
Modello organizzativo 231 e OdV delle partecipate pubbliche

EDIZIONE 1.0 - 20 febbraio 2014

Il documento è stato elaborato da un Gruppo di studio, coordinato da Sandro Bartolomucci, composto dai seguenti associati all'AODV²³¹: Francesco Attisano, Cinzia Bernardini, Giuseppe Cammaroto, Antonio Castro, Fabrizio De Fabritiis, Alfonso Dell'Isola, Emanuele D'Innella, Pia Grohmann, Ahmed Laroussi, Domenico Miluzzo, Barbara Molle, Nicola Nicoletti, Michele Nitti, Raffaella Quintana e da: Maurizio Arena, Antonio Cavallaro, Daniele Fantacci, Sonia Mazzucco, Massimo Spinozzi.

E' stato approvato dal Consiglio Direttivo dell'AODV²³¹ in data 20 gennaio 2014.

Indice

1 – Premessa

2 – Le previsioni del Decreto

2.1 Gli enti esclusi

2.2 Sanzionabilità delle partecipate pubbliche

3 – Natura soggettiva e caratteri distintivi delle partecipate pubbliche

3.1 *Background* storico e quadro normativo di riferimento

4 – Configurabilità di un modello 231 “ad hoc”

4.1 Prescrizioni normative di fonte secondaria

4.2 Codice etico

4.3 Mappatura dei rischi-reato

4.4 Protocolli comportamentali

4.5 Sistema disciplinare interno

5 – L’Organismo di Vigilanza

5.1 Requisiti soggettivi, selezione, nomina.

5.2 Compenso

5.3 Budget finanziario di dotazione

5.4 Profilazione dell’organismo

5.5 Controlli e flussi informativi

5.6 Responsabilità per danno erariale

6 – Conclusioni

1. Premessa

Il presente documento illustra i risultati degli approfondimenti effettuati da un Gruppo di studio costituito da Associati di AODV²³¹ (composto da giuristi, aziendalisti, accademici e cultori della materia) che ha preso le mosse da due importanti pronunce della Corte di Cassazione, Sezione II Penale: la n. 28.699 del 2010 e la n. 234 del 2011.

Tali sentenze hanno ribadito un importante principio: l'applicazione alle società partecipate pubbliche della normativa di cui al d.lgs. n. 231/2001 (il "Decreto"), in quanto enti societari esercenti attività imprenditoriale in base al diritto comune, sebbene preordinata all'erogazione di servizi di rilevanza o interesse pubblico.

L'analisi svolta ha riguardato le difficoltà legate agli aspetti applicativi del principio sancito dalla Suprema Corte, imputabili non solo al difetto di un concetto unitario di società a partecipazione pubblica, alla polivalenza della sua nozione e alla mancanza di una disciplina sistematica di riferimento, quanto, principalmente, alle incertezze su come un modello organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001 (il "Modello 231") debba concretamente essere strutturato e operare per siffatti enti collettivi¹.

Infatti, sebbene si tratti di enti costituiti in forma societaria, l'operatività di molteplici deroghe al diritto comune, di matrice tipicamente pubblicistica, produce l'edulcorazione della dichiarata natura di imprese privatistiche *tout court*.

L'indagine svolta col presente *Position Paper* si è quindi concentrata su tre questioni: i) la configurabilità (o meno) di uno standard normativo di Modello 231 specifico per le società partecipate pubbliche; ii) in difetto, la ricerca e, se possibile, la tipizzazione almeno di alcuni caratteri peculiari e distintivi delle singole componenti del Modello 231, in linea con la configurazione normativa e giurisprudenziale di siffatti enti; iii) gli aspetti inerenti all'Organismo di Vigilanza.

Rispetto alle peculiarità rilevate, vengono altresì prospettate talune soluzioni e sollevati alcuni spunti critici, specie con riferimento ad architettura e funzionalità del Modello 231, anche in un'ottica *de iure condendo*².

2. Le previsioni del Decreto

Il Decreto individua quali soggetti destinatari della normativa sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche gli "*enti forniti di personalità giuridica e le società e associazioni anche prive di personalità giuridica*" (art. 1, comma 2), escludendo gli "*enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale*" (art. 1, comma 3).

¹ Si tratta di una realtà di circa 3.800 società di capitali partecipate da enti locali, a cui se ne aggiungono altre, non quotate, partecipate da amministrazioni statali ed operanti in variegati settori. Fonte: "Indagine sul fenomeno della partecipazione in società e in altri organismi da parte di comuni e province", Corte dei Conti, 22 giugno 2010.

² Il presente studio è stato condotto con riferimento al quadro normativo e giurisprudenziale vigente alla data di stesura del documento (31.12.2013).

Il Legislatore del 2001 ha quindi ricompreso nell'ambito di applicazione del Decreto un numero di realtà collettive potenzialmente molto vasto, senza specificare quale forma giuridica queste possano rivestire.

2.1 Gli enti esclusi

Se l'indicazione degli enti privatistici è operata dai commi 1 e 2 in positivo, quella degli enti di natura pubblicistica è operata per esclusione. Non sono soggetti alla disciplina del d. lgs. 231/2001:

- gli enti pubblici territoriali: oltre allo Stato (espressamente menzionato), le Regioni, i Comuni, le Province, le Comunità montane, le Comunità isolate o di arcipelago, le Unioni di Comuni che raggruppano diversi enti territoriali per il perseguimento di finalità comuni;

- gli enti di rilievo costituzionale: esercenti istituzionalmente funzioni essenziali per lo Stato, che non possono essere sospese. Sono tali gli organi dello Stato, quelli che svolgono funzioni legislative, giurisdizionali e di governo (Parlamento, Presidente della Repubblica, Corte Costituzionale, i diversi organi della Giurisprudenza ordinaria, amministrativa, contabile e speciale, Consiglio dei Ministri, Consiglio Superiore della Magistratura, sindacati e partiti politici);

- gli altri enti pubblici non economici: l'esclusione, come esplicitato nella Relazione accompagnatoria al Decreto, risponde a diverse esigenze collegate alla natura pubblica e non economica dell'attività espletata ed è volta a evitare ripercussioni negative che l'applicazione delle sanzioni scaricherebbe sull'intera collettività. Sono ricompresi in questa categoria gli enti pubblici associativi istituzionali (collegi e Ordini professionali), gli enti che non svolgono, esclusivamente o prevalentemente, attività lucrativa o economica e sono definiti pubblici da leggi speciali (ad es. ACI e CRI), nonché quelli che erogano un pubblico servizio (ASL, AO, scuole e università pubbliche).

Se appare dunque incontestabile l'applicazione del Decreto agli enti pubblici economici, un vasto dibattito ha riguardato le altre realtà e/o società pubbliche, anche per la mancanza di una definizione univoca delle stesse ³.

Le due recenti pronunce della S.C., la n. 28699 del 21 luglio 2010 e la n. 234 del 10 gennaio 2011, hanno ribadito e argomentato la riconducibilità al Decreto delle società partecipate pubbliche in ragione della loro natura di imprese operanti secondo le norme del diritto privato, sebbene – come vedremo – tale assunto confligga con talune disposizioni normative.

³ In dottrina viene riferita al regime previsto da normative speciali, o alla soggezione al controllo e indirizzo di enti pubblici, o ancora alla ricorrenza di uno schermo societario formale, che non preclude l'applicazione del diritto amministrativo.

Tra le ragioni che supportano tale conclusione⁴ vi è, in primo luogo, l'inclusione fra i reati-presupposto proprio dei delitti di corruzione passiva del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, nonché di concussione.

Com'è noto, le qualifiche soggettive di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio devono essere ricostruite avendo riguardo alle funzioni concretamente esercitate, anche a prescindere dall'appartenenza formale dell'autore del fatto a una Pubblica Amministrazione. L'area della responsabilità degli enti, quando siano commessi i reati sopra indicati, vede pertanto coinvolti sia soggetti privati, sia soggetti pubblici, a patto che svolgano attività oggettivamente qualificabili come pubblica funzione amministrativa o come servizio pubblico, sulla scorta dell'esegesi degli artt. 357 e 358 c.p.⁵.

La Cassazione ha affermato che nei confronti di questi soggetti l'applicabilità della normativa si giustifica in quanto *“la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina de qua, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica”*.

Con riferimento, poi, alle *“funzioni di rilievo costituzionale”*, la Corte ha precisato che la deroga all'applicazione del Decreto va intesa in senso restrittivo, non potendosi ritenere operante ogni qualvolta un'attività di interesse pubblico e avente una ricaduta su beni costituzionalmente garantiti venga trasferita a un ente costituito in forma societaria nel rispetto del principio di economicità, proprio dell'attività imprenditoriale⁶.

2.2 Sanzionabilità delle società partecipate pubbliche

L'impatto del sistema sanzionatorio del Decreto nei confronti delle società partecipate pubbliche ha alimentato un ventaglio di riflessioni critiche.

Si è osservato⁷ che a quelle che erogano servizi pubblici non potrebbero infatti applicarsi il divieto di pubblicizzarli, la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni, né l'interdizione dall'esercizio dell'attività, in quanto ciò determinerebbe un serio ostacolo o addirittura l'interruzione del servizio.

Si è eccepito, del pari, che l'esecuzione della confisca o l'irrogazione di sanzioni pecuniarie nei confronti di tali soggetti *“andrebbe a creare un attrito insanabile, per cui lo Stato dovrebbe versare a se stesso le sanzioni pecuniarie per somme che gli appartengono”*.

⁴ Lettura confermata recentemente dalle ben note pronunce di uguale tenore: Cass., Sez. II, 9 luglio 2010 e Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2010

⁵ Come è stato notato (Ielo, Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli enti, Riv. 231, n. 2/2009, 101), una diversa conclusione si tradurrebbe in una *interpretatio abrogans* di buona parte dell'art. 25 del Decreto.

⁶ La sent. n. 234 cit. opera il distinguo tra enti pubblici cui è riservato l'esercizio di funzioni di rilevanza costituzionale ed enti che esercitano attività d'impresa che, seppur indirettamente, coinvolge valori di rilievo costituzionale.

⁷ Corrias Lucente, in Interventi in www.rivista231.it, dicembre 2011.

Deve peraltro rilevarsi che, per quanto concerne la possibile interruzione dell'attività/servizio pubblico, soccorre il fondamentale istituto del commissariamento. L'art. 15, comma 1, lett. a), del Decreto – letto in correlazione con l'art. 45 – individua, tra i parametri da valutare da parte del giudice per consentire la prosecuzione dell'attività, proprio lo svolgimento da parte dell'ente di un "pubblico servizio" o di un "servizio di pubblica necessità", la cui interruzione possa provocare un grave pregiudizio alla collettività.

Quanto, poi, alle obiezioni relative all'inflizione di sanzioni pecuniarie, si è replicato che per le società partecipate da enti pubblici territoriali non sarà lo Stato a versare a sé stesso somme che già gli appartengono, in quanto sarà l'ente-socio a subire le conseguenze economiche sfavorevoli connesse al pagamento delle sanzioni, mentre del corrispettivo beneficio economico si avvantaggerà un distinto soggetto⁸. Peraltro, nelle società "miste", il sacrificio economico della sanzione sarà sopportato anche dall'azionista privato.

3. Natura soggettiva e caratteri distintivi delle partecipate pubbliche

La disciplina delle società a partecipazione pubblica opera molteplici innesti in chiave derogatoria al diritto comune, tanto da ibridare con connotati tipicamente pubblicistici il loro profilo di natura privatistica. Ciò risulta dalla sintetica ricognizione della normativa vigente.

3.1 Background storico e quadro normativo di riferimento

L'attuale quadro normativo è profondamente mutato nel tempo ed è tuttora in evoluzione⁹.

Tre i riferimenti storico-normativi. L'originaria versione del Testo Unico Enti Locali - TUELL (l. n. 142/1990) ha comportato un cambio di paradigma nel settore dei servizi pubblici locali, storicamente caratterizzato in Italia dalla preminenza dell'impresa pubblica.

⁸ Santoriello, in Interventi in www.rivista231.it, gennaio 2012.

⁹ Senza affrontare il singolo settore operativo, in linea generale, ci limitiamo ai recenti interventi legislativi in tema di erogazione di servizi pubblici a rilevanza economica mediante lo strumento societario: così l'art. 25, d.l. n. 1/2012 (di modifica ed integrazione dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, poi emendato dalla l. n. 183/2012), che introduce alcuni vincoli, piuttosto stringenti, agli affidamenti diretti c.d. *in house*, sfumando i caratteri privatistici, in favore di una colorazione spiccatamente pubblicistica della società. Basti pensare all'assoggettamento al patto di stabilità interno (art. 25, comma 4), all'approvvigionamento di beni e servizi mediante applicazione del Codice dei Contratti Pubblici, all'assoggettamento ai principi dedicati al personale in regime di diritto pubblico (art. 25, comma 5), nonché allo speciale regime di incompatibilità per la copertura delle cariche societarie (art. 4, comma 21, d.l. n. 138/2011 cit.).

Un secondo cambio di passo si è avuto con la rivisitazione (tuttora in vigore, almeno sino all'approvazione del testo denominato "Carta delle autonomie locali", A.C. [3118](#) - A.S. 2259) del TUELL (d.lgs. n. 267/2000), anche alla luce delle disposizioni normative di matrice UE e delle pronunce della Corte di Giustizia ¹⁰.

Un terzo segno di discontinuità è intervenuto nel 2006, con l'introduzione del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) il quale, ai fini della verifica della natura soggettiva di amministrazione aggiudicatrice, ha introdotto l'istituto dell'organismo di diritto pubblico (invero già noto in ambito UE: vedi le Direttive nn. 17 e 18 del 2004).

Si è così giunti, per alterne vicende, all'attuale disciplina, da considerare, come detto, ancora in evoluzione, e incisa dal recente intervento della Corte Costituzionale, con sent. n. 199/2012, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4¹¹, d.l. n. 138/2011 recante *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo* (convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148), che consente un limitato ricorso allo strumento societario. A seguito della declaratoria di incostituzionalità, le forme di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica risultano attualmente quelle indicate all'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000¹².

Nonostante la sentenza della Corte costituzionale, la disposizione censurata ha mantenuto un valore orientativo, suggerendo quale modalità privilegiata di erogazione del servizio lo schema organizzativo della società pubbliche affidatarie dirette¹³, sotto il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, alla quale sono state di nuovo attribuite le funzioni di controllo della materia, in forza delle modifiche introdotte dalla Legge di Stabilità n. 183 dell'11 novembre 2011.

Le società c.d. *in house*¹⁴ sono direttamente assoggettate al patto di stabilità interno; esse, al pari delle miste, ove affidatarie di servizi pubblici locali, restano sotto il controllo

¹⁰ In particolare: è stata introdotta la possibilità di affidamento a società miste, è stata operata la distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica (ex industriale), disciplinati dall'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 e quelli privi di tale rilevanza (disciplinati dall'art. 113-bis). Con riferimento alla distinzione tra rilevanza economica e non (introdotta con le modifiche apportate dalla l. n. 326/2003), in difetto di una definizione normativa, la Giurisprudenza ha operato una ricostruzione ermeneutica, mediante il criterio distintivo dell'impatto che l'attività ha sull'assetto della concorrenza, qualificando di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste una redditività e, quindi, una competizione di mercato.

¹¹ Rubricato: Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea

¹² In realtà, l'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000 è stato abrogato dall'art. 12, d.p.r. 7 settembre 2010, n. 178 "Regolamento in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica" emanato a norma dell'art. 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008 n. 112). Per effetto dell'abrogazione dell'art. 23-bis (ad opera dell'art. 1, comma 1, d.p.r. n. 113/2011), giusta la sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2010, l'art. 12 cit. deve ritenersi espunto dall'ordinamento, cosicché oggi riviverebbe l'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000.

¹³ Almeno per quanto riguarda gli enti locali con popolazione superiore a diecimila abitanti.

¹⁴ L'espressione "*in house providing*" identifica le società cui sono attribuite attività amministrative funzionalizzate alla cura di un interesse pubblico, le quali per tale ragione sono soggette ad una condizione di dipendenza finanziaria ed organizzativa da parte del socio pubblico totalitario e destinatario dei suoi servizi, che ne dirige e coordina l'attività, esercitando un controllo analogo a quello espletato sui propri servizi.

dell’Autorità per la Vigilanza dei Contratti pubblici in ordine alla regolarità delle procedure di affidamento.

Tali limiti operativi, unitamente ai requisiti di costituzione e di mantenimento, incidono in misura rilevante sul processo decisionale, “a monte” della scelta organizzativa.

Sebbene siano società strutturate secondo gli ordinari modelli codicistici di *governance*, la decisione che concerne la costituzione non è libera, ma vincolata; l’oggetto sociale deve essere predeterminato (tassativamente, nel caso delle società miste); talune prescrizioni¹⁵ limitano la durata della società; sono posti condizionamenti all’esercizio dei diritti del socio¹⁶ ed è ampliato il controllo cui sono assoggettate (ad es. quello della Corte dei Conti). Un orientamento giurisprudenziale esclude finanche la loro sottoposizione a procedure concorsuali¹⁷. Ancora, il Contratto di Servizi riconosce al socio pubblico poteri autoritativi di nomina, revoca e vigilanza di stampo tipicamente concessorio.

I caratteri e i vincoli normativi su richiamati condizionano la calibrazione del Modello 231 e il suo funzionamento, diversificandone sensibilmente i contenuti rispetto all’ordinario Modello di un ente privatistico *tout court*.

4. Configurabilità di un modello 231 *ad hoc*

Come per le società private, l’adozione del Modello non costituisce un obbligo per le partecipate pubbliche, bensì un onere, né constano pronunce della Corte dei Conti che predichino il carattere dell’obbligatorietà.

Tuttavia, considerando la proliferante normativa secondaria, sembra opportuno verificare se possano dirsi superati per esse i due principi generali fissati dal Decreto: facoltatività dell’adozione e realizzazione di un Modello 231 specificamente tarato sull’ente.

4.1 Prescrizioni normative di fonte secondaria

Negli ultimi anni, si sono succeduti diversi interventi normativi da parte di amministrazioni locali volti, in alcuni casi, a “premiare” e, sempre più spesso, a prescrivere l’adozione del Modello 231.

A rilevare non sono tanto le norme che subordinano all’assenza di condanne ai sensi del Decreto la partecipazione a gare pubbliche, ovvero riconoscono la condanna dell’ente quale causa di risoluzione del contratto con la P.A.¹⁸; né le prescrizioni di enti locali che

¹⁵ Cfr. art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010 n. 78 (convertito in l. 30 luglio 2010 n. 122.)

¹⁶ Cfr. art. 6, comma 19, d.l. n. 78 cit.

¹⁷ Cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, decr. 9 gennaio 2009; Tribunale di Bari, sez. IV, decreto 29 dicembre 2011.

¹⁸ Tra le altre: *Codice dei contratti pubblici*, art. 38; *Regione Veneto, Delibera Giunta n. 2327/2008*; *Regione Lombardia, Delibera Giunta 23 dicembre 2009 - ALER con numero di dipendenti superiore a 50*; *Regione Valle d’Aosta, Legge Regionale n. 20/2008, art. 6*; *Regione Campania, Legge Regionale n. 3/2007, art. 26*; *Provincia di Trento, Legge n. 10/2008, art. 42*.

pongono l'adozione del Modello 231 alla stregua di una condizione per la partecipazione a gare pubbliche, o oggetto di valutazione dell'offerta.

Neanche sembrano decisive le successive prescrizioni di alcuni enti territoriali che assumono come obbligatoria l'adozione¹⁹ del Modello 231 per le imprese interessate a instaurare, o mantenere, un rapporto economico-giuridico con la P.A.²⁰, o per l'accreditamento all'erogazione di servizi di pubblico interesse²¹, in entrambi i casi motivando tali richieste come funzionali alla tutela del patrimonio pubblico e all'accertamento dell'affidabilità e professionalità dei *contractor* della P.A.²²

Meritevole di maggior risalto è, invece, il cambio di rotta impresso dalla Regione Abruzzo con la l.r. n. 15 del 27 maggio 2011, che ha richiesto l'adozione dei Modelli ai propri enti, dipendenti e strumentali, tra cui anche le società controllate e partecipate pubbliche, con esclusione dei soli enti pubblici non economici²³. Seguita poi dal Comune di Pescara (del. 28 febbraio 2011) che ha reso obbligatoria l'adozione, entro un certo termine, del Modello da parte delle società da esso partecipate in misura totalitaria e/o maggioritaria e degli enti strumentali, escludendo solo quelli pubblici territoriali e quelli non economici²⁴.

Tali normative sono espressione di una innovativa *ratio* informatrice: in luogo di una *moral suasion* nei confronti dei potenziali *contractor* privati, affinché aderendo a una *compliance* penal-preventiva dimostrino di essere interlocutori affidabili della P.A., viene rivolto un *input* "interno" al comparto pubblico, a enti e società espressione della P.A., volto a imprimere obbligatoriamente un assetto organizzativo che si presume tale

¹⁹ Scelta che produce una disparità di trattamento tra gli enti collettivi e solleva qualche dubbio circa la potestà legislativa degli enti locali, ex art. 117 Cost., in chiave derogatoria rispetto ad una legge ordinaria, quale è il Decreto. È recente la prima pronuncia di illegittimità di tale previsione, per eccesso di potere, sent. Tar Sicilia, 4 febbraio 2011.

²⁰ Per prima la Regione Calabria con la l.r. n. 15/2008, art. 54, comma 1 che ha obbligato (esclusivamente) le imprese che intendono sottoscrivere o rinnovare convenzioni con la regione ausonica per l'erogazione di servizi pubblici a conformare la propria organizzazione alle previsioni del decreto 231, dandone opportuna comunicazione ai competenti uffici regionali. Cfr. Bartolomucci: "Ancora sulla (neo) obbligatorietà dei *Compliance Programs*: il precedente della Legge Regione Calabria e la sua reale portata, Riv. 231, n. 4/2008, 7 ss.. Nel testo della l.r. attualmente in fase di revisione, tra i destinatari vengono espressamente indicate le società controllate dalla Regione.

²¹ La Regione Piemonte ha formulato la Proposta di l.r. n. 58, presentata il 6 agosto 2010. Nello stesso senso, la Regione Lombardia con il d.r. n. 5808/2010, ha introdotto e disciplinato l'obbligo dell'adozione del MOG per le imprese che intendano accreditarsi per l'erogazione di servizi formativi e servizi al lavoro finanziati con fondi regionali. Ancora la delibera del Consiglio del comune di Parma del 13 luglio 2011 n. 68 disciplinante le modalità di *governance* e di controllo delle società municipalizzate.

²² Non costituisce valore di precedente indicativo per la realtà delle partecipate pubbliche l'importante esperienza maturata dalla Regione Lombardia con la sperimentale adozione volontaria di strumenti ex Decreto da parte del Sistema Sanitario pubblico (ASL e AO), non rientrando tali entità tra i destinatari della normativa, in quanto privi della natura di enti pubblici economici.

²³ Tali soggetti sono tenuti non solo a comunicare formalmente l'avvenuto adeguamento, ma anche a produrre copia della delibera di adozione e del Modello stesso.

²⁴ Con essa il Comune "...vuole essere capofila contro l'illegittima gestione delle società di partecipazione pubblica dando l'esempio, indirizzando le sue partecipate ad adottare le misure idonee per prevenire e reprimere la commissione di reati previsti dal D. Lgs. 231 con particolare attenzione ai reati contro la Pubblica Amministrazione, i reati societari ed ai reati connessi alle misure di sicurezza sul lavoro".

da garantire la tutela del patrimonio pubblico e la regolare prestazione dei servizi pubblici agli utenti.

Quanto ai contenuti del Modello, di regola, la normativa secondaria non fornisce linee guida, opzioni organizzative vincolate, né indicazioni contenutistiche, limitandosi a prescrivere la segnalazione ad appositi uffici dell'avvenuta adozione del Modello 231 e della nomina dell'Organismo di Vigilanza²⁵.

Anche il Legislatore locale sembra essersi conformato alla scelta operata dal Decreto di non delineare alcun prototipo legale o elettivo di Modello, prediligendo un'elaborazione "tailor made", calibrata sui caratteri peculiari dell'ente interessato.

In mancanza di uno *standard* legale di riferimento, è nondimeno possibile enucleare taluni caratteri distintivi che, sulla base della loro ricorrenza, assurgono a connotati tipologici e peculiari del Modello 231 della società pubblica.

La disamina che segue avrà a oggetto la scansione delle singole componenti di un Modello-base, ossia: codice etico, matrici di mappatura dei rischi-reato, protocolli comportamentali, sistema disciplinare interno e organismo di vigilanza²⁶.

4.2 Codice etico

Alcuni spunti indicativi di rilievo, rinviando al paragrafo dedicato al sistema disciplinare l'esame delle novità recate dal d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, contenente un Regolamento in materia di codice di comportamento dei dipendenti pubblici a norma dell'art. 54, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Il primo riguarda il contenuto della sezione dedicata all'enunciazione dei principi etici e valoriali, che in questo caso devono riguardare anche le caratteristiche dei servizi erogati. È da raccomandarsi particolare cautela nella stesura del Codice rispetto alle frequenti e impegnative dichiarazioni dell'alto *standing* qualitativo dei servizi erogati. Tali dichiarazioni, al di là della funzione etica e delle esigenze di *marketing*, possono sostanziare, proprio per la rilevanza pubblica degli interessi curati dalla partecipata pubblica, una "obbligazione di risultato", quale "promessa al pubblico" ex art. 1989 c.c. che, ove inadempita, potrebbe esporre la società a responsabilità risarcitorie.

Un aspetto distintivo, per quanto qui di interesse, riguarda la frequente circolazione di una Carta dei Servizi, ossia di un documento unilaterale o di natura contrattuale (contratto di affidamento dei servizi) dell'ente pubblico-socio, che introduce disposizioni re-

²⁵ Soltanto il d.r. n. 5808/2010 della Regione Lombardia fornisce alcuni principi guida per la composizione ed articolazione del Modello (una Parte Generale in cui vengono formalizzati i risultati del *Risk Assessment* ed una Parte Speciale, con le procedure adottate per la gestione dei rischi), per quanto attiene ai principali requisiti organizzativi: linearità e chiarezza del sistema organizzativo, separatezza delle funzioni, definizione di un sistema dei poteri e tracciabilità delle operazioni. Sul sito della Regione è attiva una "Piattaforma 231" tramite la quale è possibile inserire la documentazione che compone il Modello, secondo le previsioni del decreto regionale, consentendo all'Amministrazione di verificarne l'impostazione.

²⁶ Cui va necessariamente aggiunta l'attività continuativa di formazione degli esponenti aziendali in materia.

golamentari, direttive e piani strategici e fissa obiettivi, parametri, contenuti, obblighi e responsabilità concernenti l'organizzazione e l'attività di erogazione del servizio pubblico a cura della partecipata.

Tale documento solleva delle problematiche, non solo nel caso di carenza di coordinamento con i dettami del Codice etico e del Modello 231 della partecipata, ma quando contenga la definizione autoritativa di opzioni e di vincoli organizzativi e operativi che manifestino l'invasione del socio pubblico, specie se totalitario, così condizionando la discrezionalità dell'organo amministrativo della partecipata nella costruzione dell'assetto organizzativo, anche in chiave penal-preventiva.

Sempre nel Codice etico compare talora la figura, o la previsione dell'istituzione (di prassi, a cura del medesimo socio pubblico) di un Comitato Etico, composto da componenti del Cda e da esterni²⁷. Se tale presenza ha ragione di esistere nella fase antecedente o coeva all'adozione del Modello 231, pare averne meno allorché imponga la coesistenza del Comitato con l'obbligatorio OdV, comportando il rischio di duplicare e accavallare le rispettive funzioni (sovente confuse) e, ciò che è peggio, di privare quest'ultimo dell'esercizio delle proprie²⁸. Si ritiene, quindi, indispensabile l'esatta identificazione dei rispettivi ruoli e competenze, preservando la funzionalità e indipendenza dell'Organismo per quanto richiesto dal Decreto.

Un'osservazione finale. Sebbene il rapporto tra partecipata e socio pubblico, in virtù dello schermo societario, sia di assoluta autonomia, la presenza invasiva del secondo, ancor più se totalitario, o la ricorrenza dei presupposti richiesti dall'art. 2497 c.c., espone la partecipata a un regime di eterodirezione (strategica e gestionale), inverandosi la condizione di "soggezione a Direzione e coordinamento".

Verificandosi un c.d. reato presupposto, dovrebbe configurarsi (anche) l'imputazione, a diverso titolo, del socio pubblico – sempre diverso dallo Stato – per responsabilità amministrativa per illecito amministrativo dipendente da reato. Con conseguente possibile risalita di tale responsabilità, ove ne ricorrano i presupposti, secondo uno schema imputativo ormai definito²⁹.

Tuttavia, la contestazione dell'illecito presupposto al socio controllante, ove questo sia un ente pubblico territoriale, resta esclusa *in nuce* dall'espressa previsione dell'art. 1, comma 3 del Decreto. Ne consegue il rischio di una etero-direzione della partecipata senza che l'ente territoriale assuma alcuna forma di corresponsabilità amministrativa ai sensi del Decreto.

²⁷ Ad esempio è il caso di Acea S.p.a, multiutility quotata, nonché Zetema S.r.l., società in house del Comune di Roma per il Progetto Cultura.

²⁸ Va altresì evidenziata la difficoltà di emenda successiva di tale previsione, ove inserita nel Codice etico e/o nel Modello, per la frequente resistenza da parte del Socio pubblico, nonché per la complessa procedura volta all'ottenimento di tale autorizzazione da parte dell'ente locale-socio.

²⁹ Cfr. da ultimo, Cass. Pen., Sez. V, sent. 17 novembre 2010 n. 24583.

4.3 Mappatura dei rischi-reato

La fase di censimento, rilevazione e graduazione delle potenzialità commissive dei reati tipici, in base al catalogo al momento vigente, genera problematiche peculiari, stante il profilo bifronte della società: impresa privata, ma con forti connotazioni pubblicistiche. Tenuto conto che detta operazione è influenzata da molteplici fattori e variabili, le osservazioni che seguono scontano, inevitabilmente, un certo grado di generalizzazione. Ci si limita a segnalare i rischi-reato distintivi e ulteriori rispetto a quelli “mappabili” da qualsiasi ente collettivo, marcandone caratteri e modalità commissive peculiari.

Si ritiene opportuno cominciare l’analisi dai Reati commessi nei confronti della P.A. di cui agli artt. 24 e 25.

Nello svolgimento delle attività affidate dal socio pubblico e, quindi, finalizzate al perseguimento di un interesse pubblico, anche gli esponenti della società (privatistica, ma con capitale, in tutto o in parte, pubblico) possono trovarsi ad agire, momentaneamente e funzionalmente, in veste di incaricati di pubblico servizio³⁰ o, meno di frequente, di pubblici ufficiali³¹, risultando in tale veste destinatari o sollecitatori di indebite promesse o dazioni di denaro o di altre utilità da parte del soggetto privato.

Si fa riferimento, segnatamente, alle figure di cui all’art. 318 c.p., “Corruzione per l’esercizio della funzione”, all’art. 319 c.p., “Corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio”, all’art. 319-*quater* c.p., “Induzione indebita a dare o promettere utilità” – tutte tendenzialmente nella *species* “passiva”, nella quale il rappresentante pubblico accetta l’offerta o la dazione illecita del privato – e all’art. 317 c.p., “Concussione”. Fattispecie, queste, la cui collocazione nel catalogo del Decreto rappresenta, come si è detto, la principale motivazione circa l’applicazione di esso “anche” agli enti di natura pubblica, in ragione dello speciale *humus* criminogeno in cui si muovono i suddetti enti.

Per la consumazione dei delitti di corruzione o concussione la sussistenza della qualifica pubblicistica in capo a uno degli agenti è indispensabile. Posto che, con la riforma attuata dalla l. 26 aprile 1990, n. 86, la nozione di pubblico agente si ricava non più dalla natura dell’ente, bensì dell’attività concretamente esercitata, anche l’esponente della società pubblica può risultare munito di qualifica pubblicistica e, quindi, autore di tale reato-presupposto, sempreché – ai sensi del Decreto – venga realizzato nell’interesse/a vantaggio di essa.

Orbene, la concreta ricorrenza di un interesse/vantaggio dell’ente, quale risultante dell’attività delittuosa del soggetto organico, risulta di difficile prospettazione, in quanto l’assunzione da parte della persona fisica del rischio penale al fine di realizzare un vantaggio economico non proprio, bensì del soggetto meta-individuale, può apparire solo

³⁰ Coloro i quali si trovano ad esercitare un’attività pubblica che, pur scevra da potestà d’imperio e di certificazione documentale, rileva come sussidiaria e complementare nell’ambito di un’organizzazione amministrativa. La qualifica di soggetti attivi dei reati ex artt. 318 e 319 c.p. è espressamente sancita dall’art. 320 c.p.

³¹ Ad es. quando il soggetto eserciti funzioni certificatorie o poteri coercitivi.

teorica³². Tuttavia, se tale circostanza si dimostra statisticamente episodica rispetto a soggetti collocati alla base della scala gerarchica, non lo è rispetto a chi rivesta qualifiche apicali e funzioni gestorie e favorisca il *pactum sceleris* con il privato corruttore, ovvero offra l'occasione per abusare della propria qualifica o funzione.

Va altresì evidenziato che la politica di gestione del personale delle società pubbliche, ancorata ad alti *target* di risultato di periodo (in termini quali-quantitativi), cui è correlato il trattamento retributivo o sistemi premianti (riconoscimento di *bonus* e gratificazioni), sollecita l'esponente aziendale a perseguire il vantaggio, anche indebito, dell'ente pubblico che, a cascata, si riverbera in un tornaconto personale (in termini monetari, ma anche di progressione di carriera).

Tra le attività sensibili, in via esemplificativa, si segnalano la selezione e aggiudicazione di incarichi ai fornitori, la gestione delle gare d'appalto, l'instaurazione e gestione di *partnership* commerciali. Per il riferimento a un caso concreto, si pensi all'aggiudicazione al privato di una gara d'appalto previo accordo dell'inserimento nel bando di un criterio selettivo *ad personam*, a fronte di un'offerta particolarmente vantaggiosa per la società. O al caso del soggetto appartenente all'ente che negozi o imponga all'utente privato dazioni o promesse indebite per l'erogazione del servizio del quale la società pubblica risulti concessionaria.

Al riguardo, la recente entrata in vigore della l. 6 novembre 2012, n. 190, c.d. Anticorruzione nella P.A., ha, *inter alia*, modificato (art. 1, comma 75) il testo di taluni articoli del Codice penale nella loro componente sanzionatoria, e ha rimodulato e introdotto nuove figure delittuose, alcune delle quali inserite nel catalogo dei reati-presupposto.

In estrema sintesi, le novità di interesse per il tema trattato sono date, innanzitutto, dalla novellazione dell'art. 318 c.p., Corruzione "impropria", nella quale la commissione del reato è sganciata dall'individuazione di uno specifico atto, cui correlare l'accordo corruttivo; inoltre, l'oggetto della dazione (ora, denaro o altra utilità) non deve più sostanziarsi in una "retribuzione", facendo altresì venir meno la necessità di una verifica di proporzionalità del sinallagma illecito. Ne risulta ampliato il *range* di operatività della norma.

Quanto al reato di Concussione, l'art. 317 c.p. di nuovo conio prevede la sola ipotesi della condotta per "costrizione", peraltro ad opera del solo "pubblico ufficiale" (e non più dell'incaricato di pubblico servizio), entrambi potendo invece risultare autori dell'inedita figura di Induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* c.p.), in cui la condotta abusiva determina la persuasione del privato a sottomettersi al rappresentante pubblico onde evitare un pregiudizio maggiore.

Da ultimo, va menzionata la nuova figura di Corruzione tra privati, introdotta riformulando l'art. 2635 c.c., il cui (solo) terzo alinea viene inserito nel corpo dell'art. 25-*ter* del Decreto, Reati societari (nuova lett. *s-bis*). Trattasi di specifica fattispecie di infedeltà, in cui il *tantundem* illecito per il compimento o l'omissione di atti in spregio agli obblighi

³² Le Linee Guida di Confindustria, testo del 31 marzo 2008 (pag. 61), definiscono rare le ipotesi di responsabilità dell'ente per reato-presupposto di concussione

del proprio ufficio venga promesso o dato ai soggetti qualificati della società, non più identificati nei soli vertici e responsabili di funzione bensì, a mente del secondo alinea, anche nei soggetti ad essi sottoposti.

Non è questa la sede per approfondire i risultati delle prime applicazioni giurisprudenziali. Preme piuttosto sottolineare il contenuto attuativo del “Piano Nazionale Anticorruzione nella P.A.”, adottato con delibera n. 72 del 11 settembre 2013 dalla CIVIT³³.

Tale provvedimento dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, attuativo della l. n. 190/2012, in deroga alla prescrizione espressa dal comma 34, art. 1 della stessa, dispone per le partecipate pubbliche e per gli enti pubblici economici un richiamo mirato e selettivo delle sole disposizioni contenute nei commi da 15 a 33 (portanti, segnatamente, obblighi di trasparenza e di comunicazione), e le assoggetta, in via estensiva ed indifferenziata, alle generali e più ampie misure anticorruptive imposte dalla legge cit. alle Amministrazioni propriamente pubbliche (i.e.: quelle espressamente elencate dall’art. 1, secondo alinea, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165).

In senso critico deve osservarsi che la dichiarata qualificazione giuridica delle partecipate pubbliche quali enti di diritto privato giustificava, invece, la limitazione degli obblighi operata dalla norma di fonte primaria.

Passando ai reati di Truffa ai danni dello Stato, *ex art. 640 c.p.*, di Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, *ex art. 640-bis c.p.* e di Frode informatica, *ex art. 640-ter c.p.*, una peculiare *vis commissiva* può rilevarsi rispetto alle partecipate pubbliche in ragione dei flussi finanziari e dell’utilizzo di fondi pubblici³⁴. Gli artifici e raggiri possono riguardare operazioni contabili o la rendicontazione (annuale, di periodo, speciale), come la tenuta dei *report* e dei flussi informativi nei confronti di Autorità di vigilanza, controllo e tutorie. Il reato può realizzarsi con l’aggiudicazione di appalti a imprese di favore, così alimentando un sistema tangenzioso volto a ottenere commesse pubbliche da parte della medesima società.

La potenzialità commissiva della Frode informatica discende dal consueto accesso delle partecipate a banche dati protette, a cominciare da quelle del socio pubblico. La condotta può indirizzarsi all’alterazione del funzionamento di un sistema informatico o telematico, o alla manipolazione dei dati in esso contenuti, con ciò realizzando l’ingiusto profitto a danno dello Stato o di altro ente pubblico. Ancora, la condotta può consistere nell’alterazione dei registri informatici della P.A., per modificare o manipolare i dati di interesse della società destinati alla trasmissione all’Amministrazione Pubblica.

Il Reato di malversazione *ex art. 316-bis c.p.* va “mappato” in quelle partecipate che sviluppino il proprio *business* attraverso la realizzazione di progetti (ad es. opere stradali,

³³ Per una trattazione approfondita, cfr. Bartolomucci, “Le società partecipate pubbliche e l’effettiva azione Anticorruzione ad esse richiesta, tra l. n. 190/2012 e Piano nazionale anticorruzione nella P.A.”, in www.aodv231.it

³⁴ Il singolo processo aziendale va esaminato in sede prevenzionale anche perché costituisce una forma di gestione delle risorse finanziarie, cui il Legislatore impone di conferire autonomo rilievo penal-preventivo (art. 6, 2 comma, lett. c del Decreto).

costruzioni di immobili ERP, ecc.) sovvenzionati con finanziamenti pubblici (dello Stato, della Regione, della Cassa di Risparmio e Prestiti, ecc.), le cui erogazioni vincolate possano venir distratte o utilizzate impropriamente. Una modalità commissiva è costituita dall'impropria ripartizione dei costi tra partecipata e socio pubblico, profilando la commissione anche di un diverso illecito amministrativo, le False comunicazioni sociali di cui agli artt. 25-ter del Decreto e 2621 c.c.

In merito alla configurabilità, nelle indicate fattispecie, dell'interesse e/o vantaggio a beneficio della società, va evidenziato che non rilevano esclusivamente fattori economici e finanziari. Sovente la società, magari partecipata totalitariamente da un ministero che per il tramite di essa assolve una funzione di interesse pubblico, non ha bisogno di svolgere pratiche corruttive per acquisire commesse pubbliche, garantita dalla posizione monopolistica in cui opera e dal meccanismo di tariffazione previsto dalla legge. Sul fronte degli acquisti non ha libertà di movimento, essendo considerata dalla legge una stazione appaltante. Di talché la valutazione dell'interesse perseguito, o del vantaggio realizzato, non si identifica esclusivamente in fattori economico-finanziari, ma assume una dimensione complessiva e strategica per la società, snodo fra il mondo statale e quello produttivo.

Passando ad altra categoria, quella dei Reati societari ex art. 25-ter del Decreto, rispetto all'ordinaria prospettazione del rischio risultano fattori distintivi la tenuta della contabilità in conformità a regole e controlli aggiuntivi, la gestione finanziaria di proventi di fonte pubblica, nonché l'innesto sul sistema di *Corporate governance* del particolare apparato di controlli pubblici, a cominciare da quello della Corte dei Conti. Gli obblighi informativi, di riporto e di rendicontazione, aumentano specularmente i fattori di rischio da gestire.

È lo stesso Contratto di Servizio o di Programma a imporre rendicontazioni periodiche dell'attività e degli introiti percepiti e dovuti al socio pubblico, a sua volta tenuto a riferirne alla Corte dei Conti, quando non vi risultino obbligate le medesime partecipate pubbliche.

Pertanto, rispetto al reato di Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità Pubbliche di Vigilanza, ex art. 2638 c.c., l'attività potenzialmente sensibile può risultare la gestione delle comunicazioni e informazioni dirette alle *Authority*, termine che si configura – alla luce del filone dottrinario che lo interpreta estensivamente – in un'accezione ampia: Corte dei Conti, Regione, Comune, Ministero, Autorità di Vigilanza di settore, Autorità Nazionale Anticorruzione nella P.A., ecc.³⁵.

Quanto poi al già citato nuovo reato di Corruzione tra privati ex art. 2635 c.c., al di là della denominazione, trattasi di reato societario. La commissione dello stesso può generare la responsabilità amministrativa della società corruttrice, il cui soggetto apicale o sottoposto, dà o promette denaro o altra utilità a esponenti della società corrotta. Solo

³⁵ Cass. VI Pen., sent. 24 ottobre 2005 n. 44.234.

la società corruttrice persegue un interesse o realizza un vantaggio indebiti, mediante l'azione corruttiva, mentre la società corrotta subisce generalmente un danno.

Con riguardo alle partecipate pubbliche va rilevato che le principali aree criminogene risultano quelle che governano l'acquisizione/gestione della clientela, la selezione dei fornitori, gli atti di concorrenza sleale.

Proprio l'ipotesi in cui il reato produca una distorsione della concorrenza comporta la procedibilità d'ufficio; in caso contrario il reato resta procedibile a querela dell'offeso.

Per chiudere il sintetico ed esemplificativo campionamento delle attività/processi che, tendenzialmente, rivestono una connotazione criminogena per la società pubblica, si suggerisce di estendere la valutazione anche alle seguenti tipologie di illecito:

- art. 24-*bis* del Decreto, Delitti informatici e trattamento illecito di dati, con riguardo all'erogazione dei servizi agli utenti, alle informazioni e comunicazioni intercorrenti con socio pubblico, enti e autorità ogni qualvolta il sistema comunicazionale risulti informatico o telematico³⁶, ovvero nell'ipotesi di danneggiamento di quelli utilizzati dallo Stato (art. 635-*ter* c.p.), ovvero di pubblica utilità (art. 635-*quinqüies* c.p.), ai quali la partecipata pubblica sia tenuta a connettersi³⁷;
- art. 24-*ter* del Decreto, Delitti di criminalità organizzata, con specifico riguardo ai delitti di associazione di tipo mafioso anche straniera (art. 416-*bis* c.p.) e di scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-*ter* c.p.);
- art. 25-*septies* del Decreto, Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, per tutte le declinazioni legate alla specifica linea di *business* e a caratteri e dimensioni dell'attività operativa svolta dalla partecipata pubblica³⁸;
- art. 25-*novies* del Decreto, Delitti in materia di violazione del diritto d'autore, ove si utilizzino indebitamente *software* coperti da *copyright*;
- art. 25-*undecies* del Decreto, Reati ambientali, con preminente richiamo alle modalità di stoccaggio, veicolazione e smaltimento delle varie tipologie di rifiuti prodotti.

Va ricordata, da ultimo, l'espressa previsione generale dell'art. 6, 2° alinea, lett. c) del Decreto, che sollecita l'accorta gestione delle risorse finanziarie, con modalità idonee a evitare la commissione dei reati. Nel caso delle società in esame, circostanze come la natura pubblica dell'apporto al capitale e del sistema di finanziamento della partecipata, ovvero la determinazione amministrata dei corrispettivi dei servizi offerti all'utenza e, relativamente ai rapporti interni con il socio pubblico, le operazioni di travaso indebito di risorse pubbliche, come allocazioni "ingegneristiche" dei risultati negativi d'esercizio, costituiscono fattori specifici e incrementali della "sensibilità" di tale rischiosità – non-

³⁶ Si pensi al sistema di *e-procurement* gestito da Consip SpA, o ai servizi informatici e telematici forniti agli utenti da Poste Italiane e da Banco Posta.

³⁷ Ad es. la "Rete unitaria della Pubblica Amministrazione" di cui al d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445.

³⁸ E' raccomandabile l'esercizio della facoltà prevista dal comma 5, art. 30, d.lgs. n. 81/2008 secondo cui la conformazione alle Linee guida UNI-INAIL o British Standard OHSAS garantisce una presunzione relativa di conformità del "Modello Sicurezza".

ché di fattispecie ricomprese nell'art. 25-ter del Decreto, Reati societari – che sospingono verso l'approntamento di adeguati ed effettivi sistemi prevenzionali.

In fase di *Gap analysis*, ai fini della rilevazione e graduazione del rischio-reato, è indispensabile valorizzare i sistemi di gestione e controllo aziendali eventualmente vigenti (ad es. SCI-Sistema di Controllo Integrato) rispondenti a finalità organizzative, operative e di efficienza produttiva da parte del socio pubblico (i.e: gestione delle cc.dd. esternalità negative del ciclo d'impresa).

Siffatta valorizzazione deve avvenire in una prospettiva di coordinamento, giacché trattasi di sistemi di gestione non propriamente finalizzati all'azione special-preventiva svolta, ai sensi del Decreto, dai protocolli comportamentali in correlazione alle risultanze delle matrici di mappatura dei rischi-reato.

Proprio lo storico ritardo della P.A. nell'adozione di sistemi e programmi di gestione, può indurre la partecipata pubblica all'erronea utilizzazione di tali sistemi in funzione vicaria – anche quando adottati su richiesta del socio pubblico, nell'ottica della regolamentazione autorizzativa – ancorché, rispetto all'impianto propriamente penal-preventivo ex d.lgs. n. 231/2001, essi non presentino alcuna fungibilità.

4.4 Protocolli comportamentali

Da una ricognizione effettuata circa le scelte operate da alcune importanti società partecipate pubbliche per l'elaborazione del proprio Modello 231, riscontriamo il frequente riferimento a Linee Guida categoriali, a livello nazionale, quelle di Confindustria e dell'ABI, nonché in alcuni casi alle U.S. *Federal Sentencing Guidelines*; sovente rivestono valore direttivo anche le *guideline* fornite, o impartite, dal socio pubblico³⁹.

In merito al tema degli strumenti e presidi special-preventivi, il riferimento diretto va ai contenuti della Parte Speciale dei Protocolli. Che, come per qualsiasi ente collettivo, dovranno definire regole comportamentali obbligatorie, criteri gestionali dei processi decisori (ad opera dei soggetti competenti) e di controllo, un efficace *monitoring* dei fattori di criticità e la pronta attivazione di misure reattive atte a disinnescare la *vis* commissiva del reato mappato.

³⁹ Un esempio per tutti, relativo alla prevenzione dei reati nei confronti della P.A. Nel Modello 231 di Anas SpA, ANAS ha deciso di regolamentare i molteplici rapporti intrattenuti con la P.A. mediante l'emanazione di una circolare *ad hoc* che, richiamando i Protocolli di Parte Speciale del Modello dedicati ai reati in argomento, introduce l'obbligo di compilare una "scheda di evidenza" delle relazioni intercorse tra la P.A. e i "Referenti 231" e di sottoscrivere una specifica attestazione. La scheda, compilata con cadenza periodica, riporta in sintesi i dati più significativi dei contatti intervenuti. Scheda e attestazione vengono inviati dai referenti all'OdV, unitamente ad altre segnalazioni di anomalia o di fatti rilevanti. Altri presidi specifici riguardano l'emanazione di *Regolamenti* per la nomina dei commissari di gara, dei collaudatori, ecc., anche nell'ottica della prevenzione di situazioni di conflitto di interesse che possono generare fenomeni corruttivi.

Sebbene l'elaborazione di tali strumenti sia necessariamente correlata ai risultati della "mappatura" e influenzata dallo specifico contesto aziendale e dalla *linea di business* – salvo le ipotesi di tendenziale rischiosità prospettate *sub* precedente Cap. 4.3.⁴⁰ – si reputa opportuno segnalare alcune misure e cautele, peculiari e distintive, per criticità tipiche o frequenti.

Particolare attenzione andrà rivolta al sistema delle deleghe di poteri e di funzioni (nell'accezione più ampia, non solo societaria) operante la selezione, la formale investitura e la definizione delle mansioni dei soggetti abilitati a rivestire ruoli e funzioni sensibili, a cominciare dagli esponenti aziendali investiti della qualifica, o che possano concretamente agire, quali pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

È pertanto indispensabile censire tali posizioni, dichiarare la *policy* aziendale del divieto di qualsiasi comportamento corruttivo e concussivo, nonché ribadire la rinuncia preventiva da parte della società a qualsiasi risultato vantaggioso derivante da un comportamento illecito, esplicitando e dettagliando i principi generali già espressi nel Codice etico.

Consigliabile si rivela anche la previsione di forme di turnazione e rotazione di tali funzioni e il controllo sugli atti compiuti, nonché sugli effetti economico-finanziari rivenienti in capo alla società. Ancora, si suggerisce di verificare l'eventuale inserimento di terzi (ad es. consulenti) nei rapporti con il soggetto privato, in posizione di intermediari o di possibili latori di indebite richieste del funzionario pubblico.

Del pari, si profila necessaria un'attenta selezione e una formale investitura degli esponenti aziendali qualificati per l'espletamento di attività regolamentate da leggi speciali, non solo dei soggetti titolati di cui alle normative sulla sicurezza e igiene sul lavoro, sulla *Privacy*, lo smaltimento dei rifiuti, la tutela dell'ambiente o l'antiriciclaggio, ma anche riguardo alla trasparenza dell'azione amministrativa ex l. n. 241/1990, alla tenuta delle relazioni istituzionali con esponenti della P.A., ai rapporti con i media, alle informazioni al mercato.

In ragione del rapporto ancillare con il socio pubblico, foriero di sconfinamenti, se non di indebite pressioni politiche sulla partecipata, è indispensabile un monitoraggio delle posizioni di conflitto di interesse, o di potenziale carenza di autonomia e indipendenza da parte di chi rivesta particolari incarichi, o eserciti determinati ruoli. Altrettanto indispen-

⁴⁰ In questa sede non è possibile procedere a indicazioni esaustive. Riteniamo prioritari ad es. gli strumenti di formale legittimazione dei soggetti abilitati ad intrattenere rapporti con esponenti della P.A.; misure comportamentali in chiave anticorruptiva; l'accorta gestione dei rapporti con fornitori, consulenti, *outsourcer* che direttamente, o indirettamente, possano costituire un tramite con la P.A. Ancora la gestione dei crediti commerciali vantati nei confronti del socio pubblico o di altri enti della P.A., per la quale sia in sede stragiudiziale, che di recupero forzoso, devono essere autorizzate operazioni di cessione, riduzione, dilazione, rinuncia al credito, nonché alle garanzie correlate. Specifiche misure prevenzionali devono presidiare ogni forma di contribuzione, diretta o indiretta, a partiti politici, movimenti, sindacati, ecc. Su altro fronte, sebbene la società pubblica non risulti emittente di titoli quotati, né controllata da un emittente, suggeriamo misure prevenzionali rispetto al reato ex art. 25-sexies, con riguardo all'eventuale acquisizione e utilizzo illegittimo di informazioni "*price sensitive*".

sabile si dimostra la definizione di procedure obbligatorie e formali per la tenuta dei rapporti istituzionali con il socio (ente locale o amministrazione), con enti della P.A. (ad es. dipartimenti e uffici competenti) e con *Authority*, specie quando finalizzate ad assolvere obblighi di comunicazione (periodiche o eventuali), reportistica, *budgeting*, rendicontazioni, verifiche e ispezioni, *customer satisfaction*, ecc. Di non minore importanza saranno le procedure dirette a gestire le relazioni che espongono la partecipata a rischi in punto di veridicità, completezza e attualità dei dati comunicati (ad es. reati societari, *sub* specie di false comunicazioni sociali, impedito controllo o ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza), nonché a modalità indebite di utilizzo dei canali di comunicazione (ad es. frode informatica e altri reati informatici).

Un aspetto critico di carattere macro-organizzativo va rintracciato nel recepimento “passivo” (spontaneo o indotto) di *input* organizzativi impartiti dal socio pubblico, quando non nella pedissequa riproduzione di assetti di *governance*, di *compliance* o di *Risk assessment* operativi presso quest’ultimo. Si tratta di un approccio, oltre che inadeguato e disfunzionale, capace di edulcorare l’autonomia giuridica e il carattere imprenditoriale della società partecipata pubblica.

4.5 Sistema disciplinare interno

Rispetto a tale importante componente del Modello, un tratto distintivo e peculiare per le società partecipate pubbliche discende dalla natura del rapporto di lavoro.

Ancorché la matrice del rapporto con il personale dipendente rivesta natura privatistica, assume valenza scriminante l’operatività di deroghe specifiche alla disciplina ordinaria aventi connotazioni tipicamente pubblicistiche.

Sintetizzando: le mansioni e le posizioni professionali sono codificate in maniera molto dettagliata, si ricorre a una forte gerarchizzazione organizzativa, il reclutamento del personale è vincolato al principio concorsuale (ad es. per società partecipate che gestiscono servizi pubblici locali e organismi di diritto pubblico⁴¹), intervengono limiti normativi alla risoluzione del rapporto di lavoro (tipizzazione della “giusta causa”), trova applicazione la normativa sulla trasparenza dell’azione amministrativa (l. n. 241/1990).

Inoltre, se un unico Codice di comportamento regola la condotta dei pubblici dipendenti, sovente le prescrizioni di esso vengono estensivamente imposte anche al personale della società partecipata pubblica.

È il caso, da ultimo, del d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, un Regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici a norma dell’art. 54, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

⁴¹ Com’è stata qualificata RAI S.p.a. dalla sent. Cons. di Stato, sez VI, 24 novembre 2010 n. 5379.

Di questo importante Regolamento attuativo della c.d. Legge Anticorruzione è bene evidenziare l'art. 2 comma 3, che fissa l'ambito di applicazione della norma: «*Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione. A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice*».

Il riferimento "a collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione " apre la porta all'applicazione del codice di comportamento dei pubblici dipendenti anche alle società partecipate pubbliche. Peraltro, a temperare l'estensione soccorre un'interpretazione estensiva del comma 2 dell'art. 1 del Regolamento in oggetto, che recita: "*Le previsioni del presente Codice sono integrate e specificate dai codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni ai sensi dell'articolo 54, comma 5, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001*". E' dunque possibile articolare una lettura della norma che induca le società partecipate pubbliche a confrontarsi con il nuovo codice "pubblico" per verificare se esso contenga disposizioni ulteriori rispetto a quelle già presenti nel Codice etico della società che meritano un'opportuna integrazione. Potrà peraltro capitare che il Codice etico "231" risulti più esaustivo di quello contenuto nel Regolamento e non necessiti di alcuna revisione.

Siffatta lettura è rafforzata dal richiamato Piano Nazionale Anticorruzione nella P.A. recentemente approvato dalla CIVIT, che opera un'estensione nei confronti delle società partecipate pubbliche anche del novellato art. 54, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, portante l'obbligatoria adozione e conformazione al Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, sebbene gli esponenti aziendali di esse non siano soggetti a un rapporto di pubblico impiego.

Sul piano più strettamente disciplinare, di rilievo sono le indicazioni contenute nell'art. 16 del d.p.r. richiamato, per la loro attitudine a orientare la strutturazione del procedimento disciplinare delle società partecipate pubbliche. Si tratta, peraltro, di disposizioni da applicare senza trasposizioni automatiche, ma "*in quanto compatibili*" con la natura di tali enti, sicché gli estensori del Sistema disciplinare della società dovranno attentamente verificare la natura del rapporto lavorativo dell'autore della violazione (è frequente il distacco di personale dell'ente pubblico-socio, come l'esternalizzazione presso questo di alcuni servizi e funzioni aziendali), il ruolo rivestito, la puntuale definizione dei criteri valutativi della singola violazione, l'effettiva responsabilità decisionale o di con-

trollo nel contesto di un sistema gerarchico articolato e complesso, i parametri cui ancorare una commisurazione proporzionata della sanzione da irrogare.

Da ultimo, va richiamato il disposto dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, che condiziona all'affissione nella bacheca aziendale l'esercizio del potere disciplinare. Tale adempimento, frequentemente ignorato a favore di una comunicazione per via informatica, andrà adempiuto inserendo anche copia del Codice etico e dei Protocolli (almeno) di parte generale.

5. L'Organismo di Vigilanza

L'Organismo di Vigilanza della società partecipata pubblica, pur vincolato ai caratteri contenuti nell'art. 6 del Decreto⁴², pare presentare alcune particolarità meritevoli di approfondimento.

5.1 Requisiti soggettivi, selezione, nomina.

Sulla base di una ricognizione effettuata su un campione di 32 società partecipate dal Ministero dell'Economia che hanno adottato un Modello 231, risulta prevalente la composizione plurisoggettiva e collegiale dell'Organismo (opzione che anche AODV²³¹ valuta preferibile).

I requisiti soggettivi richiesti dal Decreto devono essere integrati da specifiche condizioni, o dall'assenza di circostanze ostative alla nomina o alla permanenza in carica⁴³, onde prevenire situazioni di conflitto d'interesse o di "soggezione politica" del componente per effetto di concomitanti o pregressi incarichi pubblici rivestiti. Circostanza, questa, agevolmente accertabile⁴⁴, se non attestata dall'interessato con formale autodichiarazione resa ai sensi del d.p.r. n. 445/2000.

Il soggetto competente alla nomina è "*l'organo dirigente*", da identificarsi nell'organo amministrativo, sebbene vengano di prassi adottate anche opzioni alternative (ad es., in Alitalia provvede il Comitato Esecutivo; per la Cassa Depositi e Prestiti la nomina è operata dal Presidente del consiglio di amministrazione⁴⁵).

Un discorso a parte merita la realtà delle società partecipate da enti locali, in cui l'azione del socio può rispondere o essere indirizzata da logiche eminentemente politiche. In tal caso, la verbalizzazione della motivazione e l'indicazione dei criteri selettivi e valutativi del componente – meglio se impiegati con modalità comparativa – potranno contrastare scelte totalmente discrezionali, come designazioni improntate a logiche esclusivamente politiche.

⁴² Sui caratteri applicativi generali, riguardanti qualsiasi ente collettivo, rinviamo al Position Paper di Aodv 231 "Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza", 1 febbraio 2010, in www.aodv231.it.

⁴³ Cfr. anche le prescrizioni di cui al d.m. 28 dicembre 2001, Codice di comportamento dei dipendenti della P.A.

⁴⁴ Anche attraverso il *monitoring* esercitato dal Dipartimento della Funzione Pubblica secondo quanto prescritto dal punto n. 39 della recente Legge Anticorruzione.

⁴⁵ Il Modello di CDP prevede che il Presidente dell'OdV venga indicato dagli azionisti di minoranza, il componente effettivo esterno sia scelto dal Presidente del CdA, mentre componente interno effettivo risulti il Responsabile dell'*Internal Auditing*.

In merito alla stretta relazione con l'organo politico regionale, la recente delibera della Giunta Regione Lazio n. 112 del 23 marzo 2012, regolante i rapporti con le società in regime *in house*, riserva alla Regione-socio la nomina di un componente dell'Organismo di Vigilanza – di norma oggetto di valutazione dell'organo amministrativo – e impone a quest'ultimo la trasmissione, anche alla Regione, di una relazione semestrale circa le attività svolte dall'Organismo.

Spetta all'organo amministrativo la facoltà di revoca del soggetto nominato. Rispetto alle società partecipate pubbliche, risulta oltremodo opportuna una puntuale regolamentazione di tale esercizio, mediante il rafforzamento di quelle misure di tutela del componente (*in primis*, la ricorrenza e la verifica di una "giusta causa" di revoca) da determinazioni del socio pubblico rispondenti a logiche eminentemente politiche.

5.2 Compenso

L'incarico di componente dell'Organismo di Vigilanza della società partecipata pubblica potrebbe essere conferito a un professionista (natura di mandato), come pure a un rappresentante dell'ente pubblico-socio.

Il principio dell'onerosità dell'incarico per le funzioni espletate (e correlate responsabilità) rafforza il requisito dell'indipendenza e dell'autonomia e contrasta il determinarsi di posizioni di soggezione. Anche in caso di silenzio del contratto o dell'atto di investitura, l'onerosità è elemento presunto, in virtù del generale principio dell'art. 1709 c.c.⁴⁶.

La determinazione deve fondarsi su criteri quanto più obiettivi possibile, anche in un'ottica di trasparenza. Di regola, non deve sorreggersi su componenti variabili, specie se collegate a risultati economico-finanziari, ovvero al buon esito di operazioni straordinarie, non solo perché l'Organismo è estraneo all'attività gestoria, ma anche perché le modalità attraverso cui detti risultati vengono raggiunti rientrano nell'oggetto dei controlli che esso è chiamato a effettuare.

Se di prassi la quantificazione avviene adottando volontariamente parametri forniti da tariffe professionali, per le società partecipate pubbliche tale operazione sollecita ulteriore trasparenza, stante la tendenziale incidenza di criteri valutativi o di opportunità ulteriori e diversi (in specie di natura politica, ma oggi rispondenti anche ad esigenze di *spending review* presso il socio pubblico).

Non è da considerarsi applicabile la prescrizione normativa che dispone la riduzione dei compensi di amministratori e controllori di società a partecipazione pubblica totalitaria, non quotate (art. 6, comma 6, l. 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"⁴⁷). Rispetto ai componenti dell'Organismo di Vigilanza difetta la natura di

⁴⁶ In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, Sez. V Civ., sent. 8 agosto 2012, n. 9258.

⁴⁷ "Nelle società inserite nel conto economico consolidato della Pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196,

organo societario, risultando una funzione indipendente (ufficio) in *staff* all'organo amministrativo.

Quanto all'obbligo di reversibilità del compenso del componente designato dall'ente pubblico-socio, a beneficio dell'amministrazione di appartenenza⁴⁸, si nutre più d'una perplessità per le ragioni su dette. Le medesime perplessità si avvertono per i casi di mancata corresponsione del compenso al componente di nomina interna (responsabile di una funzione aziendale) nell'Organismo a composizione mista, che amplifica il già gravoso rapporto di subordinazione, gerarchica e aziendale.

Pur quando la gratuità dell'incarico possa trovare ragione e contemperamento nel trattamento economico riconosciuto al componente dall'ente pubblico di appartenenza, ricorre una condizione di soggezione economica al socio pubblico, che condiziona l'esercizio delle funzioni dell'organismo.

5.3 Budget finanziario di dotazione

La dotazione di un congruo *budget* di diretta fruizione da parte dell'Organismo costituisce, di regola, garanzia di autonomia e indipendenza nell'espletamento delle funzioni.

Anche per le società partecipate pubbliche sovviene l'esigenza di una congrua dotazione per ciascun esercizio, parametrata alle concrete necessità operative dell'Organismo.

Rivestono, poi, carattere necessario la trasparente e formale rendicontazione dell'utilizzo del *budget* in disponibilità e la dotazione effettiva di esso, non meramente dichiarata dal socio pubblico. Esigenze di contenimento dei costi in epoca di *spending review* potrebbero, infatti, trasformare in "virtuale" detta dotazione.

5.4 Profilazione dell'Organismo

La configurazione plurisoggettiva dell'OdV, anche per le società partecipate pubbliche, risulta scelta preferenziale, atta a garantire competenza specialistica e multidisciplinare, autonomia e continuità d'azione nella gestione dei molteplici ed eterogenei profili della sua attività.

nonché nelle società possedute direttamente o indirettamente in misura totalitaria, alla data di entrata in vigore del presente provvedimento dalle amministrazioni pubbliche, il compenso di cui all'articolo 2389, primo comma, del codice civile, dei componenti degli organi di amministrazione e di quelli di controllo è ridotto del 10 %. La disposizione di cui al primo periodo si applica a decorrere dalla prima scadenza del consiglio o del collegio successiva alla data di entrata in vigore del presente provvedimento. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società quotate e alle loro controllate".

⁴⁸ Il d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle autorità pubbliche*, all'art. 53 impone il versamento del compenso a cura dell'ente erogante o, in difetto, del percettore medesimo, nel conto d'entrata dell'amministrazione di appartenenza del dipendente pubblico investito dell'incarico (nel caso, di componente dell'OdV della società partecipata pubblica).

Si raccomanda l'istituzione di un Organismo collegiale misto, composto da almeno tre componenti, in maggioranza esterni (tra cui il Presidente) e almeno un interno, preferibilmente il responsabile dell'*Internal Auditing* o, se presenti, della *Compliance* o del *Risk Management*.

Quanto alla facoltà accordata dal nuovo comma 4-*bis* dell'art. 6 del Decreto⁴⁹, rinviamo alle considerazioni e valutazioni critiche dettagliate nel Position Paper di AODV^{231 50}.

A presidio dell'autonomia e indipendenza della partecipata dall'invadenza del socio pubblico (specie se totalitario)⁵¹, prescrizioni ed eventuali vincoli procedurali regolanti l'operatività dell'OdV non dovranno trovare collocazione nel Regolamento interno, che costituisce strumento di autorganizzazione nella libera disponibilità dell'Organismo stesso, bensì nel c.d. Statuto dell'OdV.

Ove la società pubblica ne sia priva, le modalità e le garanzie del corretto espletamento delle funzioni dell'Organismo potranno essere dichiarate nel Codice etico, o nella parte generale dei Protocolli comportamentali.

5.5 Controlli e flussi informativi

Prima di esaminare l'assetto dei controlli e del coordinamento *inter/intra* organico nelle società partecipate pubbliche, merita accennare all'attività di vigilanza espletata dalla Corte dei Conti.

Giusta la legge 21 marzo 1958, n. 259, la Corte – nell'ambito delle funzioni assegnategli dall'art. 100 Cost. – vigila affinché gli enti che gestiscono ingenti quote di risorse pubbliche si attengano a parametri di legittimità e improntino la loro gestione a criteri di efficacia ed economicità. Tale controllo, aggiuntivo rispetto a quelli societari previsti dalla legge e dallo statuto, tutela la natura pubblica degli interessi perseguiti dalle società, nonché delle risorse da esse gestite, ancorati a rigorosi parametri di economicità, di gestione e di razionalità economica delle scelte.

Un Magistrato della Corte dei Conti presiede alle riunioni dell'organo amministrativo, del collegio sindacale e del comitato per il controllo interno (ove presente). L'attività di

⁴⁹ Introdotto dall'art. 14 del Maxi-emendamento, legge 12 novembre 2011, n. 183.

⁵⁰ "La modifica all'art. 6: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza", 23 marzo 2012, in www.aodv231.it

⁵¹ È da ritenere impraticabile l'applicazione estensiva dell'art. 2449 c.c., che disciplina il potere del socio pubblico di nomina, in proporzione alla partecipazione detenuta, di amministratori e componenti di organi di controllo alla designazione dei componenti dell'OdV.

controllo può essere sia di legittimità, sia di merito⁵²; è concomitante e ha per oggetto l'intera gestione finanziaria e amministrativa degli enti partecipati dallo Stato⁵³.

Passando agli ordinari controlli endosocietari (collegio sindacale, *Internal Auditing*), si palesa, ovviamente anche per le società partecipate pubbliche, l'esigenza della pronta acquisizione di informazioni, esaustive e veritiere, da parte dell'Organismo di Vigilanza, l'analiticità delle quali dipende anche dalla specifico ambito di attività.

È bene che la comunicazione periodica da parte dei Responsabili aziendali di area nei confronti dell'Organismo debba sempre ricomprendere le seguenti informazioni:

- elenco nominativo dei soggetti legittimati a intrattenere relazioni con esponenti della P.A., con nota dettagliata dei contatti (eventualmente) intrattenuti da soggetti vicari per motivi di urgenza e necessità;
- elenco nominativo degli esponenti aziendali che agiscono formalmente in veste di "incaricati di pubblico servizio" o di "pubblici ufficiali";
- copia degli atti emanati dal socio pubblico (istruzioni, raccomandazioni, richieste) che rivestano carattere incidente sulla gestione della società;
- segnalazione delle richieste di assistenza legale avanzate da esponenti aziendali e informazioni riguardanti contestazioni, indagini, comunicazioni intercorse con la Magistratura Contabile;
- elenco dei fornitori di beni e servizi, con specificazione degli eventuali servizi ricevuti da società partecipate o di gruppo, da *outsourcer*, ovvero da altre strutture espressione del socio pubblico;
- comunicazioni circa modificazioni organizzative e del sistema delle deleghe;
- *report* riepilogativi delle attività sensibili svolte;
- copia dei *report* e delle rendicontazioni destinate al socio pubblico o ad Autorità pubbliche e di vigilanza;
- segnalazione di violazioni del Modello 231 o del Codice etico da parte di esponenti aziendali o di terzi.

Un rilievo particolare assumono, altresì, le istanze di concessione di fondi pubblici in gestione o finanziamenti.

Quanto al flusso reciproco di informazioni tra OdV e Collegio sindacale, lo stesso dovrà avere:

⁵² In caso di accertata irregolarità, la CdC può, in ogni momento, formulare i propri rilievi, mentre annualmente, in un'adunanza della Sezione Controllo Enti, effettua le proprie valutazioni sulla gestione finanziaria delle società a partecipazione pubblica. Tale delibera viene trasmessa al Parlamento per l'esercizio del suo controllo politico-finanziario, nonché ai Ministeri vigilanti per l'adozione dei provvedimenti correttivi, nonché per ottimizzare la gestione.

⁵³ Il Ministero dell'Economia esercita le funzioni di azionista per conto dello Stato in tutte le società eroganti servizi di interesse generale. Altre partecipazioni in società azionarie sono detenute dal Ministero dello Sviluppo economico, delle Politiche agricole, alimentari e forestali, da quello dei Beni e attività culturali e da quello della Difesa.

- cadenza annuale/semestrale, in relazione all'attività di vigilanza, manutenzione e aggiornamento del Modello 231 svolte dall'OdV;
- cadenza periodica, a riscontro delle attività di controllo effettuate;
- attivazione immediata, in presenza di criticità o segnalazioni.

Lo scambio di informazioni tra *l'Internal Auditing*, il Collegio sindacale e l'OdV interviene in presenza di criticità, per la condivisione di segnalazioni ricevute, in esito a valutazioni, monitoraggi o ispezioni rientranti nella competenza dei singoli organi.

Il flusso del *reporting* dall'OdV agli organi sociali – a parte la relazione annuale (o semestrale) di rendicontazione delle attività svolte e di pianificazione di quelle dell'esercizio successivo – vede quali destinatari l'organo amministrativo e il collegio sindacale. Salvo, di prassi, ulteriori destinazioni⁵⁴: quando previsto, il flusso è rivolto al Magistrato contabile che presenzi alle riunioni consiliari⁵⁵.

Consideriamo essenziale per l'espletamento delle funzioni dell'Organismo la relazione continuativa (o "ad evento") con i responsabili aziendali e con i *process owner*⁵⁶.

In ogni caso, l'attenta perimetrazione di competenze e responsabilità è indispensabile a contrastare il rischio del c.d. "affollamento organico", potenzialmente configurabile per le società partecipate pubbliche in quanto assoggettate anche a controlli esterni di stampo pubblicitario.

In tema di supervisione dell'OdV sulle operazioni di internalizzazione ed esternalizzazione del Modello 231 adottato, nonché sulla somministrazione dei moduli formativi in materia "231", valgono le indicazioni consolidate in dottrina e giurisprudenza per qualsiasi ente collettivo.

5.6 Responsabilità per danno erariale

Il tema della configurabilità del danno erariale per gli amministratori delle organizzazioni pubbliche è stato ampiamente dibattuto, anche dalla recente giurisprudenza.

Vigente il r.d. n. 1214/1934, detta responsabilità poteva sorgere solo per i danni provocati alle Amministrazioni da parte di pubblici funzionari, nell'esercizio delle proprie funzioni (Cass. SS.UU. sent. n. 1282/1982).

Dal 1994 la Cassazione e la Corte dei Conti ne hanno esteso l'alveo applicativo anche agli amministratori e dirigenti di enti pubblici economici e di società pubbliche, ancorché aperte ai capitali privati, nell'ambito delle relative attività d'impresa, recidendo la rilevanza della natura dell'ente e della sua attività.

⁵⁴ Ad es., Cinecittà Luce e Fintecna indicano nel loro Modello anche il Magistrato delegato della Corte dei Conti.

⁵⁵ Così previsto da Poste Italiane SpA e da Consip SpA.

⁵⁶ Poste Italiane ha dotato il proprio organismo del continuativo supporto da parte di una segreteria tecnica, di cui sono componenti i responsabili delle funzioni *Human Resources & Organization, Legal Affairs, Chief Financial Officer, Corporate Affairs e Internal Auditing*.

La sentenza 9 marzo 2012, n. 3692 delle SS.UU. della Cassazione (c. Poste SpA) ha consolidato l'orientamento più di recente espresso⁵⁷, secondo cui l'autonomia dello strumento societario legittima l'esperibilità dell'azione di responsabilità innanzi al giudice ordinario nei confronti di amministratori e dipendenti che, nel condurre la propria azione, abbiano compiuto/adottato una *mala gestio*, pregiudizievole per la partecipata pubblica⁵⁸.

Caso tipico è dato dal danno all'immagine e al prestigio dell'ente pubblico-socio, da esso direttamente patito per essere partecipe della società nella quale i comportamenti illeciti si sono manifestati.

La configurabilità di una responsabilità per danno erariale in capo al componente dell'OdV potrebbe, quindi, ipotizzarsi nella sola ipotesi in cui il socio pubblico risulti effettivamente e causalmente danneggiato (in termini di danno all'immagine) dal suo comportamento illegittimo. Ma rileva la circostanza ostativa della non riconducibilità dell'Organismo di Vigilanza al ruolo di organo sociale, né per il componente a quello di dipendente.

6. Conclusioni

Tirando le fila del discorso fin qui svolto, si sono esaminati (senza presunzione di esaudività) i molteplici fattori, peculiari e distintivi, talora antinomici per i frequenti innesti normativi in chiave pubblicistica, che caratterizzano le società partecipate pubbliche, nonostante la dichiarata natura di imprese privatistiche ribadita dalle più volte evocate sentenze della S.C., le nn. 28.699/2010 e 234/2011.

Il carattere ibrido di tali enti incide sulla *compliance* al d.lgs. n. 231/2001, rendendo più impegnative la "calibrazione" del Modello 231 ai caratteri peculiari del singolo ente e la sua funzionalità.

Difettando un Modello 231 elettivo, ritagliato sulla realtà delle società partecipate pubbliche, ma anche indicazioni giurisprudenziali dedicate, risulta indispensabile censire e apprezzare i fattori identitari e tipologici di tali enti, sia nell'impianto organizzativo, sia nell'esercizio dell'attività di rilevanza pubblica.

Nell'auspicio che il Legislatore, ora impegnato nella modernizzazione della P.A., voglia intervenire regolamentando anche tali aspetti, si è suggerita una congruente declinazione dell'armamentario degli strumenti organizzativi penal-preventivi applicabili alla

⁵⁷ Cass., SS.UU. 19 dicembre 2009, n. 26806 che ha dichiarato la competenza del G.O. in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, dovendo escludersi per l'autonoma personalità giuridica della società sia un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, che un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei Conti.

⁵⁸ La medesima sentenza fa salva l'ipotesi in cui l'azione di responsabilità sia volta a censurare il comportamento del rappresentante dell'ente partecipante, il quale abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero abbia compromesso la ragione stessa della partecipazione dell'ente pubblico, o ne abbia pregiudicato direttamente il patrimonio.

società pubblica, superando una semplicistica identificazione con l'ordinario ente collettivo privato.

Una speciale attenzione va posta rispetto a ruolo e funzioni (e responsabilità) dell'Organismo di Vigilanza, amplificate dall'ampiezza dei rischi-reato, dall'ingerenza del socio pubblico, dall'ipertrofica normativa anche in deroga al diritto comune, dalla numerosità di interlocutori e, soprattutto, per la rilevanza pubblica degli interessi serviti, del capitale sociale, del patrimonio e, talora, per la funzione di gestione della finanza locale.

Tale esigenza sollecita una completa e infungibile dotazione professionale ed esperienziale del componente dell'Organismo; diciamo, una sorta di *expertise*, in un ambito già specialistico e multidisciplinare, che permetta di operare in effettivo regime di autonomia e indipendenza d'azione, a cominciare dall'influenza del socio pubblico.