione ANAC n. 1134 dell’8/11/2017, p. 27.

⁴³⁴ Quest’orientamento era già stato delineato dall’ANAC nella Delibera n. 1310/2016, intitolata *“Prime linee guida recanti indicazioni sull’attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016”*.
Determinazione ANAC n. 1134 dell’8/11/2017, p. 27.

⁴³⁵ Art. 15, co. 3, del D.Lgs. n. 39/2013.

⁴³⁶ Determinazione ANAC n. 1134 dell’8/11/2017, p. 29.

⁴³⁷ *Ibidem*, pp. 27 e ss.

Di tutte le misure di prevenzione della corruzione adottate deve essere garantita la conoscenza sia all'interno che all'esterno della società, attraverso la pubblicazione sul sito *web* della stessa o, qualora la società ne fosse priva, su quello della Pubblica Amministrazione controllante.⁴³⁸

2.3 Gli obblighi in tema di trasparenza

In passato, ai sensi dell'allora vigente art. 11, co. 2, lett. b), del D.Lgs. n. 33/2013, le disposizioni dettate per la Pubblica Amministrazione in tema di trasparenza dal medesimo Decreto Legislativo si applicavano anche alle società in controllo pubblico, “*limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea*”⁴³⁹ esercitata dalle stesse.⁴⁴⁰

A tal fine, doveva essere adottato un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (PTTI), in cui venivano delineate le modalità per dare attuazione agli obblighi di trasparenza. Relativamente alle attività prive di interesse pubblico, invece, gravava sulle società in controllo pubblico un obbligo di pubblicazione limitato ai dati concernenti la propria organizzazione.⁴⁴¹

L'entrata in vigore del D.Lgs. n. 97/2016 ha mutato il panorama degli obblighi di trasparenza gravanti sulla Pubblica Amministrazione, grazie principalmente all'introduzione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato (v. paragrafo 11 del Capitolo 1).

Tali novità si riflettono sugli obblighi di trasparenza delle società in controllo pubblico; l'art. 2-bis, co. 2, lett. b), del D.Lgs. n. 33/2013 dispone, infatti, che a tali società si applica la medesima disciplina prevista per le Pubbliche Amministrazioni⁴⁴², “*in quanto compatibile*”⁴⁴³.

⁴³⁸ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 22-23.

⁴³⁹ Previgente testo dell'art 11, co 2, lett. b) del D.Lgs. n. 33/2013.

⁴⁴⁰ Le attività di pubblico interesse rilevanti erano quelle così qualificate da una norma di Legge o dallo statuto o atto costitutivo della società, quelle consistenti nell'esercizio di funzioni amministrative e nella gestione di servizi pubblici e quelle esternalizzate.

⁴⁴¹ C. A. Strazzeri, *Manuale 231. Anticorruzione e trasparenza, Linee guida per le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 12; Determinazione ANAC n. 8 del 17/06/2015, pp. 19 e ss.

⁴⁴² Per ogni approfondimento relativo agli obblighi di trasparenza gravanti sulla P.A. si rimanda al paragrafo 11 del Capitolo 1.

⁴⁴³ Art. 2-bis, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013.

Sul significato da attribuire al parametro della compatibilità, da estendere anche alle misure anticorruzione, è intervenuta l'ANAC.

Essa ha disposto che la compatibilità della disciplina prevista per le Pubbliche Amministrazioni non deve essere valutata caso per caso, ma tenendo conto, in via generale, di tre diversi fattori: la categoria cui la società presa in considerazione appartiene e gli eventuali particolari obblighi di pubblicazione previsti per quella categoria dall'ANAC nel Piano Nazionale Anticorruzione, secondo quanto disposto dall'art. 3, co. 1-*ter*, del D.Lgs. n. 33/2013; l'attività (di pubblico interesse, in regime di concorrenza o di privativa) esercitata dalla società; le altre norme ad essa applicabili, dalle quali possono derivare ulteriori obblighi in tema di prevenzione della corruzione e trasparenza, al fine di evitare duplicazioni.⁴⁴⁴

Nonostante l'art. 2-*bis*, co. 2, lett. b), del D.Lgs. n. 33/2013 non faccia più espresso riferimento al limite della "*attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea*"⁴⁴⁵, l'ANAC, nella Determinazione n. 1134 dell'8/11/2017, ha disposto che, nel caso in cui la società in controllo pubblico eserciti non soltanto attività di pubblico interesse, ma anche in regime concorrenziale, gli obblighi di pubblicazione e di accesso generalizzato saranno relativi soltanto alle attività di rilevanza pubblica, fermo restando un generale obbligo di trasparenza relativo all'organizzazione della società e concernente ogni tipo di attività esercitata.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Per un'analisi dettagliata della compatibilità della disciplina prevista per la Pubblica Amministrazione con le attività svolte dalle società e dagli altri enti di diritto privato controllati o partecipati dalla P.A. e dagli enti pubblici economici, si rinvia all'Allegato 1 della Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, fermo restando che ulteriori indicazioni potranno emergere a seguito dell'esercizio dell'attività di vigilanza e dalla prassi applicativa.

Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 21.

⁴⁴⁵ Previgente testo dell'art 11, co 2, lett. b) del D.Lgs. n. 33/2013.

⁴⁴⁶ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 31.

Nelle stesse Linee guida, l'ANAC ha dedicato particolare attenzione alla definizione di attività di pubblico interesse, rimandando all'esemplificazione contenuta nell'art. 2-*bis*, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013

In particolare, sono di pubblico interesse:

a) l'esercizio di funzioni amministrative, quali il rilascio di autorizzazioni o concessioni o l'esercizio di funzioni certificative.

b) le attività di servizio pubblico, affidate dalla Pubblica Amministrazione, in via diretta o in seguito a una gara, all'ente e da quest'ultimo rese ai privati cittadini.

Non rientrano in quest'ambito le attività di servizio pubblico svolte dall'ente privato, ma regolate dalla Pubblica Amministrazione (si pensi alle attività svolte previa autorizzazione della P.A.) o da quest'ultima finanziate, seppur in parte.

In questi casi si applicano direttamente le disposizioni previste dal D.Lgs. n. 33/2013 per la P.A.

c) la produzione di beni e servizi a favore della P.A. (un esempio fra tutti, il servizio di raccolta dati).

Un'attività sarà sicuramente di pubblico interesse se viene affidata alla società da una norma di Legge o da un contratto di servizio, o se viene definita tale dalla Legge o dallo statuto o atto costitutivo dell'ente.

Le misure adottate dalla società per garantire la trasparenza devono essere inserite in una sezione apposita del documento che tiene luogo del PTPCT o, nel caso in cui sia adottato un documento unico, comprensivo del MOG e delle misure che lo integrano, in una sezione apposita dello stesso.

Tuttavia, come disposto dall'art. 9-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013, la società in controllo pubblico non è tenuta a pubblicare dati già contenuti nella banca dati della Pubblica Amministrazione controllante, alla quale può rimandare attraverso un collegamento ipertestuale.⁴⁴⁷

Per garantire il rispetto degli obblighi di pubblicazione disciplinati dal Legislatore (per un elenco dei quali si rimanda all'Allegato 1 della Determinazione n. 1134/2017) e degli ulteriori obblighi di trasparenza introdotti dalla società in ragione del proprio assetto organizzativo e delle attività esercitate, l'ente deve individuare compiti e responsabilità dei soggetti chiamati a dare attuazione alle misure di trasparenza, indicando le conseguenze (responsabilità di natura dirigenziale e valutazione ai fini della retribuzione di risultato) cui andrebbero incontro in caso di inadempimento.

In quest'ambito il RPCT gioca un ruolo centrale.

Le misure volte a dare attuazione al diritto di accesso civico generalizzato (quali, ad esempio, la creazione di uffici appositi) e le informazioni, i documenti e i dati oggetto dell'obbligo di pubblicazione devono confluire in una sezione del sito *web* della società, denominata "Società trasparente".

Nel caso in cui la società non sia dotata di un sito *web*, essa utilizza quello della Pubblica Amministrazione controllante, mantenendo comunque distinte le rispettive responsabilità.⁴⁴⁸

Analizzati i profili principali delle norme in tema di trasparenza e volendo scendere più nel dettaglio, occorre precisare che il D.Lgs. n. 175/2016 e il D.Lgs. n. 97/2016 hanno introdotto per le società in controllo pubblico obblighi di pubblicazione ulteriori.

L'ANAC, infine, per maggior chiarezza e a fini meramente esemplificativi, rimanda alle attività indicate all'art. 4 del D.Lgs. n. 175/2016.

Nel documento contenente le misure integrative del Modello di organizzazione, gestione e controllo la società dovrà indicare quali attività, tra quelle esercitate, sono di pubblico interesse; la Pubblica Amministrazione controllante assicurerà la corretta individuazione delle suddette attività, al fine di garantire una piena ottemperanza degli obblighi di prevenzione della corruzione e trasparenza.

Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 18-19-20.

⁴⁴⁷ *Attuazione della normativa su prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società a partecipazione pubblica: aggiornamento delle Linee guida ANAC*, Assonime, 2017, p. 14.

⁴⁴⁸ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 30 e 33.

Il primo Decreto impone alle società controllate massima trasparenza in relazione alla gestione delle proprie risorse e ai risultati raggiunti (art. 24 del D.Lgs. n. 175/2016); all'art. 19, invece, introduce una serie di obblighi relativi alla gestione del personale.

In particolare questi ultimi riguardano:

i) i provvedimenti in cui le società in controllo pubblico stabiliscono i criteri e le modalità per il reclutamento del personale;

ii) i provvedimenti delle amministrazioni pubbliche socie in cui sono fissati, per le società in loro controllo, gli obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi incluse quelle per il personale;

*iii) i provvedimenti in cui le società in controllo pubblico recepiscono gli obiettivi relativi alle spese di funzionamento fissati dalle pubbliche amministrazioni.*⁴⁴⁹

Qualora siano violati i sopracitati obblighi di pubblicazione, il D.Lgs. n. 175/2016, richiamando le sanzioni previste negli articoli 22, co. 4, 46 e 47, co. 2 del D.Lgs. n. 33/2013, dispone il divieto per la P.A. controllante di finanziare a qualsiasi titolo la società, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti di colui che si è reso responsabile della violazione degli obblighi di pubblicazione, l'attivazione della responsabilità dirigenziale ed eventualmente per danno all'immagine, la valutazione della condotta ai fini della retribuzione di risultato.

Il D.Lgs. n. 97/2016 ha introdotto nel testo del D.Lgs. n. 33/2013 l'art. 15-*bis*, il quale indica i dati che devono essere pubblicati da una società in controllo pubblico nei casi di *“conferimento di incarichi di collaborazione, di consulenza o di incarichi professionali, inclusi quelli arbitrari, e per i due anni successivi alla loro cessazione”*.⁴⁵⁰

Conformemente a quanto già previsto nella Determinazione n. 8/2015, alle società controllate da Pubbliche Amministrazioni si applica altresì l'art. 14 del D.Lgs. n. 33/2013, le cui prescrizioni sono state ritenute dall'ANAC compatibili con la struttura e le funzioni di tali società.

Secondo quanto disposto dalla sopracitata Autorità, i *“titolari di incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati (art. 14, co. 1-bis) pubblicano i dati di cui al co. 1, lettere da a) ad f). La disposizione deve intendersi riferita a tutti i componenti degli organi titolari di poteri di indirizzo generale con riferimento*

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁵⁰ Art. 15-*bis*, co. 1, del D.Lgs. n. 33/2013; Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 31.

all'organizzazione e all'attività della società/ente cui sono preposti e della quale definiscono gli obiettivi e i programmi da attuare, verificando la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti".⁴⁵¹

Sulla base di queste indicazioni, si deduce che nelle società in controllo pubblico gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 33/2013 si applicano ai membri del Consiglio di amministrazione o di altro organo dotato delle medesime competenze.

Tali obblighi vengono meno solo nel caso in cui le funzioni dei soggetti sopra richiamati siano esercitate a titolo gratuito, fermo restando che, in questo caso, la società deve pubblicare le deliberazioni che disciplinano l'incarico.⁴⁵²

I dati oggetto dell'obbligo di pubblicazione ai sensi dell'art. 14, co. 1, del D.Lgs n. 33/2013 sono:

- a) l'atto di nomina o di proclamazione, con l'indicazione della durata dell'incarico o del mandato elettivo;*
- b) il curriculum;*
- c) i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica; gli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici;*
- d) i dati relativi all'assunzione di altre cariche, presso enti pubblici o privati, ed i relativi compensi a qualsiasi titolo corrisposti;*
- e) gli altri eventuali incarichi con oneri a carico della finanza pubblica e l'indicazione dei compensi spettanti;*
- f) le dichiarazioni di cui all'articolo 2, della legge 5 luglio 1982, n. 441, nonché le attestazioni e dichiarazioni di cui agli articoli 3 e 4 della medesima legge, come modificata dal presente decreto, limitatamente al soggetto, al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi consentano. Viene in ogni caso data evidenza al mancato consenso. Alle informazioni di cui alla presente lettera concernenti soggetti diversi dal titolare dell'organo di indirizzo politico non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 7.⁴⁵³*

⁴⁵¹ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 32.

⁴⁵² Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 32.

⁴⁵³ Art. 14, co. 1, lett. a), b), c), d), e), f), del D.Lgs. n. 33/2013.

Si tratta, dunque, di dati sensibili, ragion per cui, come è stato ribadito dal Garante privacy, la garanzia della trasparenza deve essere bilanciata con il diritto alla tutela dei dati personali.⁴⁵⁴

A tal riguardo, la Determinazione n. 1134/2017 dispone che gli obblighi di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 33/2013 si applicano in misura diversa a seconda che si tratti di direttori generali, dotati di poteri decisionali e gestionali, o di dirigenti ordinari.

Ai primi si applica l'art. 14, co. 1, lettere da a) ad f); ai secondi, invece, si applicano soltanto gli obblighi indicati all'art. 14, co.1, lettere da a) ad e), con esclusione, dunque, della pubblicità dei dati relativi al patrimonio e al reddito.⁴⁵⁵

In un'ottica di bilanciamento di interessi, oltre alla tutela dei dati personali, bisogna tener conto del fatto che le società in controllo pubblico, all'attività di pubblico interesse, possono affiancare l'esercizio di un'attività in regime concorrenziale.

In questo caso, la pubblicazione di alcuni dei dati richiamati dall'art. 14 del D.Lgs. n. 33/2013, come ad esempio le politiche di remunerazione, può costituire uno svantaggio sul piano della competitività con società non destinatarie dei medesimi obblighi di pubblicazione.⁴⁵⁶

Per quanto riguarda l'accesso civico generalizzato, si rimanda a quanto già detto nel paragrafo 11 del Capitolo 1.

In questa sede ci si limiterà a ricordare che le società in controllo pubblico possono negare la richiesta di accesso invocando la tutela degli interessi pubblici o privati di cui all'art. 5-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013.

Gli interessi pubblici si riferiscono all'attività di pubblico interesse svolta dalle società; tra gli interessi privati, invece, particolare importanza rivestono gli "*interessi economici e*

⁴⁵⁴ *Attuazione della normativa su prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società a partecipazione pubblica: aggiornamento delle Linee guida ANAC*, Assonime, 2017, p. 14.

⁴⁵⁵ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 33.

Per completezza espositiva, si deve precisare che rispetto agli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 14 del D.Lgs. n. 33/2013, avendo essi ad oggetto anche dati personali, è stato sollevato un dubbio di legittimità che ha portato l'ANAC a emettere la Delibera n. 382 del 12/04/2017, intitolata "*Sospensione dell'efficacia della delibera n. 241/2017 limitatamente alle indicazioni relative all'applicazione dell'art. 14 co. 1 lett. c) ed f) del d.lgs. 33/2013 per tutti i dirigenti pubblici, compresi quelli del SSN*".

Tale Delibera si riferisce ai dirigenti della Pubblica Amministrazione, ma sarebbe ragionevole estendere la sospensione anche ai dirigenti delle società in controllo pubblico.

Attuazione della normativa su prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società a partecipazione pubblica: aggiornamento delle Linee guida ANAC, Assonime, 2017, pp. 14-15.

⁴⁵⁶ *Attuazione della normativa su prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società a partecipazione pubblica: aggiornamento delle Linee guida ANAC*, Assonime, 2017, p. 15.

*commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali”.*⁴⁵⁷

In via conclusiva, si vogliono evidenziare tre aspetti molto importanti degli obblighi di trasparenza.

In primo luogo, non predisporre la sezione ad essi dedicata equivale a omettere l'adozione del PTPC, ragion per cui si applica l'art. 19, co. 5, lett. b) della L. n. 114/2014, ai sensi del quale l'ANAC applica una sanzione amministrativa che va da 1.000 a 10.000 euro al soggetto giuridicamente obbligato che omette l'adozione del Piano o, in questo caso, della sezione sulla trasparenza.

In secondo luogo, all'inadempimento degli obblighi di pubblicazione consegue, conformemente a quanto previsto per le Pubbliche Amministrazioni, una responsabilità di natura disciplinare o dirigenziale; nelle società in controllo pubblico ciò deve risultare dallo statuto o da altro atto regolamentare interno.

In terzo luogo, l'omessa pubblicazione dei dati richiamati dall'art. 47 del D.Lgs. n. 33/2013 è sanzionata dall'ANAC, la quale ha adottato un Regolamento volto a disciplinare l'esercizio di un simile potere sanzionatorio.⁴⁵⁸

2.4 Casi specifici

In tema di prevenzione della corruzione e trasparenza, le società indirettamente controllate e quelle in liquidazione presentano alcuni aspetti peculiari meritevoli di approfondimento.

Per quanto riguarda le prime, la capogruppo garantisce che le società indirettamente controllate adottino misure anticorruzione coerenti con le proprie.

Tuttavia, nel caso in cui vi siano società di piccole dimensioni, la capogruppo può decidere di inserire le misure di prevenzione della corruzione riferibili a tali società nel proprio Modello integrato, purché tale scelta sia motivata da ragioni oggettive.

⁴⁵⁷ Art. 5-bis, co. 2, lett. c), del D.Lgs. n. 33/2013; Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 34.

⁴⁵⁸ Ci si riferisce al “*Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97*”, adottato dall'ANAC il 16/11/2016.

Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 32.

In questo caso, sarà il RPCT della capogruppo a dare attuazione alle suddette misure nelle società indirettamente controllate, collaborando con dei soggetti che le stesse dovranno individuare quali referenti del Responsabile della capogruppo.⁴⁵⁹

Relativamente alle società pubbliche, il D.Lgs. n. 175/2016 ha segnato un punto di svolta, risolvendo in senso positivo l'annosa questione relativa alla fallibilità delle stesse.

Avallando l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale maggioritario formatosi sull'argomento, l'art. 14 del D.Lgs. n. 175/2016 dispone, infatti, che le società pubbliche soggiacciono alle *“disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza”*⁴⁶⁰, dal momento che la partecipazione delle Pubbliche Amministrazioni al capitale sociale non fa venir meno la natura privatistica delle suddette società.⁴⁶¹

Nelle more delle procedure liquidatorie, le società non si estinguono (ciò avviene con la cancellazione dal registro delle imprese), ma continuano ad operare, spesso per un lungo periodo di tempo, sfruttando le risorse pubbliche per finanziare le attività di pubblico interesse che rientrano nell'oggetto sociale, con il fine principale di soddisfare tutti i creditori della società e di ripartire fra i soci l'eventuale residuo attivo.

Alle società pubbliche in liquidazione continuano ad applicarsi non soltanto le disposizioni del D.Lgs. n. 231/2001, ma anche quelle della L. n. 190/2012 e dei suoi Decreti attuativi.

I responsabili della liquidazione devono pertanto nominare un RPCT, adottare misure di prevenzione della corruzione integrative del MOG, ove predisposto, e misure di trasparenza in relazione all'organizzazione e alle attività effettivamente esercitate dalla società pubblica in liquidazione.

Nel caso in cui quest'ultima sia priva di personale, i compiti del RPCT verranno affidati alla Pubblica Amministrazione controllante.⁴⁶²

“Vista la particolare situazione giuridico-economica in cui versano tali soggetti particolare attenzione va prestata, ad esempio, alla mappatura e alla descrizione dei processi riguardanti l'impiego delle risorse, i pagamenti, l'affidamento di contratti di appalto, il

⁴⁵⁹ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 34.

⁴⁶⁰ Art. 14, co. 1, del D.Lgs. n. 175/2016.

⁴⁶¹ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 34.

⁴⁶² Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 36.

*personale, oltre a quelli relativi alla procedura liquidatoria (con riferimento alle operazioni di consegna all'ufficio liquidatore da parte dei liquidatori, delle attività esistenti, dei libri contabili, degli inventari e del rendiconto di gestione operazioni liquidatorie in consegna del patrimonio; alla liquidazione e alla formazione del bilancio finale di liquidazione) e, se esistente, al contenzioso".*⁴⁶³

Occorre tuttavia sottolineare che questa rigida applicazione delle disposizioni dettate per le società in controllo pubblico alle società pubbliche in liquidazione spesso non tiene conto della realtà effettiva.

Infatti, vi sono casi in cui le società pubbliche in liquidazione non esercitano più le proprie attività, ma si limitano passivamente ad attendere la risoluzione del contenzioso; in tali circostanze, sarebbe opportuno attribuire un maggior potere ai responsabili della liquidazione relativamente all'elaborazione di misure di prevenzione che meglio rispondano alle peculiarità del caso.⁴⁶⁴

3. Gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico

Ai sensi del combinato disposto del co. 2-*bis* dell'art. 1 della L. n. 190/2012 e dell'art. 2-*bis*, co. 2, lett. c), del D.Lgs. n. 33/2013, introdotti, come sopracitato, dal D.Lgs. n. 97/2016, le norme in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza si applicano anche agli altri enti di diritto privato, diversi dalle società, controllati dalla Pubblica Amministrazione.⁴⁶⁵

Prima della riforma apportata dal D.Lgs. n. 97/2016, l'ANAC, nel definire tali enti, dopo aver richiamato le definizioni contenute nell'art. 1, co. 2, lett. c), del D.Lgs. n. 39/2013 e nell'allora vigente art. 11 del D.Lgs. n. 33/2013, disponeva che si trattava di “enti, in particolare associazioni e fondazioni, che hanno natura privatistica, non necessariamente con personalità giuridica, rispetto ai quali sono riconosciuti in capo alle amministrazioni pubbliche poteri di controllo che complessivamente consentono di esercitare un potere di

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁶⁴ Attuazione della normativa su prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società a partecipazione pubblica: aggiornamento delle Linee guida ANAC, Assonime, 2017, pp. 14-15

⁴⁶⁵ Già prima dell'introduzione del comma 2-*bis* dell'art. 1 della L. n. 190/2012 e dell'art. 2-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013, tali soggetti rientravano nel novero dei destinatari delle norme in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza ai sensi del combinato disposto dell'art. 1, co. 60, della L. n. 190/2012, dell'allora vigente art. 11 del D.Lgs. n. 33/2013 e dell'art. 1, co. 2, lett. c), del D.Lgs. n. 39/2013.

C. A. Strazzeri, *Manuale 231. Anticorruzione e trasparenza, Linee guida per le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 13; Determinazione ANAC n. 8 del 17/06/2015, p. 24.

*ingerenza sull'attività con carattere di continuità ovvero un'influenza dominante sulle decisioni dell'ente.*⁴⁶⁶

L'ANAC forniva poi degli indici, quali, ad esempio, l'esercizio da parte della Pubblica Amministrazione di poteri di vigilanza, in presenza dei quali poteva presumersi la sussistenza di un controllo pubblico.⁴⁶⁷

Oggi, l'art. 2-bis, co. 2, lett. c), del D.Lgs. n. 33/2013, per la definizione di ente di diritto privato, diverso dalla società, controllato dalla Pubblica Amministrazione, fa riferimento non soltanto alle associazioni e alle fondazioni, ma anche a tutti gli altri *“enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.*⁴⁶⁸

Il Legislatore, dunque, ha indicato tre diversi presupposti, cumulativi e non alternativi tra di loro, che devono sussistere affinché un ente di diritto privato possa dirsi in controllo pubblico.

In particolare, non è necessario che la Pubblica Amministrazione partecipi effettivamente al capitale dell'ente, tuttavia (e in ciò consiste la differenza rispetto alla disciplina previgente) è necessario che la Pubblica Amministrazione nomini tutti i titolari o i componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo dell'ente, che quest'ultimo abbia un bilancio superiore a cinquecentomila euro e che l'attività da esso esercitata sia stata finanziata in via maggioritaria da Pubbliche Amministrazioni per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio.⁴⁶⁹

Per quanto riguarda le misure di prevenzione della corruzione che l'ente è tenuto ad adottare, si rimanda a quanto già detto per le società in controllo pubblico nei paragrafi precedenti.⁴⁷⁰

Merita, invece, un approfondimento la disciplina della trasparenza.

In base al previgente art. 11, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013, agli enti di diritto privato in controllo pubblico diversi dalle società si applicavano gli obblighi di pubblicazione e accesso

⁴⁶⁶ Determinazione ANAC n. 8 del 17/06/2015, p. 25.

⁴⁶⁷ Per l'elenco di tali indici si rinvia alla Determinazione ANAC n. 8 del 17/06/2015, p. 25.

⁴⁶⁸ Art. 2-bis, co. 2, lett. c), del D.Lgs. n. 33/2013.

⁴⁶⁹ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 14 e ss.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 36.

civico previsti per la Pubblica Amministrazione limitatamente alle attività di pubblico interesse dagli stessi esercitate, fermo restando un generale obbligo di trasparenza relativo all'organizzazione dell'ente.⁴⁷¹

Ai sensi del nuovo art. 2-bis, co. 2, lett. c), del D.Lgs. n. 33/2013, invece, alle associazioni, fondazioni e agli altri enti di diritto privato in controllo pubblico si applicano gli obblighi di trasparenza dettati per la Pubblica Amministrazione “*in quanto compatibili*”.⁴⁷²

Non trova più applicazione, dunque, il limite dell'attività di pubblico interesse: gli obblighi di pubblicazione, accesso civico e accesso generalizzato riguardano ogni tipo di attività esercitata dall'ente, oltretutto l'organizzazione del medesimo.

In base alla disciplina attualmente vigente, dunque, gli obblighi di trasparenza sono diventati più gravosi che in passato; essi sono più gravosi persino di quelli previsti per le società in controllo pubblico, dal momento che, in relazione a queste ultime, l'ANAC ha avallato un'interpretazione restrittiva del criterio della compatibilità, in base al quale gli obblighi di trasparenza continuano a riferirsi soltanto alle attività di pubblico interesse esercitate dalle società controllate.

Tale maggior rigore, verosimilmente, è dovuto al fatto che, in base ai nuovi criteri dettati dal Legislatore per l'individuazione degli enti di diritto privato in controllo pubblico, quelli presi in considerazione sono soggetti in cui l'influenza della Pubblica Amministrazione è più pervasiva che in passato.⁴⁷³

Per quanto riguarda le modalità di attuazione degli obblighi dettati dal D.Lgs. n. 33/2013 (collocazione delle misure di trasparenza in un'apposita sezione del documento contenente le misure integrative del Modello di organizzazione, gestione e controllo; nomina del RPCT; predisposizione della sezione denominata “Amministrazione trasparente” nel sito web dell'ente; adozione di misure volte a garantire l'esercizio dell'accesso generalizzato), vale quanto già detto per le società in controllo pubblico.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ C. A. Strazzeri, *Manuale 231. Anticorruzione e trasparenza, Linee guida per le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 14; Determinazione ANAC n. 8 del 17/06/2015, pp. 24 e ss.

⁴⁷² Art. 2-bis, co. 2, lett. c), del D.Lgs. n. 33/2013.

⁴⁷³ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 31-36-37.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, pp. 36 e 37.

4. Le società a partecipazione pubblica non di controllo e gli altri enti di diritto privato di cui all'art. 2-bis, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013

Ai sensi dell'art. 2-bis, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013, la disciplina prevista dal medesimo Decreto per le Pubbliche Amministrazioni si applica *“in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124”*⁴⁷⁵, ossia dal D.Lgs. n. 175/2016, *“e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici”*.⁴⁷⁶

L'art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013 annovera, dunque, tra i soggetti destinatari delle disposizioni in tema di trasparenza, sia le società a partecipazione pubblica non di controllo, sia altri soggetti di diritto privato, diversi dalle società, la cui definizione, come sottolineato dal Consiglio di Stato, dà adito ad alcuni dubbi interpretativi.⁴⁷⁷

Prima di soffermarsi su quest'ultimo aspetto, occorre prendere in considerazione le società a partecipazione pubblica non di controllo, per la cui definizione l'art. 2-bis, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013 rinvia al D.Lgs. n. 175/2016, il quale, all'art. 2, co. 1, lett. n), definisce società a partecipazione pubblica, oltre a quelle in controllo pubblico, già esaminate, le *“società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico”*.⁴⁷⁸

Le società a partecipazione pubblica non di controllo sono, dunque, quelle in cui la Pubblica Amministrazione o una società in controllo pubblico possiedono una quota di partecipazione sociale non di controllo.⁴⁷⁹

Per quanto riguarda gli altri soggetti di diritto privato di cui all'art. 2-bis, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013, le difficoltà interpretative relative all'esatta individuazione degli stessi derivano

⁴⁷⁵ Art. 2-bis, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013.

⁴⁷⁶ Art. 2-bis, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013.

⁴⁷⁷ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 16.

⁴⁷⁸ Art. 2, co. 1, lett. n) del D.Lgs. n. 175/2016.

⁴⁷⁹ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 17-18.

dall'omesso richiamo del requisito della partecipazione pubblica, espressamente richiesto solo per le società.

Il Legislatore fa riferimento ad associazioni, fondazioni e ad altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, dotati di determinati requisiti dimensionali (devono infatti avere un bilancio superiore a 500.000 euro), che svolgono un'attività di pubblico interesse (la quale può consistere nell'esercizio di funzioni amministrative, nell'esercizio di un'attività di produzione di beni e servizi a favore della P.A. o di gestione di servizi pubblici), ad essi affidata dalla Pubblica Amministrazione.

Si prescinde, dunque, dalla partecipazione di quest'ultima nell'organizzazione o nel capitale dei summenzionati soggetti di diritto privato.⁴⁸⁰

Alla luce di quanto sopra esposto, si può dire che il comma 3 dell'art. 2-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013 si divide in due periodi.

Il primo si riferisce alle società a partecipazione pubblica non di controllo che esercitano attività di pubblico interesse; il secondo alle associazioni, alle fondazioni e a tutti gli altri enti privati, comprese le società non partecipate da un soggetto pubblico, che hanno un bilancio superiore a 500.000 euro e che esercitano un'attività di pubblico interesse rientrante in una delle tre tipologie richiamate dal Legislatore.⁴⁸¹

Tali soggetti non sono tenuti ad adottare le misure di prevenzione della corruzione disposte dalla L. n. 190/2012, né a nominare il RPCT, dal momento che non vengono richiamati dal comma 2-*bis* dell'art. 1 della summenzionata Legge che, come già più volte ricordato, delinea l'ambito soggettivo di applicazione delle misure anticorruzione.

Sarà compito della Pubblica Amministrazione promuovere l'adozione del Modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dal D.Lgs. n. 231/2001 e delle ulteriori misure

⁴⁸⁰ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 16-17.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 17.

Prima dell'introduzione dell'art. 2-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013, secondo quanto disposto dall'ANAC nella Determinazione n. 8/2015, la partecipazione delle Pubbliche Amministrazioni nella struttura organizzativa o nel capitale delle società o degli altri enti di diritto privato era un requisito sempre richiesto. (C. A. Strazzeri, *Manuale 231. Anticorruzione e trasparenza, Linee guida per le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 14).

È solo a seguito dell'introduzione del D.Lgs. n. 97/2016, di riforma del D.Lgs. n. 33/2013, che gli enti di diritto privato non partecipati dalla Pubblica Amministrazione, né sottoposti al suo controllo, entrano a far parte del novero dei soggetti destinatari delle norme sulla trasparenza (Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 7).

dettate dalla L. n. 190/2012, possibilmente nel rispetto delle Linee guida ANAC del 2017.
482

È altresì auspicabile che le società a partecipazione pubblica non di controllo e gli altri soggetti di diritto privato sopra esaminati individuino una figura alla quale affidare le funzioni di sorveglianza relative all'attuazione delle misure di prevenzione della corruzione eventualmente adottate e all'adempimento degli obblighi di trasparenza; una preferenza è accordata dall'ANAC all'OdV.⁴⁸³

In ogni caso, le Pubbliche Amministrazioni che affidano a uno dei soggetti di cui al co. 3, dell'art. 2-*bis*, del D.Lgs. n. 33/2013 un'attività di pubblico interesse devono promuovere, limitatamente a tale attività, l'elaborazione di protocolli di legalità volti a garantire la prevenzione della corruzione.⁴⁸⁴

Le società a partecipazione pubblica non di controllo, *“ove rientranti fra gli enti regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. d), numero 2), del d.lgs. n. 39/2013, sono inoltre tenute a rispettare le norme sulla incompatibilità previste nel medesimo decreto ed, in particolare, dagli artt. 9 e 10”*.⁴⁸⁵

Per quanto riguarda gli obblighi di trasparenza, ai soggetti richiamati nel più volte citato comma 3 dell'art. 2-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013 si applicano le medesime disposizioni previste per la Pubblica Amministrazione in quanto compatibili⁴⁸⁶, *“limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea”*.⁴⁸⁷

Ciò implica che tali soggetti dovranno pubblicare sul proprio sito i dati, le informazioni e i documenti oggetto dell'obbligo di pubblicazione e garantire il diritto di accesso civico e di accesso generalizzato limitatamente alle attività di pubblico interesse esercitate; il diritto di

⁴⁸² Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 37 e ss.

⁴⁸³ *Attuazione della normativa su prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società a partecipazione pubblica: aggiornamento delle Linee guida ANAC*, Assonime, 2017, p. 17; Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 38.

⁴⁸⁴ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 38-39-40.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁸⁶ Per la definizione del criterio della compatibilità si richiama quanto già esposto nel paragrafo 2.3 del presente Capitolo.

⁴⁸⁷ Art. 2-*bis*, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013.

Per la definizione di attività di pubblico interesse si richiama quanto già esposto nel paragrafo 2.3 del presente Capitolo.

accesso civico generalizzato, così come gli altri obblighi di trasparenza, non si riferiscono, dunque, né all'organizzazione, né alle attività prive di interesse pubblico svolte dall'ente.⁴⁸⁸ Per quanto riguarda le associazioni, le fondazioni e gli altri enti interamente di diritto privato non partecipati dalla Pubblica Amministrazione, al fine di evitare che gli obblighi di trasparenza inficino la competitività di tali soggetti, che, oltre a svolgere attività di pubblico interesse, operano nel mercato concorrenziale, l'ANAC, in virtù del potere conferitogli dall'art. 3, co. 1-ter, del D.Lgs. n. 33/2013, ha individuato nell'Allegato 1 della Determinazione n. 1134/2017 obblighi di trasparenza più delimitati.⁴⁸⁹

5. Gli enti pubblici economici

Secondo il combinato disposto dell'art. 2-bis, co. 2, lett. a), del D.Lgs. n. 33/2013 e del comma 2-bis, dell'art. 1, della L. n. 190/2012, agli enti pubblici economici si applicano le disposizioni dettate dal D.Lgs. n. 33/2013 per le Pubbliche Amministrazioni, in quanto compatibili, e le altre norme in tema di prevenzione della corruzione disposte dalla L. n. 190/2012.

In particolare, gli enti pubblici economici devono:

- a) adottare un PTPCT o misure integrative del Modello di organizzazione, gestione e controllo eventualmente già adottato ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001;
- b) nominare un RPCT;

⁴⁸⁸ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 38-39.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 40.

Le norme sulla trasparenza dettate per le società a partecipazione pubblica non di controllo e per gli altri enti di diritto privato fin qui esaminati sono diverse rispetto a quelle previste in passato dal Legislatore per i medesimi soggetti.

Il previgente art. 11, co. 3, del D.Lgs. n. 33/2013, così come sostituito dall'art. 24-bis della L. n. 114/2014, disponeva che alle società a partecipazione pubblica non di controllo si applicavano *“limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le disposizioni dell'articolo 1, commi da 15 a 33, della legge 6 novembre 2012, n. 190”*; in tal senso disponeva anche l'art. 1, co. 34, della L. n. 190/2012.

Relativamente alla pubblicazione dei dati inerenti alla struttura organizzativa dell'ente, invece, si applicavano soltanto gli obblighi di trasparenza previsti dagli articoli 14 e 15 del D.Lgs. n. 33/2013, secondo quanto disposto dall'art. 22, co. 3, del medesimo Decreto.

Inoltre, secondo quanto statuito dall'ANAC nelle Linee guida del 2015, agli stessi enti si riferivano anche le norme sull'accesso civico di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013.

L'adozione del Piano triennale per la trasparenza e l'integrità, infine, era auspicabile, ma non obbligatoria.

(C. A. Strazzeri, *Manuale 231. Anticorruzione e trasparenza, Linee guida per le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Italia, 2016, pp. 12-13-14).

- c) dedicare una sezione del PTPC o del documento unico adottato alle misure relative alla trasparenza e pubblicare le stesse in una sezione del proprio sito *web* denominata “Amministrazione trasparente”;
- d) pubblicare i dati relativi alla struttura organizzativa dell’ente e alle attività da quest’ultimo esercitate, le quali devono considerarsi tutte di pubblico interesse;
- e) garantire l’esercizio del diritto di accesso civico generalizzato.⁴⁹⁰

6. I compiti delle Pubbliche Amministrazioni controllanti e partecipanti

Analizzati gli obblighi di prevenzione della corruzione e trasparenza che la Legge fa gravare direttamente sulle società e sugli altri enti di diritto privato soggetti al controllo della Pubblica Amministrazione o da essa semplicemente partecipati o vigilati, bisogna esaminare anche i compiti della Pubblica Amministrazione controllante, partecipante o vigilante.

Tali compiti possono dividersi in tre categorie.⁴⁹¹

Alla prima appartengono gli obblighi di pubblicazione dettati dall’art. 22 del D.Lgs. n. 33/2013, rubricato “*Obblighi di pubblicazione dei dati relativi agli enti pubblici vigilati, e agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato*”.⁴⁹²

In particolare ciascuna Pubblica Amministrazione deve pubblicare e aggiornare ogni anno:

- a) *l’elenco degli enti pubblici, comunque denominati, istituiti, vigilati o finanziati dall’amministrazione medesima nonché di quelli per i quali l’amministrazione abbia il potere di nomina degli amministratori dell’ente, con l’elencazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell’amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate;*
- b) *l’elenco delle società di cui detiene direttamente quote di partecipazione anche minoritaria indicandone l’entità, con l’indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell’amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate;*
- c) *l’elenco degli enti di diritto privato, comunque denominati, in controllo dell’amministrazione, con l’indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in*

⁴⁹⁰ Determinazione ANAC n. 1134 dell’8/11/2017, p. 43.

⁴⁹¹ *Ibidem*, pp. 43-44.

⁴⁹² Art. 22 del D.Lgs. n. 33/2013.

favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate. Ai fini delle presenti disposizioni sono enti di diritto privato in controllo pubblico gli enti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti costituiti o vigilati da pubbliche amministrazioni nei quali siano a queste riconosciuti, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi;

d) una o più rappresentazioni grafiche che evidenziano i rapporti tra l'amministrazione e gli enti di cui al precedente comma;

d-bis) i provvedimenti in materia di costituzione di società a partecipazione pubblica, acquisto di partecipazioni in società già costituite, gestione delle partecipazioni pubbliche, alienazione di partecipazioni sociali, quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati e razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, previsti dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124.⁴⁹³

In relazione ai soggetti sopra indicati, la Pubblica Amministrazione deve pubblicare una serie di dati, tra cui il trattamento economico riservato a ciascuno di essi, elencati nel comma 2 dell'art. 22 del D.Lgs. n. 33/2013.

Gli enti richiamati dal sopracitato art. 22 sono più numerosi di quelli rilevanti ai sensi dell'art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013.

Ciò dipende dal fatto che gli obblighi di pubblicazione gravanti sulla Pubblica Amministrazione e quelli gravanti sui singoli soggetti di diritto privato rispondono a logiche diverse, dal momento che i primi sono dettati dal Legislatore al fine di fornire ai consociati, oltreché all'ANAC nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza, un quadro completo delle partecipazioni pubbliche; il secondo gruppo di obblighi di pubblicazione, invece, ha lo scopo di soddisfare il diritto dei cittadini di conoscere la realtà di soggetti di diritto privato che forniscono un servizio di pubblico interesse.⁴⁹⁴

Le altre due categorie di funzioni affidate alla Pubblica Amministrazione controllante, partecipante o vigilante riguardano la promozione dell'adozione del MOG e delle ulteriori misure di prevenzione della corruzione dettate dalla L. n. 190/2012, comprensive della nomina del RPCT (ove gli enti di diritto privato non vi siano obbligati per Legge) e la vigilanza sull'attuazione delle misure medesime.

⁴⁹³ Art. 22, co. 1, lettere a), b), c), d), d-bis), del D.Lgs. n. 33/2013.

⁴⁹⁴ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, pp. 44-45.

Quest'ultimo compito viene adempiuto prevedendo nel PTPCT della Pubblica Amministrazione una serie di verifiche aventi ad oggetto la realtà degli enti controllati, partecipati o comunque vigilati in virtù delle attività di pubblico interesse ad essi affidate. Occorre precisare che, in caso di controllo congiunto da parte di più Pubbliche Amministrazioni, queste ultime devono accordarsi circa la Pubblica Amministrazione deputata a espletare le suddette funzioni di vigilanza.⁴⁹⁵

7. Le funzioni di vigilanza dell'ANAC

Anche all'ANAC sono affidati poteri di vigilanza e talvolta sanzionatori nei confronti non solo degli enti di diritto privato richiamati nell'art. 2-*bis* del D.Lgs. n. 33/2013, ma anche delle Pubbliche Amministrazioni che li controllano, che partecipano alla loro struttura o capitale sociale e che, come esaminato nel paragrafo precedente, vigilano sulle attività di pubblico interesse da essi esercitate.⁴⁹⁶

Per quanto riguarda gli enti privati controllati o partecipati dalla Pubblica Amministrazione, l'ANAC ha il compito di vigilare sull'adozione e attuazione delle misure anticorruzione, le quali devono confluire in un documento unitario o in una sezione del MOG, ove adottato; l'esercizio delle funzioni di vigilanza riguarda, come è ovvio, solo gli enti che sono soggetti per Legge all'adozione delle suddette misure, ossia i soggetti richiamati dall'art. 2-*bis*, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013.

*“La mancata adozione del documento equivale a mancata adozione del PTPC ed è sanzionabile in applicazione dell'art. 19, co. 5 del d.l. n. 90 del 2014”.*⁴⁹⁷

L'attività di vigilanza riguarda altresì la nomina del RPCT e l'effettiva indipendenza di quest'ultimo.

Per quanto riguarda la trasparenza, l'ANAC vigila sull'adempimento degli obblighi di pubblicazione che, in misura differente, come esaminato nei paragrafi precedenti, gravano sugli enti controllati, partecipati o vigilati da un soggetto pubblico.

Il responsabile della pubblicazione che non adempie a un simile obbligo, secondo quanto disposto dall'art. 45, co. 4, del D.Lgs. n. 33/2013, commette un illecito disciplinare.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, pp.45-46.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁴⁹⁷ Determinazione ANAC n. 1134 dell'8/11/2017, p. 47.

L'ANAC, in questo caso, ha il potere-dovere di segnalare l'illecito a un ufficio disciplinare istituito all'interno dell'ente interessato o, in sua assenza, al RPCT e all'organo di indirizzo dell'ente medesimo.

Infine, poteri sanzionatori derivano all'ANAC dall'art. 47 del D.Lgs. n. 33/2013, esercitabili nei confronti di colui che omette di comunicare al proprio ente i dati indicati nell'articolo medesimo.⁴⁹⁸

Per quanto riguarda le Pubbliche Amministrazioni, l'ANAC ha il dovere di vigilare sull'attuazione dei compiti ad esse affidate in relazione agli enti privati controllati, partecipati o vigilati (per un approfondimento si rimanda a quanto esposto nel paragrafo precedente).

In questa sede si ritiene doveroso soltanto sottolineare che, nel caso in cui la Pubblica Amministrazione ometta di inserire nel proprio PTPCT una sezione dedicata alla vigilanza sugli enti di diritto privato sopracitati, ciò è considerato dall'ANAC al pari dell'omessa adozione del PTPCT.⁴⁹⁹

8. Conclusioni

Alla luce di quanto è stato detto, alcune riflessioni appaiono doverose.

La L. n. 190/2012 e il D.Lgs. n. 231/2001 presentano numerosi elementi di diversificazione. Ai sensi della prima rilevano soltanto i reati di corruzione, di cui viene avallata un'interpretazione ampia, comprensiva anche della cosiddetta *maladministration*.

I reati presupposto della responsabilità dell'ente contemplati nel D.Lgs. n. 231/2001, invece, sono di natura molto varia (reati ambientali, societari, di terrorismo e così via).

Tra di essi rientrano anche alcuni reati contro la Pubblica Amministrazione, tassativamente richiamati dal Decreto, che della corruzione abbraccia una nozione restrittiva.

Differenti sono i soggetti sanzionabili e, in generale, come si è detto al paragrafo 8 del Capitolo 2, il sistema sanzionatorio utilizzato.

Diverso, infine, è l'ambito soggettivo di applicazione, fatta eccezione per gli enti pubblici economici e per le società e gli altri enti di diritto privato a partecipazione pubblica.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pp. 47-48.

Ciononostante sia la L. n. 190/2012 che il D.Lgs. n. 231/2001 rappresentano due baluardi nella lotta alla corruzione.

Entrambe le normative abbracciano l'idea secondo cui non è sufficiente l'intervento dello Stato per reprimere il fenomeno corruttivo, ma è necessario un radicale mutamento culturale, che in un contesto pubblico o aziendale si traduce nell'adozione di *policy* anticorruzione e di un Modello o di un Piano che dettano le condotte e l'impianto procedurale e disciplinare da attuare al fine di prevenire la commissione di reati corruttivi, ferma l'applicazione di sanzioni di natura penale ove ciò avvenga.

La Pubblica Amministrazione e le società non si limitano, dunque, a essere spettatori o soggetti passivi dell'azione repressiva dello Stato, ma collaborano con quest'ultimo nella lotta alla corruzione.⁵⁰⁰

Una simile rivoluzione normativa ha avuto esiti senz'altro positivi che hanno risollevato non poco le sorti del nostro Paese, storicamente uno dei più afflitti a livello europeo dal fenomeno corruttivo.

Tuttavia, come ogni conquista, anche questa ha il suo prezzo e in questo caso a pagarlo sono soprattutto gli enti pubblici economici, le società e gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico.

Sino all'entrata in vigore della L. n. 190/2012, infatti, il quadro era alquanto lineare: alle società di diritto privato, agli enti pubblici economici e alle società a partecipazione pubblica si applicava il sistema delineato dal D.Lgs. n. 231/2001; gli enti pubblici non economici, invece, rappresentavano una zona franca.

La L. n. 190/2012, la cui sfera soggettiva di applicazione era inizialmente limitata alle sole Pubbliche Amministrazioni, entra in vigore per rimediare a questa disparità di trattamento.

A complicare il quadro di riferimento è in un primo momento il PNA del 2013, che estende l'applicabilità della Legge sopracitata agli enti pubblici economici e alle società in controllo pubblico; in un momento successivo a complicarlo ulteriormente è l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 97/2016, che conferma l'orientamento interpretativo dell'ANAC.

Da questo momento in poi gli enti pubblici economici e le società pubbliche diventano "vittime" della superfetazione normativa, essendo gli unici destinatari sia del D.Lgs. n.

⁵⁰⁰ A. Monea, *D.Lgs. n. 190/2012 e D.Lgs. n. 231/2001: due normative a tutela dell'integrità organizzativa. Profili di confronto*, Wolters Kluwer Italia, 2014, pp. 339-340.

231/2001 che della L. n. 190/2012, il cui coordinamento, come si è avuto modo di analizzare più volte nel corso dell'opera, non è sempre semplice e immediato.

Poiché alle società di diritto privato si applica esclusivamente il D.Lgs. n. 231/2001 e alle Pubbliche Amministrazioni la L. n. 190/2012, ad essere violato è un importante principio di diritto sostanziale, quello di uguaglianza.

Ma questa non è l'unica criticità del sistema di lotta alla corruzione che si sta via via sempre più delineando.

Di discutibile legittimità sono anche gli interventi dell'ANAC, che di fatto esercita il potere ed adempie ai compiti che in via teorica dovrebbero spettare al Legislatore, il quale sempre più spesso si limita a formalizzare le riforme di natura sostanziale già introdotte dall'Autorità anticorruzione.

Si potrebbe inoltre sostenere che alle società, soprattutto quelle a partecipazione pubblica, non è chiesta una semplice collaborazione con lo Stato nella lotta alla corruzione, quanto di intraprendere la stessa al suo posto, come dimostrano gli innumerevoli obblighi che gravano sulle suddette società.

Adempiervi implica un notevole dispendio di risorse economiche, che non viene spesso ripagato dalle pronunce giurisprudenziali, stante il tendenziale scetticismo dei giudici nel giudicare un Modello idoneo alla prevenzione dei reati.⁵⁰¹

Questi elementi, uniti all'esistenza di norme a tratti poco coordinate e di difficile lettura e alla copiosità delle Determinazioni ANAC cui si deve far riferimento, pongono gli enti pubblici economici e le società a partecipazione pubblica in una posizione scomoda, altamente esposta al rischio di errore, circostanza alquanto allarmante dati i profili di responsabilità che ne derivano.

Nella lotta alla corruzione non si deve e non si può tornare indietro e i risultati positivi del meccanismo preventivo introdotto nel 2001 e consolidatosi nel 2012 lo dimostrano; ciononostante bisognerebbe ripensare ad alcuni meccanismi viziati, tenendo conto dei punti critici sopracitati.

⁵⁰¹ F. Auletta, *I controlli nelle società pubbliche. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175. T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Zanichelli Editore, 2017, pp. 159 e ss.

Bibliografia

A. Coen, *Le norme anticorruzione, gli obblighi di trasparenza e pubblicità-Sintesi per concorsi pubblici. Sintesi aggiornata per concorsi pubblici della Legge 190/2012 e del decreto 33/2013*, 2018.

Aita G., Aita A., Boccuni S., Stilla V., *La Legge anticorruzione e la sua applicazione per i soggetti privati in controllo pubblico*, in *Rivista231*, 2015.

Aita G., Aita A., Stilla V., *Le Determinazioni dell'ANAC inerenti all'aggiornamento 2015 del Piano Nazionale Anticorruzione e al regime applicabile agli enti di diritto privato in controllo pubblico*, in *Rivista231*, 2016.

Altalex, *Anticorruzione nella Pa: le novità in tema di semplificazione, pubblicità e trasparenza*, in www.altalex.com, 2017.

ANAC, *“Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97”* del 16/11/2016.

ANAC, Allegato 1 al Piano Nazionale Anticorruzione 2013.

ANAC, Allegato 2 al Piano Nazionale Anticorruzione 2013.

ANAC, Delibera n. 1208 del 22/11/2017.

ANAC, Delibera n. 1310 del 28/12/2016.

ANAC, Delibera n. 382 del 12/04/2017.

ANAC, Determinazione n. 1134 del 8/11/2017.

ANAC, Determinazione n. 12 del 28/10/2015.

ANAC, Determinazione n. 1309 del 28/12/2016.

ANAC, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015.

ANAC, Determinazione n. 8 del 17/06/2015.

ANAC, *Piano di riordino (ai sensi dell'art. 19, comma 3 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114)*, Gazzetta Ufficiale n. 76 del 1/04/2016.

ANAC, Piano Nazionale Anticorruzione del 2013.

ANAC, Piano Nazionale Anticorruzione del 2016.

ANAC, *Whistleblowing. La Legge pubblicata in Gazzetta Ufficiale. Anac predisporrà un ufficio apposito per le segnalazioni*, Comunicazione del 15/12/2017.

Andracchio D., *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Giustamm, Rivista di diritto amministrativo*, 2016.

Arena M., *La responsabilità amministrativa delle imprese: il D.Lgs. n. 231/2001. Normativa, Modelli organizzativi, temi d'attualità*, Nuova Giuridica Editore, 2015.

Arena M., *Piani di prevenzione della corruzione e Modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista231*, 2014.

Artusi M. F., Vernerio P., *231 e anticorruzione: punti interrogativi per le società partecipate «non in controllo pubblico»*, in *Rivista231*, 2016.

Attuazione della normativa su prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società a partecipazione pubblica: aggiornamento delle Linee guida ANAC, Assonime, 2017.

Auletta F., *I controlli nelle società pubbliche. D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175. T.U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Zanichelli Editore, 2017.

Bartolomucci S., *L'annoso problema delle società partecipate pubbliche: spunti di riflessione su natura ed organizzazione muovendo dalla relazione 2014 della Corte dei Conti*, in *Rivista231*, 2014.

Bartolomucci S., *Le Linee guida di A.N.A.C. per le società in mano pubblica: un'occasione mancata per l'enforcement della normativa su anticorruzione e trasparenza*, in *Rivista231*, 2015.

Bascelli M., *L. 190/2012 (cd. Legge anticorruzione): il primo approccio del legislatore italiano ai whistleblowing schemes*, in *Rivista231*, 2013.

Battaglia F., *Sulla disciplina degli incarichi esterni ai pubblici dipendenti*, in www.diritto.it, 2002.

Bianchi F., *Focus sul codice etico, modalità di redazione e contenuti*, in *Rivista231*, 2011.

Bonfigli S. "L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione." *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, il Mulino (2010): 109-127.

Borgia Cesare, *Linee guida ANAC: natura giuridica e portata applicativa*, in www.italiappalti.it, 2018.

Borsari R., Falavigna F., *Whistleblowing, obbligo di segreto e «giusta causa» di rivelazione*, in *Rivista231*, 2018.

Buzzi A. M., *OIV- Organismo Indipendente di Valutazione della Performance*, in www.beniculturali.it, 2018.

Calzone C., *Linee guida A.N.A.C.: implicazioni pratiche sulle metodologie di individuazione e valutazione dei rischi di corruzione nelle società in controllo pubblico*, in *Rivista231*, 2015.

Canaparo P., *La rotazione del personale come strumento di prevenzione della corruzione*, in www.leggioggi.it, 2015.

Carmen, F. et al., *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni: comportamenti in ufficio e al di fuori di esso, mobbing, incompatibilità ambientale, molestie sessuali: commento al DM 28 novembre 2000 aggiornato con la L. 15/2005 sull'azione amministrativa*, Giuffrè Editore, 2005.

Cass. civ., S.U., 26 agosto 1998 n. 8454, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2024.

Cass. civ., S.U., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro.it.*, 1996, 1363.

Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2011, n. 234, in olympus.uniurb.it

Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699, in www.altalex.com, 2010.

Cass. Sez. U., 24 ottobre 2013, Maldera e a., n. 12228, *FI*, 2014.

Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2015, M.G., n. 8963, *CED*, 262503.

Ceresa-Gastaldo M., *Procedura penale delle società*, G. Giappichelli Editore, 2015.

Chilosi M., *L'aggiornamento dei Piani triennali di prevenzione della corruzione da parte delle società pubbliche in attuazione del nuovo PNA e delle Linee guida dell'ANAC sulle partecipate*, in *Rivista231*, 2016.

Cingari F., *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, 2013.

Cingari F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto «integrato»*, Giappichelli Editore, 2012.

Cirillo N., *Il Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza –RPCT. Dalla legge n. 190/2012 al decreto legislativo n. 97/2016: come cambia la figura del responsabile della prevenzione della corruzione. Legalità, etica e anticorruzione*, www.consiglionazionaleforense.it, 2017.

Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013.

Confindustria, *La disciplina in materia di whistleblowing. Nota illustrativa*, 2018.

Cornish D., Clarke R. V., *The Reasoning Criminal*, Springer- Verlag, 1986.

D'Acquarone V., *Ulteriori riflessioni sui Modelli organizzativi alla luce della relazione ANAC*, in *Rivista231*, 2017.

Davigo P., Mannozi G., *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, 2007.

De Luca Giuseppe, *La repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica amministrazione*, in www.diritto.it, 2017.

Del Regno V., *La responsabilità derivante dal D.lgs. 231/2001 per le società partecipate. Ambito di applicabilità, obblighi e sanzioni dopo la sentenza n. 234/2011*, in www.promopa.it

Eberle C., *Le società pubbliche e il testo unico sulle partecipate. Appunti per un primo inquadramento dogmatico, per alcuni profili operativi anche con riferimento alle possibili interferenze con il diritto societario e della crisi d'impresa*, Wolters Kluwer, 2016.

Fabiano S., *Società partecipate e anticorruzione: i chiarimenti della Determinazione ANAC 8/2015*, in www.promopa.it

Faini F., *I volti della trasparenza dopo il d.lgs. 97/2016*, in www.forumpa.it, 2017.

Felici G., *Dall'etica ai codici etici. Come l'etica diventa progetto d'impresa*, FrancoAngeli, 2005.

Ferraro F., Gambacurta S., *Anticorruzione. Commento alla riforma. La legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi. D.Lgs. 235/2012 (Incandidabilità), D.Lgs. 33/2013 (Trasparenza), D.Lgs. 39/2013 (Incompatibilità), D.P.R. 62/2013 (Codice comportamento), D.P.C.M. 18 aprile 2013 (White List)*, Maggioli Editore, 2013.

Ferruccio, Capalbo, *Società a partecipazione pubblica e servizi pubblici locali. Inquadramento sistematico e disciplina alla luce del D.Lgs. 175/2016 e della sentenza della Corte costituzionale 251/2016*, Edizione Simone, 2017.

Gatta G. L., *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e "induzione indebita": minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito. Cass. pen., S.U., 24.10.2013 (dep. 14.3.2014), n. 12228, Pres. Santacroce, Rel. Milo, ric. Maldera*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

Hinna L., Scinicariello M., *La gestione del rischio di corruzione: processo e strumenti*, in www.prefettura.it, 2013.

Iasi R., *Modelli organizzativi per la prevenzione della corruzione*, Iasi Raffaele Editore, 2014.

Il Piano delle performance nella pubblica amministrazione. Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle PA, delibera 28/10/2010 n° 112, in www.altalex.com, 2010.

Imperiali R., *Le modifiche anticorruptive al D.Lgs. n. 231/2001 apportate dalla L. n. 190/2012, in Diritto24 de Il Sole 24 Ore, 2014.*

Imperiali R., *Publicato il primo report della Commissione sull'anticorruzione nella Unione europea, tratto da Diritto24 de Il Sole 24 Ore, 2014.*

Ippolito M., *Il Modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 «integrato» dalle misure anti-corruzione nelle società partecipate non in controllo pubblico, in Rivista231, 2016.*

Ippolito M., *L'Organismo di Vigilanza nelle società a partecipazione pubblica: la specificità dei controlli richiesti anche in una prospettiva di fraud prevention, in Rivista231, 2017.*

Ippolito M., *Società a partecipazione pubblica tra piano per la prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e Modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001: possibili soluzioni operative, in Rivista231, 2014.*

Jannone A., *Corruzioni, frodi sociali e frodi aziendali, FrancoAngeli, 2015.*

Jannone A., Maccani I., *Corruzione e anticorruzione in Italia. Pubblico e privato, trasparenza e appalti, prevenzione e contrasto, FrancoAngeli, 2017.*

La disciplina delle erogazioni pubbliche ex art. 1, commi 125-129, della legge n 124/2017: alcune questioni in vista dell'attuazione, Assonime, 2018.

La responsabilità amministrativa degli Enti ex D.Lgs. 8 giugno, 2001-n° 231/2001, in economia.unipv.it

Lattanzi G., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Giuffrè Editore, 2010.*

M. Monti, introduzione al *Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, in trasparenza.formez.it, 2012.

Macrillò A., *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione. Alla luce della Legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190*, CEDAM, 2012.

Maltoni F., *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici in Consiglio dei Ministri*, in www.diritto.it, 2017.

Manacorda C., *Ampliamento della nozione di controllo per le società pubbliche: ulteriori profili problematici nell'applicazione del decreto 231 presso le stesse*, in *Circolare 231. Approfondimenti, notizie e informazioni della Rivista231*, 2017.

Manacorda C., *Decreto 231 e Legge 190: l'anticorruzione allinea privato e pubblico*, in *Rivista231*, 2014.

Manacorda C., *Il "buon andamento" della Pubblica Amministrazione: i contributi del Decreto 231*, in *Rivista231*, 2012.

Manacorda C., *Il nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: le presenze del decreto 231*, in *Rivista231*, 2016.

Manacorda C., *Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica: quali spazi per il Decreto 231?*, in *Rivista231*, 2017.

Manacorda C., *Le nuove Linee guida dell'ANAC 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: il ruolo al proposito del decreto 231*, in *Rivista231*, 2018.

Manacorda C., *Modello di organizzazione e di gestione ex Decreto 231 e adempimenti anticorruzione e sulla trasparenza: una convivenza problematica*, in *Rivista231*, 2017.

Manacorda C., *Società ed enti controllati e partecipati da pubbliche amministrazioni e norme anticorruzione: il ruolo del decreto 231 nell'interpretazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e del Ministero dell'Economia e delle Finanze*, in *Rivista231*, 2015.

Manacorda C., *Società in controllo pubblico e affidamenti in house: riflessi sul Modello di organizzazione e gestione e sui compiti dell'Organismo di Vigilanza previsti dal decreto 231*, in *Circolare 231. Approfondimenti, notizie e informazioni della Rivista231*, 2017.

Manzillo Foglia F., *A proposito delle Linee guida dell'A.N.A.C. sulle società partecipate da enti pubblici: quando la soft law diviene hard law*, in *Rivista231*, 2015.

Massari A., *La trasparenza negli appalti pubblici tra nuovo codice degli appalti ed il decreto legislativo 97/2016*, in www.appaltiecontratti.it, 2016.

Mattarella B. G., *“Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione”*, in www.masterprocurement.it, 2012.

Mattarella B. G., Pelissero M., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, 2013.

Merloni F., *La nuova disciplina degli incarichi pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013.

Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, *Circolare n. 2/2017*.

Monea A., *D.Lgs. n. 190/2012 e D.Lgs. n. 231/2001: due normative a tutela dell'integrità organizzativa. Profili di confronto*, Wolters Kluwer Italia, 2014.

Morello A., *La riforma delle società a partecipazione pubblica: le principali indicazioni del Testo Unico sul governo societario*, in *Diritto24 del Il Sole 24 Ore*, 2016.

Morone A. F., *Concussione, induzione indebita e corruzione. Luci ed ombre dopo le Leggi 190/2012 e 69/2015*, Key Editore, 2016.

Palumbo P. A., *Innovato il Whistleblowing, l'ANAC sdogana TOR*, in www.leggioggi.it, 2018.

Pecorario L., *La responsabilità 231 della società in house: il controllo analogo, gli apicali di fatto e la necessità di un'interpretazione estensiva dell'art. 5 del decreto*, in *Rivista231*, 2016.

Petrillo F., *Il Responsabile della prevenzione della corruzione ex L. 190/2012 e l'Organismo di Vigilanza ai sensi del D.Lgs. 231/2001: ruoli e responsabilità. Due figure sovrapponibili?*, in *Rivista231*, 2014.

Piccinni M. L., *Il delitto di concussione quale reato presupposto per la configurazione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, alla luce della nuova legge anticorruzione*, in *Rivista231*, 2015.

Previtali P., *Forma e responsabilità organizzativa ai sensi del decreto legislativo 231/2001*, Aracne, 2012.

Rostagno S., *Società a partecipazione pubblica strumentali e gestori di servizio pubblico dopo l'art. 24 bis L. 114/2014: Modello 231 e adempimenti ex art. 10 e 43 D.Lgs. 33/2013 S.M.I.*, in *Rivista231*, 2015.

Rubino E., *Il rapporto tra i sistemi di controllo e la lotta alla corruzione nelle società pubbliche: il protocollo d'intesa tra Anac e Corte dei conti, le linee guida e il Piano Nazionale Anticorruzione dell'Anac*, in www.lab-ip.net, 2017.

Sabetta S., *Il piano triennale di prevenzione della corruzione*, in www.diritto.it, 2018.

Sacerdoti G., *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla Convenzione OCSE 1997 al Decreto n. 231/2001*, Egea, 2003.

Saltari L., *Enti di diritto privato regolati o finanziati nel d.lgs. n. 39/2013. Chiarimenti sulla finalità della disciplina e sul suo ambito di applicazione. Ipotesi per una sua migliore formulazione*, in www.anticorruzione.it, 2015.

Santi F., *Responsabilità da reato degli enti e modelli di esonero*, Giuffrè Editore, 2016.

Santoriello C., *La disciplina in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche e le società a partecipazione pubblica: ragioni e perplessità nella Determinazione della sfera di applicazione del D.Lgs. 231/2001*, in *Rivista231*, 2017.

Sarcone V., *La gestione della politica di prevenzione della corruzione e le regole sulla incompatibilità e inconferibilità nella PA: il d.lgs. 39/2013*, in eventipa.formez.it, 2014.

Sarcone V., Tartaglione M., *Prevenzione della corruzione e trasparenza nelle amministrazioni pubbliche e negli altri soggetti pubblici e privati individuati dalla disciplina vigente*, Sapidata, 2015.

Sargenti M., *L'applicazione della L. 190/2012 con particolare riferimento agli enti pubblici economici e agli enti di diritto privato in controllo pubblico*, in *Rivista231*, 2014.

Sbisà F., *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Ipsoa, 2017.

Sergio L., *L'inconferibilità degli incarichi dirigenziali secondo l'ANAC*, in www.altalex.com, 2015.

Strazzeri C. A., *Manuale 231. Anticorruzione e trasparenza, Linee guida per le società a partecipazione pubblica*, Wolters Kluwer Italia, 2016.

Talenti A., Rivera G., *La Legge n. 179 del 30 novembre 2017: accresciute le tutele del “whistleblower”*, in *Diritto24 de Il Sole 24 Ore*, 2018.

Tasciotti U., *La trasparenza e l'anticorruzione*, Aracne Editore, 2016.

Tenca A, Di Lorenzo A., Zaggia E., *Modello 231 nelle Società controllate da P.A. ed Enti pubblici*, in www.eclegal.it, 2017.

Tondi G., *Enti pubblici economici, enti strumentali di istituzioni territoriali, società partecipate dalle pubbliche amministrazioni: obbligatorio il MOGC 231*, in *Rivista231*, 2013.

Trasparenza, Anticorruzione e 231, di Davoli, Guiducci, Nobile, Arecco, 2017, Wolters Kluwer Italia e www.responsabilitàimpresa.it

Urbano G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2012.

Varchetta V., *La trasparenza come strumento di prevenzione della corruzione. Evoluzione normativa e profili giuridici*, in www.filodiritto.com, 2018.

Velliscig M., *Gli obblighi di trasparenza dell'art. 29 D.Lgs. n. 50/2016*, in www.appaltinforma.it, 2017.

Vignoli F., *L'organismo di diritto pubblico nella giurisprudenza penale con particolare riferimento alla responsabilità dell'ente*, in *Rivista231*, 2014.

Vignoli F., *Questioni controverse in materia di società pubbliche: le risposte del T.U. n. 175/2016*, in *Rivista231*, 2018.

Voltan F., Caratozzolo I., *Riflessioni in tema di codice etico integrato ai sensi del D.P.R. 62/2013 nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista231*, 2015.