

ANTICIPAZIONI

ELISA SCAROINA

La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*

Il contrasto alla corruzione si prospetta, ormai da anni, quale settore privilegiato di sperimentazione di nuovi modelli di responsabilità. Le recenti Linee guida di ANAC sulle società a controllo e partecipazione pubblica hanno rappresentato un prezioso momento di riflessione sulle intersezioni tra sistema 231 e l. 190 del 2012, chiamando altresì lo studioso ad interrogarsi sulle prospettive di riforma della complessiva disciplina. L'obiettivo del lavoro è analizzare criticamente i punti di contatto e le non sempre nitide interferenze tra i contesti normativi sopra richiamati, prospettando in conclusione alcune linee di revisione del vigente assetto.

The prevention of corruption in Controlled and Public Participated Companies.

For years now, the fight against corruption has been a privileged area for testing new models of responsibility. The recent ANAC Guidelines on Controlled and Public Participated Companies provided a valuable opportunity for reflection on the intersections between the "231 legislation" and Law n.190/2012, inviting also the scholar to question himself about the perspectives of reforming the entire discipline. The objective of the work is to critically analyse the common points and the not always clear interferences between the regulatory contexts mentioned above, outlining in conclusion some lines of revision of the existing framework.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il contesto normativo di riferimento; 2.1 Le società in mano pubblica nel sistema dell'anticorruzione; 2.2. L'applicabilità del d.lgs. 231 del 2001 alle società in controllo pubblico - 3. Il modello organizzativo "integrato": peculiarità e problematiche della prevenzione del rischio-reato nelle società in controllo pubblico - 4. Gli organi di controllo nelle società in mano pubblica - 5. Conclusioni.

1. Premessa. L'articolato sistema dei controlli riferibili alle società in mano pubblica appare chiara espressione della mutata strategia adottata dal legislatore italiano nella lotta alla corruzione, da condursi non più in chiave solo repressiva, ma anzitutto preventiva, attraverso il coinvolgimento degli stessi potenziali soggetti attivi¹.

¹ Il presente lavoro è altresì destinato alla pubblicazione nel volume *Manuale dell'anticorruzione*, a cura di L. Foffani, D. Limone, V. Mongillo, G. Piperata, ed. Il Mulino.

² Per un'analisi di questa mutata prospettiva si rinvia a CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Torino, 2012; MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007; CARLONI, *L'anticorruzione tra prevenzione, manette e buonsenso*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019, nonché, per una riflessione più generale sulla funzione della pena anche in questi ambiti, PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 447 ss. Si vedano anche le considerazioni svolte sul tema nella Relazione annuale del Presidente dell'ANAC, presentata alla Camera dei Deputati il 6 giugno 2019, 19 ss., laddove si evidenzia che il modello italiano - focalizzato sulla prevenzione, oltre che sulla repressione - ha finora prodotto risultati incoraggianti,

Le concrete modalità di attuazione di detta (condivisibile) strategia comportano tuttavia una serie di rilevanti ricadute non soltanto sui destinatari, ma anche sull'intero sistema.

Sotto il primo profilo, quella che è stata definita la *partnership* pubblico-privato nella lotta contro l'illegalità implica un aggravio dei costi e degli adempimenti a carico delle imprese, a fronte di benefici tutt'altro che certi e stimabili². D'altro canto, il peso che gli strumenti di *soft law* stanno assumendo nel contesto – soprattutto – del diritto penale dell'economia, ove è particolarmente accentuato il ricorso all'integrazione della normativa primaria ad opera non soltanto di fonti regolamentari e discipline di varia origine, ma anche di strumenti di autoregolamentazione privata, rischia di porre delicati problemi in punto di rispetto del – sempre più in crisi – dogma della legalità in materia penale³.

La disciplina delle società partecipate dallo Stato risulta particolarmente significativa di questa tendenza. Saldamente legate al cordone ombelicale dell'ascendente pubblico, ma sempre più proiettate sul mercato, le società in questione, in ragione della loro scomoda natura ancipite, finiscono oggi per l'essere assoggettate sia alla disciplina generale di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, sia, per quanto in particolare riguarda la materia della corruzione, alla previsioni della l. 190 del 2012 (e, conseguentemente, alla normativa secondaria di dettaglio emanata dall'ANAC - Autorità Nazionale Anticorruzione).

Il fenomeno assume particolare rilievo posta anche la diffusione delle società a partecipazione pubblica, sovente utilizzate dallo Stato quale strumento di intervento diretto sul mercato e accesso a diverse forme di finanziamento⁴,

consentendo al nostro Paese un miglioramento di ben 16 posizioni (dal 69° al 53° posto) nella graduatoria del livello di percezione della diffusione della corruzione redatta da *Transparency International*.

² CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 65 ss.; MEZZETTI, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 140.

³ BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 536 ss.; PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 261 ss. Con specifico riferimento alla materia che qui viene in considerazione si veda anche FOGLIA MANZILLO, *A proposito delle Linee Guida dell'ANAC sulle società partecipate da enti pubblici: quando la soft law diviene hard law*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 174 ss.

⁴ Per un'analisi del complesso e variegato scenario della presenza pubblica in contesti societari di più o meno grandi dimensioni, si rinvia all'indagine condotta da ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008, in www.assonime.it, 8 ss. In estrema sintesi, lo studio evidenzia che le partecipazioni, dirette e indirette, dello Stato attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze riguardavano, alla data di pubblicazione del rapporto, circa 400 società, che impiegavano circa mezzo milione di persone, pari a quasi il 2% del totale nazionale, contribuendo allo sviluppo dell'economia italiana nella (rilevante) misura dell'11% del prodotto interno lordo. Ancor più significativi sono i dati relativi alle società partecipate dalle amministrazioni locali (comuni, province, regioni e

che si ritrovano oggi destinatarie di una superfetazione normativa che, se può giustificarsi alla luce della diffusione del fenomeno corruttivo, deve, per non pregiudicare l'efficienza dell'attività d'impresa, connotarsi in termini di razionalità e prospettare reali benefici per l'ente virtuoso⁵.

2. Il contesto normativo di riferimento. Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica costituisce una peculiarità dell'ordinamento italiano che affonda le sue radici nella costituzione nel 1934 dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale, l'IRI, e che, nato per consentire allo Stato di intervenire a supporto delle imprese in difficoltà o assicurare prestazioni che il settore privato non era interessato a svolgere, ha poi assunto un'importanza di primo piano nello sviluppo dell'economia italiana del dopoguerra⁶.

A seguito della soppressione del Ministero delle partecipazioni statali nel 1993, si prospetta un progressivo - e ancora in corso⁷ - arretramento dello Stato centrale nell'attività economica a favore di sempre più radicali interventi di privatizzazione; nel contempo tuttavia, anche a seguito dell'accentuarsi delle autonomie locali nel quadro della riforma costituzionale del 2001, si moltiplicano gli enti creati per il perseguimento di specifiche finalità o la prestazione di beni o servizi.

La dottrina commercialistica ha sovente rimarcato l'esigenza di preservare la coerenza della regolamentazione delle società in controllo pubblico con la disciplina degli istituti privatistici, in modo da evitare, conformemente alle originarie intenzioni del legislatore⁸, un'estensione della causa societaria in

comunità montane) che risulterebbero essere circa 5.000. Si nota ancora che nel tempo il fenomeno, lungi dal ridimensionarsi, si è evoluto attraverso la costituzione di nuove importanti società poste a supporto dell'attività delle amministrazioni, quali Consip, Consap, Sviluppo Italia, Italia Lavoro, mentre si conferma la presenza dello Stato in società con azioni quotate (quali Eni, Enel, Terna, Alitalia) e con azioni non quotate (come Cassa depositi e prestiti), in alcuni casi in termini di partecipazione totalitaria (quali Ferrovie dello Stato e Anas).

⁵ S. MANACORDA, *L' idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 107.

⁶ SARACENO, *Partecipazioni statali*, voce in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 43 ss.; D'ALBERGO, *Partecipazioni statali*, voce in *Nov. Dig. It.* (Appendice), vol. V, 1984, 731 ss.; CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2008.

⁷ Si vedano, al riguardo, il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. L. 6 agosto 2008, n. 133, la l. 14 settembre 2011, n. 148 e la l. 7 agosto 2012, n. 135.

⁸ La Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile precisa infatti che «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici», di talché «la disciplina comune delle società per azioni deve [...] applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongono diversamente».

senso pubblicistico.

Senonché, nonostante sia nata nell'intento di liberarla dagli appesantimenti tipici dell'azione amministrativa, la società in controllo pubblico non è mai del tutto riuscita ad affrancarsi da tale sua matrice pubblicistica, essendo frequentemente vista come una entità di "diritto speciale", riconducibile a una nozione estesa di pubblica amministrazione⁹.

Stante dunque la natura polimorfica delle società a partecipazione pubblica, risulta particolarmente difficile non soltanto ricondurre dette realtà a una disciplina unitaria, ma anche – ai fini che qui rilevano – individuare gli obblighi in materia di anticorruzione su di esse gravanti.

Sotto il primo profilo, un significativo sforzo è stato recentemente compiuto dal d.lgs. 175 del 2016 (Testo Unico in materia di società a controllo pubblico)¹⁰, finalizzato a razionalizzare il settore, avendo particolare riguardo alla costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché all'acquisto, al mantenimento e alla gestione di partecipazioni, dirette o indirette, in capo alle stesse in società pubbliche. Come precisato all'art. 1 del decreto, la disciplina, preso atto della diffusa presenza dello Stato nel capitale di società aventi natura privatistica, persegue l'ambizioso obiettivo di conciliare la vocazione pubblicistica di detti enti, attraverso anzitutto il riordino e la riduzione della spesa pubblica, con la promozione della concorrenza e del mercato¹¹. In ottica di limitazione dell'intervento pubblico nel mercato, si prescrive che le amministrazioni possano costituire società o acquisire e mantenere partecipazioni nelle stesse soltanto a condizione che ciò sia strettamente necessario per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (art. 4) e, in

⁹ Sul tema si veda MICHELI, *La responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, 2018, 892 ss. L'Autrice rileva altresì come l'origine (in tutto o in parte) del capitale investito abbia giustificato alcune deroghe al diritto societario, avendo tra l'altro riguardo al riconoscimento al socio pubblico di particolari privilegi, quali, ad esempio, quelli stabiliti dall'art. 2449 c.c. in base al quale lo statuto può prevedere la facoltà per lo Stato o altri enti pubblici di nominare in sede extra assembleare amministratori e sindaci di società per azioni che non fanno ricorso al capitale di rischio a condizione che il socio pubblico sia titolare di una partecipazione azionaria e che il numero dei soggetti eletti sia proporzionale alla partecipazione posseduta. Si rimarca peraltro come dette deroghe, stante la scelta operata dall'amministrazione a favore di una forma tipizzata di organizzazione societaria e dello "schema contrattuale" per essa previsto, non dovrebbero essere tali da comportare uno snaturamento della essenza privatistica della società "pubblica".

¹⁰ Per un commento alla disciplina si veda AULETTA (a cura di), *I controlli nelle società pubbliche. D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175. T. U. in materia di società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2017; VIGNOLI, *Spunti critici e ricostruttivi in tema di Testo Unico delle società a partecipazione pubblica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, 9 ss.

¹¹ VIGNOLI, *Questioni controverse in materia di società pubbliche: le risposte del T.U. n. 175/2016*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 1, 2018, 135.

tale prospettiva, si rimette al management della società in questione la valutazione in ordine all'opportunità di adottare strumenti, anche di controllo interno, finalizzati a garantire la correttezza dei rapporti non soltanto con i soci, ma, più in generale, con consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori (art. 6)¹².

2.1 Le società in mano pubblica nel sistema dell'anticorruzione. In questo contesto si inseriscono altresì gli adempimenti connessi alla prevenzione della corruzione. A tale riguardo, i principali riferimenti normativi sono rappresentati, da un lato, dal d.lgs. 231 del 2001 e, dall'altro, dalle norme in tema di corruzione e trasparenza (rispettivamente l. 190 del 2012 e d.lgs. 33 del 2013, entrambe da ultimo modificate dal d.lgs. 97 del 2016). A queste ultime devono aggiungersi gli strumenti di *soft law* costituiti dai provvedimenti dell'ANAC, che di tale disciplina primaria rivendica il ruolo di interprete, avendo particolare riguardo alle Linee guida di cui alle determinazioni nn. 8 del 2015 e 1134 del 2017¹³.

La l. 190 del 2012 grava, come noto, le pubbliche amministrazioni di una serie di (veri e propri) obblighi il cui adempimento è finalizzato a minimizzare il rischio di commissione di fatti di corruzione e, più in generale, di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività che dovrebbero essere governate dai principi di buon andamento e imparzialità ai sensi dell'art. 97 Cost. A tal fine, la legge impone alle pubbliche amministrazioni di predisporre piani di prevenzione della corruzione (PTPC), procedure per la selezione e formazione dei dipendenti chiamati ad operare in settori particolarmente esposti, nonché la nomina di un responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT)¹⁴.

Il d.lgs. 33 del 2013, dal canto suo, contempla una serie di obblighi in materia di trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni al fine di promuovere la partecipazione dei soggetti interessati

¹² In argomento si veda GUIZZI, *L'interesse sociale nelle società pubbliche*, in AULETTA, *I controlli nelle società pubbliche*, cit., 9.

¹³ MORBIDELLI, *Linee Guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, 273 ss.; C. MANACORDA, *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 *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 148.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 1, co. 7, della l. n. 190 del 2012, il RPCT deve essere individuato dall'organo di indirizzo politico preferibilmente tra i dirigenti amministrativi di prima fascia. Per un'analisi dei compiti e delle responsabilità del RPCT, si rinvia a ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 47 ss.

all'attività amministrativa e favorire forme di controllo sulle attività istituzionali, con l'obiettivo anche di prevenire comportamenti illeciti.

All'atto dell'emanazione della l. 190 e della normativa sulla trasparenza, attuativa della delega conferita in materia, era quanto meno controverso che le società partecipate dallo Stato e dagli altri enti pubblici potessero essere annoverate tra i destinatari di detta disciplina¹⁵. I naturali interlocutori della normativa anticorruzione erano, per l'appunto e ai sensi dell'art. 1, le pubbliche amministrazioni centrali e locali, ovvero proprio i soggetti espressamente esclusi dal campo dei destinatari del d.lgs. n. 231 del 2001, che si riferisce solo agli enti, anche privi di personalità giuridica, diversi dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, nonché da quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale¹⁶.

Nelle - condivisibili - intenzioni del legislatore del 2012 la disciplina era dunque diretta a completare il quadro delle iniziative volte a contrastare in chiave preventiva i fenomeni corruttivi. L'articolato scenario contemplava quindi, da un lato, nel settore privato, il regime prefigurato dal d.lgs. 231 del 2001 tutto centrato sul ruolo svolto, sul piano dell'esclusione o attenuazione della responsabilità dell'ente, dal modello organizzativo finalizzato a prevenire la commissione (anche) dei delitti di corruzione; dall'altro, sul versante pubblico, un analogo meccanismo preventivo, combinato con regole in tema di trasparenza dell'azione amministrativa e di incandidabilità nonché decadenza dai pubblici incarichi. Si trattava dunque di un armonico mosaico di disposizioni miranti a realizzare l'obiettivo di associare alla tradizionale - e rafforzata - minaccia di severe pene detentive e interdittive, un corredo di misure preventive omogenee¹⁷, dirette ad assolvere altresì a un'auspicabile finalità educativa e di promozione di comportamenti virtuosi¹⁸.

In questo contesto dotato di una propria intrinseca razionalità, si è successi-

¹⁵ Come sottolinea lo stesso CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Riv. soc.*, 2019, 233 ss., la l. 190 del 2012 non citava mai espressamente le società pubbliche come destinatarie delle misure anticorruzione.

¹⁶ In argomento sia consentito di rinviare a SCAROINA, *Principi generali. I soggetti*, in LATTANZI, SEVERINO (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Manuale di diritto punitivo degli enti*, Torino, in corso di pubblicazione.

¹⁷ Per un'analisi approfondita dei punti di contatto e delle comuni finalità dei modelli di prevenzione della corruzione e dei modelli organizzativi, si veda ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione*, cit., 44 ss.; BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Diritto pen. e proc.*, 2016, 1507 ss.

¹⁸ FLICK, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cass. pen.*, 2014, 2754 ss.; ID., *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?* in *Cass. pen.*, 2015, 2980 ss.; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 54 ss.

vamente inserita l'ANAC con le richiamate «*Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*» di cui alla determinazione n. 8 del 2015, dove, interpretando in senso per la verità estensivo i poteri conferiti all'Autorità¹⁹, si è mosso il primo deciso passo verso l'estensione della disciplina anticorruzione anche alle società in controllo pubblico²⁰.

Più nel dettaglio, sulla base di alcuni (per la verità quanto meno equivoci) riferimenti contenuti nella l. 190²¹, l'Autorità, da un lato, ha ritenuto di ravvisare

¹⁹ CANTONE, *La prevenzione della corruzione*, cit., 233 ss., rivendica la correttezza sostanziale dell'intervento di estensione dei destinatari della disciplina realizzato attraverso «un atto generale di *soft law* (rubricato come linee guida), pur non esplicitamente autorizzato da nessuna disposizione, ma rientrante nei poteri di regolazione generale spettanti alle autorità indipendenti». Sui contenuti e sui limiti del potere di regolazione attribuito all'ANAC, si veda NARDONE, *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'ANAC: natura giuridica e strumenti di tutela*, in *Foro. amm.*, 2019, 1131 ss.

²⁰ BARTOLOMUCCI, *Le Linee Guida di ANAC per le società in mano pubblica: un'occasione mancata per l'enforcement della normativa su anticorruzione e trasparenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 193 ss.; CALZONE, *Linee Guida A.N.A.C.: implicazioni pratiche sulle metodologie di individuazione e valutazione dei rischi di corruzione nelle società in controllo pubblico*, *ivi*, 291 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*, *ivi*, 217 ss.; G. AITA, A. AITA, SILLA, PATSIS, *Le determinazioni dell'ANAC inerenti all'aggiornamento 2015 del Piano Nazionale Anticorruzione e al regime applicabile agli enti di diritto privato in controllo pubblico*, *ivi*, 2016, 307 ss.; ARTUSI, VERNERO, *231 e anticorruzione: punti interrogativi per le società partecipate «non in controllo pubblico»*, *ivi*, 183 ss.; BORTOLOTTI, BOGGIO MARZET, *La natura dell'illecito amministrativo 231/2001 nelle società partecipate*, *ivi*, 198 ss.; 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*, *ivi*, 169 ss.; IPPOLITO, *Il modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001 «integrato» dalle misure anti-corruzione nelle società partecipate non in controllo pubblico*, *ivi*, 188 ss.; C. MANACORDA, *Modello di organizzazione e di gestione ex decreto 231 e adempimenti anticorruzione e sulla trasparenza: una convivenza problematica*, *ivi*, 2017, 23 ss.; ID., *Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica: quali spazi per il decreto 231?*, *ivi*, 77 ss.

²¹ CANTONE, *La prevenzione della corruzione*, cit., 233 ss., rileva che la disciplina «sembrava propendere per la [...] attrazione nel sistema della prevenzione» degli enti in controllo pubblico. Tale inclinazione si sarebbe in particolare palesata nei commi 60 e 61 dell'art. 1, laddove si prevedeva che in sede di conferenza unificata di Stato, regioni e autonomie locali fossero definiti gli adempimenti per la sollecita attuazione della medesima legge 190 e dei relativi decreti delegati nelle regioni, nelle province autonome e negli enti locali, nonché «negli enti pubblici e nei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo». Meno equivoco era al riguardo, in tema di trasparenza, il d.lgs. n. 33 del 2013 che, all'art. 11, co. 2, stabiliva che alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni e alle società da esse controllate si applicasse, limitatamente alle attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale o dell'Unione europea, un regime di trasparenza attenuato, previsto dai commi da 15 a 33 della l. n. 190 del 2012. Ancora, il d.lgs. n. 39 del 2013, in materia di inconferibilità ed incompatibilità, prevedeva l'applicazione esplicita di alcune delle sue disposizioni anche alle società pubbliche, quantomeno quelle

«l'intenzione del legislatore di includere anche le società e gli enti di diritto privato controllati e gli enti pubblici economici fra i soggetti tenuti all'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza» e, dall'altro, di approntare una specifica disciplina volta ad adeguare i contenuti delle medesime disposizioni normative «che, dando per presupposti modelli organizzativi uniformi, mal si attagliano, non solo alle diverse tipologie di pubbliche amministrazioni, ma anche a soggetti con natura privatistica»²².

Nonostante le forti critiche avanzate dalla dottrina in merito a tale ardita operazione ermeneutica²³, l'Autorità ha mantenuto ferma la propria posizione nella successiva determinazione n. 1134 del 2017, dove, in sede di aggiornamento delle citate Linee Guida, ha ribadito l'assoggettamento delle società in mano pubblica alla disciplina in materia di prevenzione della corruzione nel settore pubblico, adducendo questa volta, quale indice di conferma della (quanto meno sopravvenuta) correttezza della propria impostazione, le recenti modifiche operate dal d.lgs. 175 del 2016 nonché, e soprattutto, dal d.lgs. 97 del 2016²⁴.

Per quanto concerne anzitutto il profilo della trasparenza, tale ultima norma ha infatti introdotto nel d.lgs. 33 del 2013 l'art. 2 *bis*, ai sensi del quale le regole in tema di trasparenza si applicano anche, in quanto compatibili, agli enti pubblici economici e agli ordini professionali, nonché alle *società in controllo pubblico* così come definite dall'art. 2, co. 1, lett. m) del d.lgs. 175 del 2016²⁵.

controllate, contenendo anche, all'art. 1, lett. c), una definizione di "enti di diritto privato in controllo pubblico".

²² Così la determinazione n. 8 del 2015, § 1, 8.

²³ FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione*, cit., 2980; BARTOLOMUCCI, *Le Linee Guida di ANAC*, cit., 197.

²⁴ Nell'intento di avvicinare il nostro ordinamento a quelli caratterizzati dalla c.d. FOIA (*Freedom of Information Act*), il d.lgs. n. 97 del 2016, rubricato «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della l. 190/2012 e del d.lgs. 33/2013, ai sensi dell'art. 7, l. 124/2015, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», da un lato ha introdotto, accanto agli obblighi di pubblicazione già disciplinati dal decreto legislativo in materia di trasparenza, un vero e proprio diritto a forme di accesso alle informazioni, dati e documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, dall'altro, per quanto per l'appunto qui rileva, è intervenuto sull'ambito soggettivo di applicazione delle norme in questione. In argomento si vedano RUSSO, *Prevenzione della corruzione, trasparenza e modello 231 nelle società in controllo pubblico «quote» e nelle loro partecipate*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 31 ss.; SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 452 ss.

²⁵ Nelle Linee Guida n. 1134 del 2017 l'ANAC specifica che le società aventi natura pubblica devono dare attuazione alla disciplina in materia di trasparenza sia mediante la pubblicazione *on line* sul proprio sito *web*, sia attraverso la garanzia del diritto all'accesso ai dati ed ai documenti da esse detenuti in relazione all'organizzazione ed alle attività dalle stesse svolte.

L'estensione si riferisce in particolare alle società in cui, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. m) del d.lgs. n. 175 del 2016, «una o più amministrazioni pubbliche [ivi compresi, ai sensi dell'art. 2, co. 1, l. a) del d.lgs. n. 175 del 2016, gli enti pubblici economici] esercitano poteri di controllo». Secondo quanto disposto dalla lett. b) del medesimo comma, il “controllo” viene definito come «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile», precisando altresì che detta situazione «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»²⁶. Nelle Linee Guida 2017 la stessa ANAC ritiene dunque assimilabile a questa tipologia di controllo, espressamente richiamata dalla normativa di riferimento, anche quello fondato su un vincolo di natura contrattuale così come indicato dall'art. 2359, co. 1, n. 3, c.c. Nella stessa sede si precisa inoltre che rientrano fra le società a controllo pubblico anche quelle a controllo congiunto, ossia le società in cui il controllo ai sensi della disciplina civilistica è esercitato da una pluralità di amministrazioni (§ 2.1).

Una particolare (e diffusa) tipologia di controllo è quello, c.d. “analogo”, ovvero esercitato, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. o, del d.lgs. n. 175 del 2016, dalle amministrazioni sulle c.d. *società in house* di cui di regola gli enti pubblici si avvalgono per la prestazione di servizi di interesse generale²⁷. Lo stesso de-

²⁶ Per l'individuazione delle società in controllo pubblico interessate dalla disciplina si rinvia a C. MANACORDA, *Le nuove Linee Guida dell'ANAC*, cit., 150 ss. Si veda anche DONATIVI, “*Società a controllo pubblico*” e *società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giur. comm.*, 2018, 747 ss.

²⁷ L'art. 2, co. 1, lett. o) del d.lgs. n. 175 del 2016 definisce le società *in house* quali «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'art. 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'art. 16, comma 3». La norma chiarisce inoltre che «le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano sui di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata». Il tema della natura delle società *in house* è stato ripetutamente affrontato dalla giurisprudenza civile avendo riguardo in particolare alla loro assoggettabilità alla procedura fallimentare. Inizialmente Cass. civ., sez. U, n. 26283, 25 novembre 2013, aveva infatti evidenziato che le società *in house* costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi, negandosi dunque la possibilità che esse siano dichiarate fallite. In senso parzialmente diverso si è espressa Cass. civ., sez. I, n. 5346 del 22 febbraio 2019, secondo la quale la relazione esistente tra la società *in house* e amministrazione pubblica «non incide affatto sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica». In argomento in dottrina si vedano C. MANACORDA, *Società in house: la non fallibilità complica l'applicazione del decreto 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 187; ID., *Le nuove Linee Guida dell'ANAC*, cit., 151 ss.; PECORARIO, *La respon-*

creto, all'art. 2, co. 1, lett. c) e d), specifica che detta forma di ingerenza è «la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata».

La medesima disciplina dettata in tema di società controllate si applica, ai sensi sempre dell'art. 2 *bis*, co. 2, lett. c) del d.lgs. n. 33 del 2013, anche alle *associazioni* e *fondazioni* nonché a tutti gli enti di diritto privato comunque denominati e anche privi di personalità giuridica in controllo pubblico al ricorrere di determinate condizioni²⁸. Gli esempi più rilevanti di tali realtà sono costituite dalle fondazioni bancarie e dagli enti previdenziali istituiti ai sensi dell'art. 38, co. 2, Cost., ivi comprese, come chiarito anche dalla determinazione n. 8 del 2015 dell'ANAC, quelle aventi personalità giuridica di diritto privato ai sensi del D. Lgs. n. 509 del 1994²⁹.

All'assoggettamento delle società in controllo pubblico e degli altri enti fin qui indicati alla disciplina della trasparenza ha fatto seguito anche l'estensione ai medesimi soggetti delle prescrizioni in materia di anticorruzione: il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 1 della l. 190 del 2012 (introdotto dall'art. 41 del d.lgs. 97 del 2016), stabilisce oggi che tanto le pubbliche amministrazioni quanto «gli altri soggetti di cui all'articolo 2 *bis*, comma 2, del D.lgs. n. 33 del 2013» sono destinatari delle indicazioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione (PNA). Come si è già prima ricordato, infatti, la l. 190 del 2012 impone l'adozione di incisive misure finalizzate alla prevenzione dei fenomeni corruttivi quali, in particolare, l'obbligo di approvazione del Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione (PTPC), che, in attuazione del più generale PNA, «fornisce una valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione e indica gli interventi organizzativi volti a prevenire il me-

sabilità 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 *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 205 ss.

²⁸ Più in dettaglio, si richiede che dette società abbiano un bilancio superiore a € 500mila; che la loro attività sia finanziata in modo maggioritario, per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio, da pubbliche amministrazioni; che la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo di amministrazione o indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

²⁹ MASTRO, PAPOTTI, GALANZINO, *Applicazione della disciplina anticorruzione agli ordini e collegi professionali. L'esperienza dei collegi delle ostetriche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, 161 ss. Per quanto in particolare concerne le casse previdenziali dei professionisti, la citata determinazione n. 8 ha chiarito che, posto che detti enti non sono considerati in controllo pubblico, ma solo partecipati e vigilati da pubbliche amministrazioni, essi non sono tenuti ad adottare in maniera stringente le misure previste dalla legge n. 190 del 2012 né a nominare un RPCT, ma piuttosto ad approntare protocolli di legalità che disciplinino specifici obblighi di prevenzione della corruzione e di trasparenza, nonché a dotarsi dei modelli di organizzazione e gestione previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001.

desimo rischio» (art. 1, co. 5 e 9). Correlativamente e a garanzia dell'effettività della disciplina, si impone l'istituzione della figura del RPCT, cui spetta, tra gli altri, il compito di verificare l'efficace attuazione del piano anticorruzione e la sua idoneità, nonché di proporre la modifica dello stesso in caso di violazioni o mutamenti organizzativi o normativi, adempimenti la cui violazione comporta la possibilità di applicare gravose sanzioni disciplinari (art. 1, co. 7, 10, 12-14)³⁰.

Un regime diverso e meno stringente è invece dettato con riferimento alle *società (solo) in partecipazione pubblica*, tali dovendosi definire quelle di cui al decreto emanato in attuazione dell'art. 18 della l. 124 del 2015, ovvero sia le società in cui l'amministrazione o una società in controllo pubblico detengano una partecipazione che non ne consenta il controllo³¹. Sotto il profilo della trasparenza, ai sensi dell'art. 2, co. 3, del d.lgs. 33 del 2013, le società e gli enti partecipati sono infatti tenuti agli obblighi di pubblicazione e all'accesso civico generalizzato soltanto limitatamente «ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea», che di regola coincideranno con quelle che giustificano la partecipazione pubblica in una società privata. Evidentemente in ragione del più tenue legame con il soggetto pubblico, nessun ulteriore obbligo sussiste invece con riferimento agli enti partecipati in materia di prevenzione della corruzione: il citato art. 2 *bis* della l. 190 del 2012 estende infatti l'efficacia del PNA ai soli soggetti di cui all'art. 2 *bis*, co. 2 del d.lgs. 33 del 2013, non operando invece alcun richiamo al successivo comma 3 che, per l'appunto, si riferisce alle società e agli enti privati (solo) partecipati da enti pubblici.

Da questo composito contesto normativo, peraltro in costante evoluzione, si desume dunque che le società a controllo pubblico sono oggi assoggettate alla stringente disciplina in materia di trasparenza e anticorruzione dettata per le pubbliche amministrazioni, laddove le società solo partecipate da soggetti pubblici godono di più ampia autonomia, essendo destinatarie soltanto di obblighi ridotti in materia di trasparenza.

Restano al momento escluse da questa disciplina le società in controllo pubblico *quoted*, ovvero quelle che emettono azioni quotate in mercati regola-

³⁰ GUIDO, *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti derivante da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 281 ss.; IELO, *La legge 190 del 2012 ed il contrasto alla corruzione*, in *Quest. Giust.*, 2013, 122 ss.; MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen. proc.*, Speciale Corruzione, 2013, 4 ss.; 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 *Resp. amm. soc. enti*, 2014, 95 ss.

³¹ ARTUSI, VERNERO, *231 e anticorruzione*, cit., 183 ss.

mentati ovvero che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati, e quelle da esse partecipate (salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche).

Nella bozza delle Linee Guida 2017 sottoposte a consultazione l'ANAC aveva sostenuto la riconducibilità delle società quotate al novero delle *società in partecipazione pubblica* di cui all'art. 2 *bis*, co. 3 e aveva quindi sollecitato l'applicazione anche ad esse quanto meno della disciplina in materia di trasparenza rispetto alle attività di pubblico interesse. Con parere n. 1257 del 29 maggio 2017, il Consiglio di Stato ha per converso disatteso tale interpretazione, rimarcando, al punto *sub* 10, che l'esonero dagli adempimenti in questione trova giustificazione nella circostanza che «le società quotate sono sottoposte ad una serie di obblighi, di controlli e di sanzioni autonome, in ragione dell'esigenza di contemperare gli interessi pubblici sottesi alla normativa anticorruzione e trasparenza con la tutela degli investitori e dei mercati finanziari» e paventando altresì un rischio di «incoerenza sistemica» derivante dall'eventuale ingerenza dell'Autorità rispetto a competenze specifiche della Consob³².

Anche in questo delicato settore si prevedono tuttavia sviluppi, considerato che l'ANAC in sede di PNA ha segnalato al Governo e al Parlamento «la non piena coerenza della scelta operata con le esigenze di prevenzione della corruzione e di trasparenza» posto che, mentre potrebbe giustificarsi l'esclusione delle società quotate, in quanto «destinatari di un apposito qualificato regime di trasparenza», analogo giudizio non può formularsi per le società emittenti altri strumenti finanziari quotati, situazione che non pare in alcun modo mutarne la natura di entità gravitante nel settore pubblicistico.

2.2 L'applicabilità del d.lgs. n. 231 del 2001 alle società in controllo pubblico.

Meno controversa e travagliata è stata invece la strada che ha condotto a maturare l'opinione ormai prevalente in dottrina e sostanzialmente univoca in giurisprudenza quanto all'assoggettamento delle società partecipate dallo Stato o dagli enti territoriali al peculiare regime della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato³³.

³² VIGNOLI, *Spunti critici*, cit., 136. Il Consiglio di Stato ha in tale contesto altresì puntualizzato che le Linee Guida ANAC hanno natura di atto regolamentare attraverso il quale l'Autorità «chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla normativa (l. 190/2012 e d.lgs. 33/2013, come novellati dal d.lgs. 97/2016)» rispetto ai destinatari della stessa, non potendo all'evidenza modificarne o integrarne il contenuto.

³³ PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità*

Benché, come detto, il perimetro dei destinatari della disciplina sia chiaramente individuato dall'art. 1 del d.lgs. n. 231 del 2001 (che, oltre allo Stato, esclude i soli enti pubblici non economici, territoriali e svolgenti funzioni di rilievo costituzionale), nondimeno in dottrina erano inizialmente sorti dubbi quanto all'applicabilità del decreto all'universo proteiforme e articolato degli enti economici e in particolare delle società miste, società privatizzate e società c.d. pubbliche, ovvero destinate a perseguire – attraverso una struttura analoga a quella delle società di diritto privato – interessi di carattere generale anche attraverso l'attribuzione di prerogative di diritto pubblico³⁴.

Già prima dell'intervento definitivamente chiarificatore della giurisprudenza, la dottrina prevalente si era tuttavia in prevalenza pronunciata nel senso di ricomprendere gli enti pubblici economici ovvero quelli che, a norma dell'art. 2201 c.c., «hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale», tra i destinatari delle previsioni di cui al decreto 231.

Si è anzitutto al riguardo fatto leva sul contenuto del citato art. 1, co. 2, che, come detto, limita l'esclusione dalla disciplina di cui si tratta ai soli enti pubblici non economici, in linea con il criterio fondante l'intero impianto normativo che si rivolge alle organizzazioni che operino in una prospettiva di massimizzazione del profitto³⁵. A favore della più ampia accezione della nozione di ente pubblico economico depone poi altresì – si è notato – il dato dell'inclusione, nel novero dei c.d. reati presupposto della responsabilità degli enti, dei delitti di corruzione passiva e concussione che hanno come soggetto attivo principalmente esponenti di pubbliche amministrazioni necessariamente

ta amministrativa degli enti, Milano, 2002, 67 ss.; CERQUA, *Profili generali della responsabilità degli enti dipendenti da reato*, in *Corr. mer.*, 2007, 977; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 121 ss.; ROSSI, *La responsabilità degli enti (d.lgs. 231/2001): i soggetti responsabili*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 179 ss.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Lattanzi, Milano, 2010, 29 ss.; FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.*, 2010, 4083 ss.; PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*. Societas delinquere potest, Padova, 2011, 28; SANTORIELLO, *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 *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 15 ss.

³⁴ FARES, *La responsabilità dell'ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in *Cass. pen.*, 2004, 2203 ss.; C. MANACORDA, *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 153 ss.; VIGNOLI, *Spunti critici*, cit., 107.

³⁵ FARES, *La responsabilità dell'ente pubblico*, cit., 2201 ss.; BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 77 s.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 123; IELO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 101 ss.; DELSIGNORE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Milano, 2010, 86.

te diverse da quelle di cui al comma 3 dell'art. 1³⁶.

In seguito anche la giurisprudenza – dopo qualche invero isolato tentennamento³⁷ – ha affermato l'assoggettabilità degli enti pubblici economici al d.lgs. n. 231 del 2001, evidenziando che «il tenore testuale della norma è inequivocabile nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica»³⁸.

Ad analoghe conclusioni il giudice di legittimità è giunto in una successiva decisione, avente ad oggetto una c.d. società d'ambito operante nel settore della gestione dei rifiuti per conto di un'amministrazione locale. In tale occasione si è rimarcato come l'ente svolgesse in forma preminente – se non esclusiva – attività d'impresa, ponendo in essere un servizio pubblico impostato su criteri di economicità per consentire la totale copertura dei costi di gestione del ciclo rifiuti³⁹. Ancora una volta la Cassazione ha fatto leva sulla «preminente, se non esclusiva, attività di impresa che deve essere riconosciuta alla Società» in questione e che non è intaccata né dalla sua ascendenza pubblicistica né «dallo svolgimento di una attività, che ha sicuramente ricadute indirette su beni costituzionalmente garantiti quali ad esempio il diritto alla salute (art. 32 cost.), il diritto all'ambiente (art. 9 cost.), ma che innanzitutto si caratterizza per una

³⁶ IELO, *Società a partecipazione pubblica*, cit., 101; SANTORIELLO, *Sulla applicabilità della disciplina del decreto legislativo 231/2001 alle società a partecipazione pubblica*, in *Resp. amm. soc. enti, Interventi*, 2011; MASSI, "Veste formale" e "corpo organizzativo" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato. Un'analisi della "statica" della responsabilità degli enti nella prospettiva del diritto italiano e comparato, Napoli, 2012, 42 ss.

³⁷ Nella vicenda oggetto di Cass. pen., sez. II, n. 28699 del 21 luglio 2010, il Tribunale di Belluno, sezione riesame, con ordinanza in data 26 febbraio 2010, aveva annullato la misura cautelare applicata dal GIP a un'azienda ospedaliera sul presupposto dell'inapplicabilità del d.lgs. n. 231 del 2001 all'ente pubblico.

³⁸ Cass. pen., sez. II, n. 28699, cit. In argomento si vedano CORRIAS LUCENTE, *Spunti di riflessione sull'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica al d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti, Interventi*, 2011, 159 ss.; DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.*, 2011, 1889 ss.; GRINDATTO, *Sulla responsabilità da reato di una società azionaria svolgente attività ospedaliera*, in *Giur. it.*, 2011, 163 ss.

³⁹ Cass. pen., n. 234 del 10 gennaio 2010 che trae origine da un ricorso proposto dal Pubblico Ministero avverso l'ordinanza del Tribunale di Enna in data 12 maggio 2010 con la quale era stata rigettata la richiesta diretta all'applicazione di una misura interdittiva in via cautelare nei confronti di un ente costituito in forma di società di capitali svolgente, per conto del comune, il servizio pubblico in materia di gestione dei rifiuti e imputato ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 per l'illecito amministrativo dipendente dai reati di false comunicazioni sociali, formazione fittizia del capitale, truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche e malversazione a danno dello Stato. In argomento si veda AMATO, *Le società partecipate rispondono dell'illecito amministrativo?*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 143 ss.

attività e un servizio che, per statuto, sono impostati su criteri di economicità, ravvisabili nella tendenziale equiparazione tra i costi ed i ricavi, per consentire la totale copertura dei costi della gestione integrata del ciclo dei rifiuti».

Allo stato, dunque, può ritenersi consolidato il principio per cui anche le società in mano pubblica operanti secondo il modello privatistico rientrano nel perimetro del d.lgs. n. 231 del 2001.

Pur ritenendo condivisibili e corrette le conclusioni cui sono pervenute dottrina e giurisprudenza, non si può tuttavia non riconoscere come alla base della teoria che nega l'assoggettabilità degli enti pubblici economici al d.lgs. n. 231 del 2001 vi sia una preoccupazione tutto sommato fondata, relativa alle possibili ricadute pratiche della sottoposizione delle società partecipate dallo Stato al peculiare regime punitivo degli enti. Si prospetta, in particolare, il rischio che gli effetti della condanna possano riverberarsi sulla collettività la quale, attraverso lo strumento del controllo azionario e per il tramite di organi pubblici centrali e territoriali, partecipa al capitale e condivide dunque il rischio d'impresa di dette entità⁴⁰. Quanto in primo luogo alle conseguenze dell'applicazione all'ente pubblico economico di una sanzione interdittiva, alla preoccupazione che ad essa possa conseguire un grave pregiudizio per i cittadini, si può - almeno in termini astratti - replicare richiamando il disposto dell'art. 15 del medesimo d.lgs. 231 del 2001 che, come noto, impone al giudice di sostituire la misura con il commissariamento nel caso in cui «l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività»⁴¹. Si è peraltro non a torto dubitato della reale efficacia di detto rimedio stante da un lato l'ampia discrezionalità rimessa al giudice nell'operare la scelta del commissariamento; e dall'altro la delicatezza del compito attribuito al commissario, che rende tutt'altro che remoto il rischio della svalutazione dell'azienda sul mercato con conseguente dispersione del valore della stessa⁴².

Ulteriori perplessità derivano dal rischio di applicazione all'ente della sanzione pecuniaria e, soprattutto, di quella - potenzialmente più gravosa - della confisca del profitto che finisce inevitabilmente con il gravare sulla collettività nella misura della partecipazione azionaria di origine pubblica⁴³. E a tale preoccupazione non vale all'evidenza obiettare che la somma oggetto della sanzione è comunque destinata a confluire nel patrimonio dello Stato, posto

⁴⁰ IELO, *Società a partecipazione pubblica*, cit., 101 ss.; CORRIAS LUCENTE, *Spunti di riflessione*, cit.

⁴¹ SANTORIELLO, *La disciplina in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit.

⁴² CORRIAS LUCENTE, *Spunti di riflessione*, cit.

⁴³ CORRIAS LUCENTE, *Spunti di riflessione*, cit.

che, da un lato, nel caso ad esempio delle c.d. municipalizzate, ciò comunque potrebbe tradursi in un esborso da parte di un ente territoriale con gravi conseguenze per la sua stabilità finanziaria; dall'altro, che la condanna dell'ente può comportare significative ripercussioni sul posizionamento dell'impresa nel mercato e sulla capacità di sostenere il regime di concorrenza con le altre realtà economiche. In situazioni - quali quelle delle società *in house* - in cui sussiste un legame particolarmente forte tra ente pubblico partecipante e società partecipata, l'eventuale lesione del patrimonio dell'ente derivante dall'applicazione di una sanzione pecuniaria o interdittiva si riverbera inevitabilmente in modo immediato sulla collettività.

Pur nella consapevolezza che le citate disfunzioni originano - più che dalle scelte del legislatore del 2001 in materia - dalla stessa esistenza e diffusione nel nostro ordinamento di queste eterogenee realtà imprenditoriali partecipate della doppia natura privata e pubblica che, destinate ad estinzione sin dalla emanazione l. n. 359 del 1992, si sono mostrate particolarmente coriacee e resistenti a ogni tentativo di riduzione, non può non prospettarsi l'opportunità di una presa di posizione a livello normativo rispetto al tema, quanto meno in punto di migliori definizioni di professionalità, compiti, ruoli e responsabilità del commissario eventualmente nominato ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 231 del 2001.

3. Il modello organizzativo "integrato": peculiarità e problematiche della prevenzione del rischio-reato nelle società in controllo pubblico. All'esito della disamina fin qui condotta, può dunque concludersi che le società in controllo pubblico sono oggi destinatarie sia dei precetti del d.lgs. 231 del 2001 - e quindi gravate dell'onere, ove vogliano usufruire della causa di esonero dalla responsabilità prevista dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231 del 2001, della adozione e concreta attuazione di un idoneo modello organizzativo -, sia di quelli, solo parzialmente analoghi, derivanti dalla normativa anticorruzione.

Inoltre, e conseguentemente, le medesime società si trovano ad essere destinatarie degli *input* - potenzialmente eterogenei - provenienti al livello di *soft law*: da un lato, esse sono infatti chiamate a recepire, ai fini della predisposizione dei propri modelli organizzativi, le linee guida delle associazioni di categoria di cui all'art. 6, co. 3, del d.lgs. n. 231 del 2001⁴⁴; dall'altro - e in termini ben più stringenti e puntuali - sono assoggettate alle prescrizioni dettate di volta in volta dall'ANAC nel PNA, nonché ai controlli e alle verifiche di-

⁴⁴ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione*, cit., 81 ss.

sposti dalla medesima Autorità.

In un contesto operativo già gravato da molti ed eterogeni adempimenti, nasce dunque l'esigenza di evitare quanto meno eventuali sovrapposizioni e assicurare le condizioni per una accettabile convivenza dei due corpi normativi, tenendo conto delle differenze proprie dei due ambiti di responsabilità.

Sotto tale ultimo profilo si consideri, nella prospettiva dell'art. 25 del d.lgs. 231 del 2001, come nel *focus* dei meccanismi di gestione del rischio rientrano unicamente i reati di corruzione, concussione, induzione indebita e traffico d'influenze illecite commessi nell'interesse o vantaggio dell'ente: tale ultimo requisito, come noto, vale a far sì che l'illecito sia effettivamente riconducibile, anzitutto sul piano oggettivo, all'ente, salvaguardando in tal modo il principio di personalità della responsabilità (latamente) penale in coerenza con l'art. 27 Cost.⁴⁵.

Per converso, secondo quanto espressamente specificato nelle Linee Guida ANAC del 2017, la legge 190 «è volta a prevenire anche reati commessi in danno della società» e, più in generale, tutti quei comportamenti – potenzialmente qualificabili anche in termini di abuso d'ufficio, traffico di influenze illecite ecc., ovvero addirittura privi di rilevanza penale – inquadrabili nel concetto di *maladministration* (§ 3.1.1). In tale nozione devono essere compresi «atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento del cittadino nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse» (PNA 2015). L'intero sistema preventivo messo in piedi dalla l. 190 del 2012 postula dunque (e comunque non esclude) che il pubblico agente abbia agito in danno della pubblica amministrazione, quanto meno perché ha violato il principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.

Un'ulteriore profonda differenza tra i due 'tipi' di modello di organizzazione e gestione finalizzato alla prevenzione dei fenomeni corruttivi è data dal loro diverso carattere: mentre quello previsto dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231 del 2001 ha natura facoltativa⁴⁶, configurandosi come un onere da assolvere per l'ente qualora intenda, in caso di commissione di un reato nel suo interesse o vantaggio, avvalersi della relativa esimente; quello cui fa riferimento l'art. 5

⁴⁵ DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di Garuti, Milano, 2002, 51 ss.; ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 2008, 305 ss.; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, 341.

⁴⁶ DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo*, cit., 174.

della legge 190 è prescritto in via obbligatoria, prevedendosi all'art. 1, co. 12-14 della l. 190 gravose sanzioni disciplinari a carico del RPCT che non abbia curato la predisposizione del documento ovvero non abbia vigilato sul suo funzionamento e sulla sua osservanza.

Al di là di dette differenze, le società in controllo pubblico sono chiamate di fatto a dotarsi di entrambi gli strumenti, individuando soluzioni razionali al fine di rendere efficiente e non eccessivamente gravosa l'esigenza di conformarsi ai vari obblighi e oneri posti ai fini della prevenzione di fatti di corruzione.

Nella consapevolezza della complessità e del peso degli adempimenti in capo alle società in controllo pubblico, l'ANAC, nel contesto delle Linee Guida 2017, ha avuto modo di rimarcare che queste ultime sono destinatarie del PNA secondo un regime differenziato rispetto ai suoi originari e primari interlocutori, ovverosia le pubbliche amministrazioni, dovendosi esse limitare ad adottare misure integrative di quelle di cui al d.lgs. 231 del 2001.

Più in concreto, l'ANAC specifica che, ove la società in controllo pubblico abbia ritenuto di esercitare la facoltà prevista dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231 del 2001 adottando un modello organizzativo, essa è esonerata dall'obbligo di dotarsi di un separato PTPC, dovendo però comunque predisporre «misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi» del decreto 231.

Dal punto di vista concreto, secondo quanto specificato nella delibera n. 831 del 2016 (PNA 2016), tali enti «integrano il modello di organizzazione e gestione ex d.lgs. n. 231 del 2001 con misure idonee a prevenire anche i fenomeni di corruzione e di illegalità in coerenza con le finalità della l. 190/2012. Le misure sono ricondotte in un documento unitario che tiene luogo del PTPC anche ai fini della valutazione dell'aggiornamento annuale e della vigilanza dell'ANAC. Se riunite in un unico documento con quelle adottate in attuazione del d.lgs. n. 231/2001, dette misure sono collocate in una sezione apposita e dunque chiaramente identificabili, tenuto conto che ad esse sono correlate forme di gestione e responsabilità differenti». Analoga indicazione viene fornita in sede di Linee Guida 2017 per quanto riguarda le misure in materia di trasparenza volte ad assicurare la regolarità e tempestività dei flussi delle informazioni da pubblicare, dovendosi prevedere anche uno specifico sistema delle responsabilità ai sensi degli artt. 1, co. 9, lett. f) l. 190 del 2012 e 7 *bis*, co. 3, d.lgs. 33 del 2013 (§ 3.1.3).

Così come previsto per il modello 231, l'adozione delle misure in tema di prevenzione della corruzione e trasparenza compete, ai sensi dell'art. 1, co. 8,

l. 190, all'«organo di indirizzo della società, individuato nel consiglio di amministrazione o in altro organo con funzioni equivalenti».

Si prospetta dunque, in questo articolato disegno, quello che potremmo definire un “modello integrato”: al duplice fine di prevenire comportamenti espressione di (generica) *maladministration* e reati rilevanti ai sensi del d.lgs. 231 del 2001, la società in controllo pubblico adotta un unico documento articolato in una pluralità di sezioni distinte, in stretta connessione tra loro.

Nel dettaglio, l'ANAC, nelle più volte citate Linee Guida, precisa che le misure anticorruzione sono elaborate dal RPCT in stretto coordinamento con l'organismo di vigilanza cui, per la verità, l'art. 6, co. 1, lett. b), non attribuisce tale compito che, nella prassi, viene di regola svolto dalle competenti funzioni interne all'ente. A questo riguardo occorre rimarcare un'altra peculiarità della sezione del modello 231 concernente l'anticorruzione, posto che, come affermato dal citato art. 1, co. 8, l. 190, nonché dal § 5 del PNA 2016, l'elaborazione delle misure di prevenzione della corruzione (diversamente da quelle riferite ad altre tipologie di rischi) non può essere affidata a soggetti estranei alla società.

Comune è invece l'obiettivo insito nel regime di pubblicità del modello cioè quello di rendere edotti i dipendenti dell'ente in merito alle misure, procedure e controlli in materia di prevenzione (generale) dei reati rilevanti. In questa prospettiva, come accade in altre occasioni, le Linee Guida si limitano a recepire i risultati delle *best practice* consolidate nella materia 231, specificando che delle misure dovrà darsi comunicazione sia interna che esterna, normalmente attraverso il sito internet.

Del tutto analoga è, poi, la metodologia indicata al fine della predisposizione dei modelli integrati così come genericamente delineata dagli artt. 1, co. 9, l. 190 del 2012 e 6, co. 2, d.lgs. 231 del 2001: individuazione delle attività nell'ambito delle quali è prospettabile (*ex ante* e in astratto) un rischio di commissione di reati e delle relative misure di contrasto; previsione di meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni; definizione delle modalità di monitoraggio del rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti e dei rapporti tra l'ente e i relativi *stakeholder*; introduzione degli specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge; predisposizione di misure disciplinari connesse alla violazione del modello¹⁷.

Una prima significativa differenza tra i due modelli preventivi è data peraltro

¹⁷ ARENA, *Piani di prevenzione della corruzione e modelli organizzativi 231 nelle società a partecipazione pubblica*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, 121 ss.

dal maggiore sforzo di tipizzazione compiuto dall'ANAC, avvalendosi dell'esperienza maturata sul campo applicativo del d.lgs. n. 231 del 2001, avendo riguardo sia alle aree nel contesto delle quali potrebbero manifestarsi comportamenti illeciti, sia ai presidi da approntare al fine di minimizzare i relativi rischi. In tale contesto, nella già evidenziata corretta prospettiva di ridurre i margini di discrezionalità nella valutazione dell'idoneità dei modelli, senz'altro corretta è l'individuazione, compiuta peraltro già a livello normativo⁴⁸, di talune condotte che, quanto meno in astratto, si presentano particolarmente esposte al rischio di comportamenti illeciti, quali le autorizzazioni e concessioni, la scelta delle controparti per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alle relative modalità di selezione, la concessione ed erogazione (e, dall'altro lato, fruizione) di sovvenzioni, contributi, sussidi e vantaggi economici di qualunque genere; la selezione del personale e le progressioni di carriera. Ulteriori suggerimenti, ancora una volta sulla base delle *best practice* formatesi nella materia 231, si rinvengono nelle Linee Guida ANAC quanto alla rischiosità fisiologicamente insita nelle aree dei controlli, in quella economico-finanziaria, delle relazioni esterne e dei rapporti con amministratori pubblici. L'esperienza maturata in sede di predisposizione dei modelli 231 ispira inoltre la prescrizione per cui nella individuazione delle aree a rischio occorrerà tener conto della c.d. *case history*, ovvero di eventuali criticità già manifestatesi nel passato dell'ente⁴⁹.

Anche rispetto alla gestione dei rischi così individuati, la *soft law* espressa dall'ANAC contiene indicazioni ben più penetranti di quelle, invero assai generiche, fornite a livello 231 laddove, all'art. 6, co. 2, lett. b), il legislatore si limita a raccomandare la predisposizione di «specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire». Secondo un sistema dettagliatamente delineato nel PNA e

⁴⁸ Si noti infatti che la stessa l. 190 del 2012, all'art. 1, co. 16, si faceva carico di individuare alcune aree a rischio rispetto alla possibile commissione di fatti di corruzione di natura generale, ovvero valide rispetto a tutte le amministrazioni, quali le autorizzazioni o concessioni, la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, la concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, i concorsi e le prove selettive per l'assunzione e la progressione in carriera del personale. Successivamente, con l'aggiornamento PNA del 2015, l'ANAC ha indicato ulteriori aree quali: la gestione delle entrate, delle spese e del patrimonio; i controlli, le verifiche, le ispezioni e le sanzioni; gli incarichi e le nomine; gli affari legali e il contenzioso. Quanto al processo di gestione del rischio, il PNA del 2013, successivamente integrato dall'aggiornamento 2015, forniva dettagliate indicazioni in merito al relativo svolgimento, distinguendo le tre fasi dell'analisi del contesto, della valutazione del rischio e del trattamento del rischio.

⁴⁹ PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'Modello Organizzativo' ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2011, 32 ss.

ulteriormente specificato attraverso il richiamo operato dalle Linee Guida 2017 alle prescrizioni della UNI ISO 37001:2016⁵⁰, si delineano le misure per la prevenzione della corruzione, distinguendole in generali, ovvero che incidono sul sistema complessivo della prevenzione della corruzione intervenendo in maniera trasversale sull'intera amministrazione, e specifiche, cioè mirate su problemi particolari, individuati tramite l'analisi del rischio. Appartengono ad esempio alla prima categoria i codici di comportamento, le misure di disciplina dei casi di conflitto d'interesse e i correlati obblighi di comunicazione e astensione, la rotazione del personale addetto alle aree a rischio corruzione, la tutela del *whistleblower*, la formazione; rientrano invece nella seconda quelle afferenti a specifici processi aziendali quali la gestione delle procedure di approvvigionamento di lavori, servizi e forniture, la vigilanza dei contratti di lavoro, servizi e forniture nonché sulla qualificazione delle imprese e i procedimenti sanzionatori. Uno spunto di particolare interesse e attualità è quello relativo all'indicazione di provvedere a una puntuale regolamentazione e all'attento presidio delle attività - astrattamente lecite ma potenzialmente esposte a gravi rischi - di *lobbying*⁵¹.

Ovviando poi ad alcune carenze che caratterizzano il d.lgs. 231 del 2001, l'ANAC fornisce interessanti spunti anche rispetto a temi controversi, quali, ad esempio, quello relativo ai gruppi di società, fenomeno formalmente sconosciuto al legislatore del 2001⁵². Prendendo spunto dalla prassi operativa maturata in tali realtà, le Linee Guida 2017 propongono un'articolata regolamentazione dei rapporti infragruppo: si pone così in capo alla controllante l'onere di assicurare che le società indirettamente controllate adottino le misure di prevenzione di cui alla l. 190 del 2012 in coerenza con le proprie, arrivando addirittura ad ipotizzare, nel caso di società di ridotte dimensioni che svolgono attività strumentali, la possibilità di introdurre dette misure nel modello della casa madre. Si precisa peraltro che in tale ipotesi le società di piccole dimensioni dovranno comunque nominare almeno un referente del RPCT della capogruppo (§ 3.1.5).

⁵⁰ PANSARELLA, PAMBIANCO, *UNI ISO 37001:2016 - L'integrazione con i modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 e con i piani anticorruzione ex lege 190/2012*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, n. 2, 297 ss.; TARTAGLIA POLCINI, PORCELLI, *Profili giuridico/funzionali della nuova UNI ISO 37001/2016 sui sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione*, *ivi*, 9 ss.; DE SIMONE, *Modello 231/2001 e ISO 37001: lotta alla corruzione pubblica e privata*, *ivi*, 2018, 299 ss.

⁵¹ In argomento sia consentito rinviare a SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2016, n. 6, 810 ss., nonché a GIAVAZZI, MONGILLO, PETRILLO, *Lobbying e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Torino.

⁵² SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo d'impresa*, Milano, 2006.

Secondo le indicazioni fornite da ANAC, i contenuti minimi dei modelli integrati 231/190 dovranno altresì contemplare un sistema coordinato di controlli; un codice di comportamento che, ancora una volta, potrà integrarsi con il codice etico di regola già previsto, alla stregua delle indicazioni delle associazioni rappresentative di categoria, quale componente primaria del modello 231; una formazione mirata rispetto ai rispettivi ambiti di competenza. Meritano peculiare attenzione alcune ulteriori misure pure indicate in sede di Linee Guida come componenti essenziali del modello integrato e che tuttavia rappresentano una sostanziale novità nella prospettiva della prevenzione della criminalità d'impresa. Si fa riferimento, anzitutto, alla protezione del dipendente che segnala illeciti, il c.d. *whistleblower*³³, figura che, conosciuta solo in forma rozza ed embrionale dal legislatore del 2001 (laddove, all'art. 6, co. 2, lett. d), prevedeva obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza), è oggi compiutamente disciplinata al comma 2 *bis* della medesima disposizione, inserito dall'art. 2, co. 1, della l. 179 del 2017. Si richiede in sintesi che il modello 231 preveda uno o più canali per le segnalazioni di violazioni di comportamenti illeciti che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante e il divieto di atti ritorsivi nei suoi confronti presidiato da adeguate sanzioni disciplinari³⁴.

Un'ulteriore novità è rappresentata dal richiamo alle cause di inconferibilità e di incompatibilità, entrambe disciplinate dal d.lgs. n. 39 del 2013: il modello integrato dovrà infatti prevedere un sistema di verifica della sussistenza delle cause ostative connesse a eventuali condanne per reati contro la pubblica amministrazione o altre situazioni preclusive in capo a soggetti cui siano conferiti incarichi apicali, tenendo anche conto delle prescrizioni poste dall'art. 53, co. 16 *ter*, del d.lgs. 165 del 2001 in materia di assunzione di dipendenti pubblici dopo la cessazione dell'incarico³⁵.

Venendo all'esame delle *società (solo) a partecipazione pubblica*, si è detto come esse non siano comprese nel novero dei soggetti cui si applica la disciplina in tema di prevenzione della corruzione, essendo soltanto tenute, a norma dell'art. 2 *bis*, co. 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, alla trasparenza quanto

³³ Sul tema si veda CONFINDUSTRIA, *La disciplina in materia di whistleblowing. Nota illustrativa*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018; SANTORIELLO, *Alcune note in tema di whistleblowing. Qualche precisazione (assolutamente necessaria) ed alcuni suggerimenti operativi*, *ivi*, 2019, 49 ss.

³⁴ GHINI, *L'utilizzo di un sistema di whistleblowing quale ausilio nella prevenzione delle frodi e dei reati*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 203 ss.; PANSARELLA, *Problematiche giuridiche ed organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, *ivi*, 2018, 275 ss.

³⁵ RAVASIO, *Il divieto di revolving doors, elemento essenziale per la costruzione di un efficace modello anticorruzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 101 ss.

«all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea». Nondimeno, anche rispetto ad esse nonché alle associazioni, fondazioni ed enti privati di cui all'art. 2 *bis*, co. 3, del d.lgs. 33 del 2013, l'ANAC raccomanda che le amministrazioni partecipanti promuovano - facendo leva sull'influenza esercitata negli organi gestori - l'adozione del modello 231 nella versione "integrata" da un'apposita sezione sui temi dell'anticorruzione (§§ 3.3.1; 3.4.1). Si tratta, all'evidenza e stante la chiara presa di posizione del legislatore, di una indicazione non vincolante che ha l'obiettivo di allargare progressivamente il perimetro degli enti sottoposti al controllo dell'Autorità.

L'incisività dell'intervento dell'ANAC nelle materie latamente riferibili alla prevenzione della corruzione si nota anche con riguardo alla disciplina dettata per le società in controllo pubblico che non si siano dotate di alcun modello organizzativo. Le Linee Guida 2017 non si limitano soltanto a sollecitare l'adozione del documento contenente le misure anticorruzione (e dunque *in primis* del PTCP), ma si spingono ben oltre, ricavando dal comma 2 *bis* dell'art. 1 della l. 190 del 2012 una "forte raccomandazione" affinché l'ente si doti del modello, di talché - addirittura - «le società che decidano di non adottare il "modello 231" e di limitarsi all'adozione del documento contenente le misure anticorruzione dovranno motivare tale decisione». Al fine di fugare ogni possibile dubbio quanto all'estensione e incisività dei poteri che l'ANAC ha finito con l'autoattribuirsi anche nella "materia 231", si precisa altresì che «l'ANAC, in sede di vigilanza, verificherà quindi l'adozione e la qualità delle misure di prevenzione della corruzione e monitorerà lo stato di adozione del "modello 231"». Non è agevole peraltro comprendere, data l'evidente assenza di poteri dell'Autorità in tale ambito e la natura facoltativa dei modelli 231, quali potrebbero essere le concrete conseguenze di un accertamento negativo quanto all'adeguamento da parte della società alle prescrizioni del d.lgs. 231 del 2001.

Gli organi di controllo nelle società in mano pubblica. Elemento imprescindibile di un modello integrato è il coordinamento tra le (ormai numerose) funzioni di controllo operanti nei contesti societari ed *in primis* di quelle di RPCT e organismo di vigilanza, nonché la corretta delimitazione delle rispettive competenze⁵⁶.

⁵⁶ MONGILLO, *L'Organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 83 ss.; IPPOLI-

Anche in questo campo si ravvisano alcune differenze di fondo tra le due figure: posto infatti che, ai sensi dell'art. 1, co. 7 della l. 190 del 2012, così come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 97 del 2016, i compiti di responsabile della prevenzione della corruzione e di responsabile della trasparenza possono (e preferibilmente devono) essere attribuiti ad un'unica persona (RPCT), va anzitutto evidenziato che la previsione di tale figura è - per le società in controllo pubblico - obbligatoria, laddove invece, in virtù della regola generale prevista in tema di modello 231, l'istituzione dell'organismo di vigilanza è solo facoltativa. Per tale ragione l'ANAC si riserva un ruolo rafforzato di vigilanza sul mantenimento delle condizioni di autonomia e indipendenza del RPCT, potendo anche interloquire, per sollecitare un riesame della decisione, nel caso di revoca dall'incarico che risulti correlata all'attività svolta nella materia di sua competenza⁵⁷.

Ancora, mentre l'organismo di vigilanza, alla stregua delle *best practice*, ha di regola - e specie nelle società di rilevanti dimensioni - natura collegiale e presenta, preferibilmente, una composizione mista di professionalità sia interne che esterne all'ente⁵⁸, il RPCT è, al contrario, organo monosoggettivo che deve essere individuato (preferibilmente e ove possibile) in un dirigente dello stesso «che abbia dimostrato nel tempo un comportamento integerrimo»⁵⁹. In entrambi i casi soltanto in ipotesi circoscritte l'organo di controllo può essere individuato in un amministratore, ovvero nel contesto degli enti di piccole dimensioni (art. 6, co. 4, d.lgs. n. 231 del 2001) o comunque in casi eccezionali e sempre che si tratti di soggetto privo di deleghe gestionali⁶⁰.

La differenza principale tra i due ambiti di disciplina risiede peraltro nel regime di responsabilità riferibile ai due organi: mentre, alla stregua della dottrina prevalente e nel sostanziale silenzio, allo stato, della giurisprudenza⁶¹, si ritiene che in capo ai membri dell'organismo di vigilanza non sussista alcuna

TO, *L'Organismo di Vigilanza nelle società a partecipazione pubblica: la specificità dei controlli richiesti anche in una prospettiva di fraud prevention*, *ivi*, 2017, 87 ss.; ARTUSI, *OdV e responsabile anticorruzione: un rapporto in continua evoluzione*, *ivi*, 2018, 149 ss.

⁵⁷ Linee Guida 2017, § 3.1.2.

⁵⁸ PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale*, cit., 391 ss.

⁵⁹ Linee Guida 2017, § 3.1.2.

⁶⁰ Linee Guida 2017, § 3.1.2.

⁶¹ L'unica pronuncia nota in materia (Cass. pen., sez. I, n. 18168 del 20 gennaio 2016) ha infatti solo incidentalmente affrontato il tema: in un caso in cui si imputava (anche) ai membri dell'Organismo di vigilanza di una società di cantieristica navale la responsabilità per le lesioni gravissime occorse a un lavoratore, nel confermare la sentenza di non luogo a procedere emessa dal GUP, il Giudice di legittimità, pur rimarcando come apparissero «motivate le perplessità sull'ampiezza degli obblighi dell'organismo» avanzate dalla difesa, ha tuttavia risolto la questione facendo leva sulla concreta non configurabilità del reato contestato alla luce delle circostanze specifiche.

posizione di garanzia quanto all'effettivo impedimento dei reati nell'interesse o vantaggio dell'ente⁶², sul RPCT gravano – ai sensi dell'art. 1, co. 12-14, l. 190 del 2012 – specifiche responsabilità (disciplinari, contrattuali e/o contabili) qualora un reato di corruzione sia concretamente commesso nel contesto della società da cui dipende e salvo che provi il corretto adempimento dei propri poteri di vigilanza e controllo. Si noti inoltre che, ove si ritenga che detto soggetto, in ragione della sua appartenenza a un ente di mano pubblica e, soprattutto, del concreto esercizio di un pubblico ufficio o servizio, sia in possesso della qualifica di pubblico agente, egli potrà considerarsi gravato, a norma dell'art. 331 c.p.p., di un obbligo di denuncia di fatti costituenti reato⁶³, se non addirittura di una vera e propria posizione di garanzia.

Venendo invece ai tratti comuni tra le due figure, si rileva che entrambi gli organi di controllo devono essere nominati dall'organo di indirizzo della società, normalmente individuato nel consiglio di amministrazione. Parzialmente coincidente è, poi, l'oggetto dell'attività delle rispettive funzioni, essendo l'organismo di vigilanza deputato alla verifica del funzionamento e dell'osservanza dei modelli 231 in relazione all'ormai ampio catalogo di reati presupposto; mentre al RPCT spetta il più limitato – ma più incisivo e oneroso – compito di verificare l'attuazione delle misure in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza.

Le Linee Guida individuano poi i confini della interazione tra i due organi: da un lato, si suggerisce che i compiti dell'Organismo indipendente di valutazione (OIV) di cui al novellato art. 1, co. 8 *bis* della l. 190 in tema di verifica di taluni adempimenti in materia di anticorruzione siano per l'appunto attribuiti all'organismo di vigilanza; dall'altro, rivedendo la posizione assunta nel contesto delle Linee Guida 2015, si esclude, in ragione delle diverse funzioni attri-

⁶² ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 42; GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 19; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 11 ss.; CENTONZE, *Controlli societari*, cit., 64 ss.; D'ARCANGELO, *Il ruolo e la responsabilità dell'organismo di vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 65; D'ARCANGELO, *Il ruolo e la responsabilità dell'organismo di vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, *ivi*, 65; CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010, 975; DE STEFANIS, *Profili di responsabilità dell'Organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 329 ss.; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2017, 65; ARENA, CASSANO, *La giurisprudenza sul d.lgs. n. 231/2001*, Roma, 2012, 97; CANZIO, CERQUA, LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2014, 975; DOVERE, *Riflessioni in merito al rischio penale per i componenti dell'Organismo di Vigilanza per il caso di grave infortunio sul lavoro*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 77 ss.

⁶³ PETRILLO, *Il responsabile della prevenzione*, cit., 103.

buite, che il RPCT possa far parte dell'organismo di vigilanza⁶⁴. In questa mutata prospettiva, l'organo di vigilanza 231 e quello del responsabile per l'anticorruzione e la trasparenza - formalmente diversi - saranno dunque soltanto chiamati a collaborare e a coordinare le rispettive iniziative, in un costante e fruttuoso scambio di informazioni e conoscenze, ma in condizioni di sostanziale indipendenza e autonomia operativa.

Si segnala infine un'indicazione normativa che per la verità rischia di rendere ancor più intricata, complessa ed onerosa la - già fitta - rete di adempimenti cui sono oggi tenute le società in controllo pubblico. L'art. 3 del d.lgs. n. 175 del 2016 richiede, tra l'altro, che dette società valutino l'opportunità di integrare gli strumenti di governo societario già in essere attraverso la previsione non soltanto di - ulteriori - regolamenti interni in materia di concorrenza e tutela della proprietà industriale o intellettuale, ma anche di «un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione». Organo che, evidentemente, ove costituito, non potrà né sostituire né ridimensionare i compiti dell'organismo di vigilanza e del collegio sindacale (che, ai sensi dell'art. 2403 c.c., è chiamato a vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, nonché sul rispetto dei principi di corretta amministrazione), avendo valenza meramente interna ed essendo la sua competenza limitata alla verifica sugli aspetti di natura gestionale.

5. Conclusioni. Si è già osservato in premessa come la stratificazione dei controlli e degli adempimenti gravanti sulle società in controllo pubblico rischi, in difetto di un reale coordinamento e di positive sinergie, di aggravare ulteriormente i già onerosi adempimenti esistenti senza che a ciò faccia da contrappeso alcuna prospettiva di concreti benefici.

In mancanza di un approccio che, al livello normativo, prima ancora che giurisprudenziale, sia effettivamente premiante nei confronti di quelle imprese che affrontano con serietà e impegno i rilevanti costi, non solo economici, connessi all'adozione e implementazione dei modelli 231⁶⁵, tendenza cui si

⁶⁴ Linee Guida 2017, § 3.1.2; in senso contrario IPPOLITO, *L'Organismo di Vigilanza*, cit., 91.

⁶⁵ FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. 231 del 2001*, in Stile, Mongillo, Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi a dieci anni dal d.lgs. n. 231 del 2001*, Napoli, 2013, 1276;

era cercato di far fronte anche attraverso la previsione di strumenti di certificazione dei modelli⁶⁶, il rischio è che le società considerino sempre meno proficuo l'investimento in misure preventive e rinuncino quindi a condurre una efficace e quanto mai necessaria lotta ai fenomeni corruttivi.

Il disimpegno delle imprese in questo delicato ambito trova peraltro ragione anche nella rilevata assenza di concrete indicazioni normative circa i contenuti di un modello idoneo ex d.lgs. 231, essendo allo stato questo ambito sostanzialmente presidiato da principi - in larga parte consolidati, ma comunque opinabili - di *best practice*⁶⁷.

Su questo fronte sono oramai sempre più ricorrenti le critiche nei confronti di un sistema di disciplina che, al netto delle indicazioni - non vincolanti per il giudice⁶⁸ - elaborate dalle associazioni di categoria, rimette in ultima istanza all'ente stesso l'individuazione dei contenuti minimi dei modelli, con gli inevitabili rischi in punto di responsabilità.

In questa prospettiva l'approccio dell'ANAC, attivamente impegnato non soltanto nell'esercitare una funzione di effettivo controllo sull'implementazione e la qualità dei PTPC, ma anche e soprattutto nel promuovere, in prospettiva, l'adeguatezza e il miglioramento di siffatti strumenti, attraverso la condivisione delle esperienze e la formazione, appare certamente interessante.

Come si è visto l'Autorità, nel PNA e nelle più volte citate linee guida, si è infatti fatta carico - anche all'esito della valutazione dei primi risultati applicativi della disciplina⁶⁹ - di specificare in termini sufficientemente determinati

PALIERO, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?* in *Le Soc.*, 2014, 476 ss.; BIANCO, MASPERO, *Responsabilità penale delle imprese: finalmente una motivazione sulla validità del modello*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2017, 213 ss.

⁶⁶ MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D. Lgs. n. 231/2001: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le soc.*, 2010, 1255.

⁶⁷ MUCCIARELLI, *Una progettata modifica*, cit., 1248; MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 69 ss.; FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in Stile, Mongillo, Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi a dieci anni dal d.lgs. n. 231 del 2001*, Napoli, 2013, 178; COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 66 ss; CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 966; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 66 ss.

⁶⁸ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 81 ss.

⁶⁹ Un'interessante disamina dello stato di attuazione dei PTPC e dei loro contenuti si inverte non soltanto nelle Relazioni annuali presentate dal Presidente dell'ANAC al Parlamento, ma anche nell'indagine condotta dal "Gruppo di ricerca-Azione sulla Legalità e l'Etica nell'azione pubblica e nell'attività d'impresa" - GRALE del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli" nel 2016/2017 su un campione di 340 società controllate da Regioni, Province, Città

quali dovrebbero essere gli elementi costitutivi minimi di un piano anticorruzione e quali sono le principali carenze riscontrate al riguardo nella prassi⁷⁰.

Benché l'esperienza della interazione tra strumenti di 'prevenzione' generici della criminalità d'impresa e specifici della corruzione sia ancora troppo recente e poco sedimentata per poter addivenire a giudizi definitivi, all'esito dell'analisi svolta si possono tuttavia formulare alcune considerazioni interlocutorie.

La prima è quella di un tessuto normativo in tema di obblighi di prevenzione gravanti sulle imprese che si va completando sempre più attraverso l'intervento di attori diversi dal legislatore – pensiamo al ruolo dell'ANAC su cui ci si è sin qui soffermati: in questa prospettiva, l'interazione 'pubblico-privato' appare essere la vera cifra dell'intervento nel settore del contrasto alla criminalità economica.

La seconda è quella di una moltiplicazione degli obblighi e dei possibili ambiti di responsabilità che rischia, in assenza di prescrizioni chiare, di travolgere i destinatari. Esemplicativa di questa tendenza è anche la direttiva n. 2014 del 1995 (recepita in Italia con il d.lgs. n. 254 del 2016 cui ha dato attuazione la delibera Consob n. 20267 del 2018) che, a partire dal 2017, impone agli enti di interesse pubblico di includere nei loro rapporti gestionali una dichiarazione non finanziaria relativa alla *Corporate Social Responsibility (CSR)*, avente ad oggetto, oltre alle misure assunte in materia ambientale, sociale, di condizioni di lavoro, diritti umani, anche quelle relative all'anticorruzione attiva e passiva⁷¹.

La terza attiene all'esigenza di far sì che sia concretamente prospettabile un effettivo beneficio – in termini di esclusione o attenuazione della responsabilità – a fronte del dispendio di costi ed energie che l'implementazione di strumenti della prevenzione della criminalità d'impresa comporta.

In quest'ultima prospettiva, certamente non soddisfacente si prospetta la mo-

metropolitane e Comuni (con numero di abitanti superiore a 65.000 unità). La ricerca – limitata alle regioni Basilicata, Calabria, Campania, Lazio, Lombardia, Piemonte, Puglia e Sicilia – evidenzia il dato per cui mentre appare consistente il numero delle amministrazioni e delle società in controllo pubblico che hanno adempiuto all'obbligo di adozione dei PTPCT o delle misure integrative ai modelli organizzativi (pari a oltre il 73%), esiti meno confortanti si traggono dall'analisi qualitativa dei suddetti strumenti di prevenzione, essendo risultato tendenzialmente basso, in oltre il 50% dei casi, il livello delle misure adottate, caratterizzate da estrema genericità e scarso livello di aggiornamento.

⁷⁰ CALZONE, *Linee Guida A.N.A.C.*, cit., 301 ss.

⁷¹ Sul tema si vedano TENCATI, PERRINI, *Corporate Social Responsibility*, Milano, 2011; ANGELICI, *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3 ss.; BRUNO, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, *ivi*, 974 ss.

difica operata dalla c.d. “legge spazzacorrotti”⁷² all’art. 25 del d.lgs. n. 231 del 2001 tramite l’inserimento di un comma *5-bis* che prevede una (mera) riduzione della sanzione interdittiva per l’ente che si sia «efficacemente adoperato per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l’individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e 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»⁷³.

Anche a prescindere dalla effettiva natura premiale di tale disciplina rispetto a quella, di natura generale, posta dagli artt. 12 e 17 del medesimo decreto⁷⁴, preme evidenziare come le buone intenzioni perseguite dal legislatore non sembrano aver trovato riscontro sul piano positivo. Si è persa, in sostanza, l’occasione di introdurre – sulla falsariga peraltro di quanto previsto per le persone fisiche dal nuovo art. 323 *ter* c.p.⁷⁵ – meccanismi effettivamente in-

⁷² Per un commento si vedano PADOVANI, *Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen.*, 2018; PISANI, *Il disegno di legge “spazza corrotti”: solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3589 ss.; GATTA, *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto della situazione, in attesa dell’imminente approvazione definitiva*, in *Dir. pen., cont.*, 17 dicembre 2018; CANTONE, MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all’art. 323^{ter} c.p.*, *ivi*, 2019, 5 ss.; MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, *ivi*, 2019, 231 ss.

⁷³ Sul tema specifico si rinvia ad AMATO, *Nuova disciplina della corruzione: il legislatore non si è dimenticato della responsabilità dell’ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 11 ss.; FIORELLA, MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitiva per l’illecito dell’ente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 517 ss.; GERONIMO, *Le modifiche introdotte dalla cd. “spazzacorrotti” in tema di misure cautelari interdittive*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 52 ss.

⁷⁴ Lo rimarcano GERONIMO, *Le modifiche introdotte dalla cd. “spazzacorrotti”*, *cit.*, 52; MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*, *cit.*, 307. Benché, a differenza di quanto previsto dall’art. 17, che fissa il limite temporale per la realizzazione delle condotte riparative entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l’art. 25, co. 5 *bis* consenta di usufruire dell’attenuante fino alla sentenza di primo grado, occorre altresì considerare, da un lato, che le misure riparatorie richieste dall’art. 25 sono molto più gravose di quelle indicate dall’art. 17 e, dall’altro, che l’art. 78 del decreto consente la conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie, anche nella fase esecutiva, esclusivamente nel caso in cui siano realizzate le condotte riparatorie di cui all’art. 17.

⁷⁵ Rileva la «*disimmètria*» anche PIERGALLINI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 747. La l. n. 3 del 9 gennaio 2019, anche raccogliendo proposte risalenti nel tempo, quale ad esempio il “Progetto Cernobbio” del 1994, ha infatti introdotto nel codice, all’art. 323 *ter*, una causa di non punibilità rispetto ai delitti di cui agli artt. 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 *bis*, 353, 353 *bis* e 354 c.p., connessa a una sorta di *collaborazione processuale*. L’istituto opera in particolare nei confronti di chi, prima di avere notizia del suo coinvolgimento in un procedimento penale e comunque nel termine di quattro mesi dal fatto, lo denuncia volontariamente, fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e individuare gli altri responsabili, a condizione che abbia altresì messo a disposizione, anche in forma equivalente, l’eventuale utilità percepita.

centivanti la presa di distanza da parte dell'ente rispetto alla condotta illecita delle persone fisiche che per essa hanno agito⁷⁶.

Pur nella consapevolezza delle problematiche applicative che un tale istituto porterebbe con sé⁷⁷, pare infatti che una disciplina fondata sull'effettivo riconoscimento dell'alterità tra ente e autore del fatto e che valorizzi in pieno l'efficacia - anche in termini di tempestiva rilevazione delle condotte illecite - dei modelli organizzativi e dei PTPC, potrebbe concorrere in misura rilevante nella lotta ormai da tempo seriamente intrapresa dal nostro ordinamento nei confronti dei fenomeni corruttivi e, nel contempo, valorizzare gli sforzi sempre più significativi che si richiedono alle imprese in termini di contributo alla prevenzione dei reati.

⁷⁶ Sul tema, in generale, si veda EPIDENDIO, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 145 ss.

⁷⁷ PIERGALLINI, *La responsabilità da reato*, cit., 747-748.