

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

LE SOCIETÀ PUBBLICHE NEL PERIMETRO DELL'“ANTICORRUZIONE AMMINISTRATIVA”

di Raffaele Cantone

SOMMARIO: 1. L'oggetto della riflessione: le società pubbliche “attratte” nel sistema della prevenzione. – 2. I primi passi della normativa in materia di prevenzione. – 3. Il sistema italiano della prevenzione della corruzione. – 4. I soggetti destinatari degli obblighi anticorruzione. – 5. Le ragioni dell'“interesse” del legislatore della prevenzione per le società pubbliche. – 6. L'approccio incerto della prima normativa anticorruzione. – 7. La riforma Madia del 2016. – 8. La situazione attuale; passi in avanti ed incongruenze.

1. L'oggetto della riflessione: le società pubbliche “attratte” nel sistema della prevenzione.

La legislazione in materia di prevenzione della corruzione è un innesto alquanto recente nell'ordinamento giuridico nazionale, risalendo ai primi anni del precedente decennio.

In passato, il Paese – che pure aveva dovuto fare i conti con il fenomeno criminale in questione¹, considerandolo un suo problema, non certo secondario² – aveva puntato per il contrasto integralmente sulla repressione penale³.

L'impianto legislativo preventivo, per quanto fosse atteso da tempo, nasce, come si dirà, con non poche incertezze e in una fase fra le più problematiche della vita della Nazione, ma poi si sviluppa tumultuosamente, grazie anche ad ulteriori innesti normativi⁴, alquanto disorganici ed alluvionali⁵.

¹ Sui profili storici della corruzione in Italia, si rinvia a I. SALES – S. MELORIO, *Storia dell'Italia corrotta*, Soveria Mannella, 2019.

² Sulla rilevanza del problema corruzione in Italia, sarebbe impossibile provare a fornire una bibliografia anche sintetica; qui ci si può limitare, per un esame sintetico della situazione, a rinviare a A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni ed effetti*, in B.G. MATTARELLA – M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 25 e ss o, con riferimento alla più importante indagini sul fenomeno corruttivo verificatasi all'inizio degli anni 90 del precedente secolo (nota come “Mani pulite” o “Tangentopoli”), a P. DAVIGO – G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007.

³ Così, M. CLARICH – B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione* in B.G. MATTARELLA – M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione*, cit., 61; in termini analoghi, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione: i profili amministrativistici*, in A. Del Vecchio – P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2015, 301.

⁴ Sono davvero numerose le leggi che hanno introdotte norme anticorruzione; di alcune esse si farà via via menzione nel testo; per più precisi riferimenti a tutte le disposizioni in materia, sia concesso il rinvio a R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, 53 e ss.

⁵ La disciplina anticorruzione, a differenza di altre normative di settore (ad esempio quella in materia di privacy, di antitrust) non è compendata in un testo unico o in una singola normativa e molti dei suoi istituti,

La materia nuova si impone, però, nel breve volgere di pochi anni all'attenzione non solo degli addetti ai lavori, divenendo argomento di studio, ma anche di dibattito e di mai sopite polemiche⁶.

La prevenzione pensata, al momento del suo varo, con l'obiettivo probabilmente modesto di imporre (poche) misure di natura amministrativa, tali da rendere più difficoltoso il verificarsi dei fatti corruttivi, ad (alcuni) enti pubblici⁷, ha ampliato il suo raggio d'azione e successivamente esteso il suo bacino di riferimento, grazie a letture ermeneutiche ampliative delle norme, successivamente confermate anche dal crisma normativo.

Ha finito, in tal modo, per occuparsi di materie in origine estranee alla tematica (in particolare, gli appalti pubblici, ma non solo) e di ricomprendere sotto il suo ombrello non solo tutte le amministrazioni pubbliche ma anche alcune entità, formalmente private, operanti in stretta connessione con il settore pubblico.

Sono state, infatti, attratte nel sistema della prevenzione, fra le altre, anche le società pubbliche⁸ e ciò è avvenuto senza che la disciplina nel suo complesso recuperasse in organicità, anzi aumentando, se possibile, il suo essere disordinatamente disorganica.

Nella breve riflessione che segue, si concentrerà l'attenzione, però, su un aspetto molto limitato di questo descritto mutamento, provando ad individuare perché, come e quando le società pubbliche (e quali di esse) sono entrate nell'orbita del nuovo sistema di regole ed evidenziando le incongruenze che ne sono conseguite e che rendono, lo si anticipa da subito, opportuno un futuro aggiustamento normativo.

Non ci si occuperà, invece – se non per qualche cenno – della declinazione specifica alle società delle singole misure che caratterizzano il sistema della prevenzione, argomento quest'ultimo che, per la sua vastità, sarebbe assolutamente incompatibile con il limitato oggetto dell'intervento⁹.

anche di particolare importanza (come, ad esempio, il c.d. *pantouflage* o il c.d. *whistleblowing*) sono previsti in testi normativi destinati ad altri scopi, ad esempio il d.lgs 30 marzo 2001, n. 165 (il c.d. testo unico del pubblico impiego); da più parti, proprio per superare la denunciata frammentarietà, si ritiene necessaria l'emanazione di un testo unico e su questa direttrice si sta muovendo l'attuale ministero della funzione pubblica che ha istituito una commissione di studio, presieduta dal prof. Bernardo Mattarella con il compito di operare una proposta di revisione della materia e di un testo unico.

⁶ Negli ultimi anni sono stati non pochi gli interventi di studiosi della materia, ma anche di commentatori non necessariamente addetti ai lavori che hanno proposto il ridimensionamento o l'eliminazione delle norme anticorruzione e soprattutto dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che pur essendo l'autorità di vigilanza del settore ha finito per rappresentare plasticamente l'intero impianto della prevenzione.

⁷ Sull'ambito soggettivo di applicazione della normativa, va qui solo ricordato come, con riferimento alla prima legge adottata in materia (la l. n. 190 del 2012, su cui v. *infra*), si pose il problema se le disposizioni da essa previste fossero applicabili anche agli enti locali oltre che a quelli di natura nazionale; sul punto si veda F. DI CRISTINA, *I piani per la prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella – M. Pelissero (a cura di) *La legge anticorruzione*, cit., 97.

⁸ Fra le entità private sottoposte alle regole anticorruzione vanno annoverate anche le associazioni e le fondazioni, enti di diritto privato, quand'esse siano in controllo pubblico.

⁹ Per maggiori riferimenti alle misure preventive e al modo in cui esse sono applicate alle società pubbliche, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche*, in F. Fimmanò – A. Catricalà – R. Cantone, *Le società pubbliche. Fenomenologia di una fattispecie*, Napoli, in corso di pubblicazione.

2. I primi passi della normativa in materia di prevenzione.

La prima normativa destinata in modo specifico alla prevenzione della corruzione è stata adottata nella fase finale della XVI legislatura.

Durante il governo “tecnico”, varato in una difficile congiuntura economica del Paese e presieduto dal sen. Mario Monti, venne approvata la poi divenuta nota (e famosa) “legge Severino” dal nome dell’allora guardasigilli.

Veniva, in particolare, recuperato un disegno di legge che stancamente giaceva in parlamento del quale furono modificate gran parte delle disposizioni originarie, anche grazie al lavoro di una commissione di studio istituita presso il ministero della funzione pubblica¹⁰.

Il faticosamente raggiunto risultato parlamentare venne offerto alla pubblica opinione come uno dei mattoni per il rilancio del Paese e del suo sistema economico.

Quella legge serviva, infatti, anche a contrastare l’idea, purtroppo radicata in ambienti internazionali, di uno Paese corrotto ed inerte rispetto al fenomeno¹¹.

L’impianto, però, a ben vedere è anche debitore della spinta proveniente dalle organizzazioni internazionali.

Erano state queste ultime, infatti, stimolate da più recenti studi e da un diverso approccio sulla corruzione più attento alle conseguenze socio-economiche, che avevano messo nel fuoco della propria attenzione, a partire dalla fine degli anni 90 del precedente millennio, la fattispecie criminale in questione¹².

Avevano adottato importanti strumenti convenzionali aperti all’adesione dei Paesi membri, le organizzazioni più importanti e note.

Il ruolo di apripista se lo era aggiudicato l’OCSE¹³ che, non a caso, ha come *mission* istituzionale proprio la realizzazione di alti livelli di crescita economica sostenibile, di massima occupazione nei Paesi membri, di espansione del commercio mondiale.

¹⁰ Ci si riferisce alla “Commissione per lo studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione”, costituita con decreto del 23 dicembre 2011 dal ministro della Funzione pubblica Filippo Patroni Griffi e coordinata dal suo capo di gabinetto, il consigliere di Stato Roberto Garofoli. La commissione ha poi prodotto un rapporto conclusivo pubblicato con la prefazione del Presidente del Consiglio Mario Monti, dal titolo “*La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforme*”.

¹¹ Con riferimento al contesto in cui maturò la legislazione anticorruzione, G. LEOTTA, *Introduzione generale al fenomeno*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, 2017, 29 e ss.

¹² In termini analoghi, V. MONGILLO, *La corruzione fra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 5, per il quale il diverso approccio nei confronti della corruzione è collegato alla globalizzazione delle attività economiche e alle preoccupazioni dell’utilizzo delle attività corruttive soprattutto per penetrare nei mercati dei Paesi in via di sviluppo.

¹³ L’OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) ha approvato il 17 dicembre 1997 a Parigi, la Convenzione avente ad oggetto la corruzione nelle transazioni internazionali.

Sull'argomento sono poi intervenute l'Unione Europea¹⁴, il Consiglio d'Europa¹⁵ e, da ultimo, in ordine temporale, ma non certo per importanza, l'ONU.

È stata proprio questa organizzazione a stilare il documento più importante, varato (anche) simbolicamente in una Nazione purtroppo ritenuta fra quelle a più alto tasso di corruzione al mondo, il Messico, e cioè la Convenzione contro la corruzione, *United Nation Convention Against Corruption* (da cui l'acronimo UNCAC), firmata a Merida, il 31 ottobre 2013 e a cui hanno poi aderito ben 186 Paesi.

È interessante riportare uno stralcio del preambolo di quest'ultima Convenzione, per comprendere quale è l'idea maturata nello scenario internazionale in materia; in esso, in particolare, si legge che gli Stati ritengono la necessità di adottare il documento perché "preoccupati della gravità dei problemi posti dalla corruzione e dalla minaccia che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni ed i valori democratici, i valori etici e la giustizia e compromettendo lo sviluppo sostenibile e lo Stato di diritto".

La Convenzione consta di ben 71 articoli e spazia su tantissimi fronti, dai reati da adottarsi da parte degli Stati firmatari (un ampio catalogo che comprende, oltre la corruzione, il peculato, l'uso illecito di beni pubblici, il millantato credito, l'abuso di ufficio ed altri) alle misure per favorire il contrasto e la cooperazione fra le nazioni, fino ai provvedimenti per consentire il sequestro ed il recupero dei beni.

Per la prima volta, fra l'altro, in un atto internazionale compare il riferimento non solo a interventi di natura repressiva, ma anche a "misure preventive", argomento al quale viene dedicato un intero capitolo, ricco di "raccomandazioni"¹⁶.

L'Italia, che pure aveva sottoscritto tutte le citate convenzioni e le aveva anche ratificate¹⁷, non aveva però dato ad esse concreta attuazione, ricevendo, in conseguenza di ciò, anche più volte reprimende sul piano internazionale¹⁸.

La legge del 2012 nel suo *incipit* rappresenta esplicitamente l'intendimento di voler concretamente attuare le disposizioni sovranazionali¹⁹ e avvia la stagione degli

¹⁴ Ci si riferisce alla "Convenzione sulla base dell'articolo K.3, paragrafo 2, lett. c) del trattato dell'Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, stabilita dall'Atto del consiglio del 26 maggio 1997", pubblicata in G-U- C.195 del 25 giugno 1997.

¹⁵ Il Consiglio d'Europa ha adottato a Strasburgo due convenzioni in materia; la Convenzione penale sulla corruzione del 27 gennaio 1999, la Convenzione civile sulla corruzione, invece, adottata il 4 novembre 1999.

¹⁶ Per maggiori riferimenti al contenuto delle raccomandazioni in materia di prevenzione, N. PARISI, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Dir. com. e sc. intern.* 2016, 191.

¹⁷ La Convenzione OCSE è stata ratificata con la l. 29 settembre 200, n. 300; le due del Consiglio d'Europa rispettivamente con l. 28 giugno 2012, n. 110 e 112; quella dell'ONU con l. 3. Agosto 2009, n. 116.

¹⁸ Le Convenzioni dell'OCSE, del Consiglio d'Europa e dell'ONU hanno previsto l'istituzione di organismi di monitoraggio che hanno verificato nel corso del tempo l'attuazione delle norme convenzionali; sull'importanza che hanno avuto questi organismi di monitoraggio nella implementazione della legislazione nazionale, G. NICCHIA, *I meccanismi di monitoraggio istituiti dalle convenzioni internazionali in tema di lotta alla corruzione*, in A. Del Vecchio – P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, cit., 462.

¹⁹ Il comma 1 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012 fa specifico riferimento all'intento di dare attuazione all'art. 6 della Convenzione ONU e agli artt. 20 e 21 della Convenzione penale contro la corruzione del Consiglio

interventi sul fronte del contrasto alla corruzione, anche su quello più squisitamente preventivo²⁰.

3. Il sistema italiano della prevenzione della corruzione.

La normativa principale di riferimento è, quindi, costituita dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, contenente “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione”, che consta, di fatto, di un unico articolo, distinto in ben 83 commi²¹.

Nei numerosi e lunghi capoversi – successivamente moltiplicatasi in numero ed ampiezza – sono contenute disposizioni di contenuto diverso (e nemmeno tutte collegate e alla tematica della prevenzione²²), nonché alcune deleghe al governo, dalle quali sono poi scaturiti tre decreti legislativi che completano l’impianto normativo.

Ci si riferisce, in particolare, al d.lgs 31 dicembre 2012, n. 235 recante “Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi”, al

d’Europa. La diretta derivazione delle disposizioni in materia di prevenzione dalle convenzioni internazionali non è un dato che va rimarcato come fatto storico, ma è foriero anche di possibili conseguenze pratiche; godendo le disposizioni convenzionali di una posizione di preminenza rispetto alle norme di legge ordinaria, in virtù di quanto stabilito dall’art. 117 Cost., quelle che le attuano godono indirettamente di una tutela contro futuri interventi del legislatore ordinario; nel senso che le convenzioni internazionali in materia di corruzione rappresentano, ai sensi dell’art. 117 Cost., un vincolo per il legislatore ordinario, F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2015, 5.

²⁰ La legge Severino contiene non solo norme che riguardano la prevenzione ma anche disposizioni di modifica del codice penale in materia di corruzione, aspetto anche questo nel corso degli anni successivi oggetto di una pluralità di interventi normativi, di cui l’ultimo la l. 16 gennaio 2019, n. 3, c.d. Spazzacorrotti.

²¹ In realtà la legge n. 190 del 2012 è costituita da due articoli, ma l’art. 2, di fatto, contiene soltanto la (solita) clausola di invarianza finanziaria, che stabilisce cioè che “dall’attuazione della ... legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica” ma anche che “le amministrazioni competenti provvedono allo svolgimento delle attività previste dalla ... legge con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente”; sulle ragioni per cui la legge ha assunto questa struttura, F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie di imparzialità dei pubblici funzionari*, in F. Cingari (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze, 2013, 11.

²² Nel senso che nella legge 190 del 2012 sono contenuti “istituti e plessi normativi radicalmente diversi fra loro”, si v. P. CLARIZIA, *L’ambito soggettivo di applicazione della normativa anticorruzione*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, cit. 40 che ricorda come nell’articolo unico è prevista, tra l’altro, l’istituzione dell’Autorità nazionale anticorruzione, i piani ed il c.d. responsabile anticorruzione, la disciplina delle performance, il regime dei protocolli di legalità e dei patti di integrità, alcuni obblighi e divieti applicabili a determinati dipendenti pubblici, la disciplina degli arbitrati in materia di contratti pubblici, alcune modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo, i nuovi istituti del *pantouflage* e del *whistleblowing*, il codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, la disciplina degli uffici e della formazione delle commissioni, l’introduzione dell’elenco degli operatori economici non soggetti ad infiltrazioni mafiose (c.d. *white list*), alcune precisazioni in materia di entità del danno all’erario derivante dalla commissione di reati contro la PA, limitazioni al ricorso dell’aspettativa e del fuori ruolo, modifiche relative ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione e del reato previsto dall’art. 2635 c.c. nonché il conferimento di alcune deleghe legislative al governo.

d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni” e al d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, recante “Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico”.

Questo insieme di norme, successivamente arricchito da altri innesti, individua l’impianto del nuovo sistema di prevenzione.

Quest’ultimo, in special modo, muove dall’idea, mutuata anch’essa dall’esperienza internazionale, che la corruzione, malgrado sia un comportamento ascrivibile ad una scelta individuale, può essere agevolata da condizioni di contesto e, di conseguenza, intervenendo con misure adeguate su queste ultime è possibile (e probabile) riuscire a contenere e, quindi, ridurre il rischio del suo verificarsi²³.

L’approccio indicato punta su un diverso ruolo dell’Amministrazione pubblica, che non deve essere considerata più solo oggetto di controlli – penali o amministrativi – *ab externo* ma a cui, al contrario, va attribuito un ruolo proattivo nel contrasto al fenomeno criminale.

Volendo schematizzare, possono essere ricondotti a tre diversi ambiti o direttrici gli interventi individuati dal legislatore²⁴.

Una prima direttrice è quella che richiede all’Amministrazione di identificare essa stessa i rischi di corruzione che possono annidarsi nelle attività svolte e successivamente indicare anche i rimedi per sterilizzarli.

Lo strumento operativo per condurre questa operazione è rappresentato dai piani di prevenzione della corruzione, strutturati su un doppio livello, c.d. “a cascata”; un Piano nazionale (PNA), adottato al centro dall’Autorità nazionale anticorruzione ed un Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTCP), di cui tutte le amministrazioni devono obbligatoriamente dotarsi.

Perno indispensabile di questo sistema è il responsabile della prevenzione della corruzione (RPC), individuato fra i dirigenti delle amministrazioni, con compiti sia di redazione che di implementazione e controllo del Piano.

Una seconda direttrice di intervento tende a garantire l’integrità del funzionario pubblico, ritenuta una solida barriera rispetto a comportamenti degenerativi.

Essa viene perseguita facendo emergere, e gestendo, i conflitti di interesse, prestando attenzione alla posizione del funzionario, ai suoi doveri e ai suoi comportamenti.

L’idea di fondo è, anche in questo caso, quella di evitare situazioni di rischio, favorire l’emersione di eventuali interessi privati che possono pregiudicare la migliore cura dell’interesse pubblico e regolare le condotte individuali dei funzionari.

²³ Sul “rischio corruzione” come fattore su cui è strutturato la politica di prevenzione della corruzione, F. CARLONI, *L’anticorruzione fra prevenzione, manette e buon senso*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019, 2 e F. DI CRISTINA, *I piani per la prevenzione della corruzione*, cit., 98.

²⁴ In termini analoghi, F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie di imparzialità dei pubblici funzionari*, cit., 13 secondo cui sono tre “gli assi portanti” della strategia anticorruzione.

In questo ambito rientrano numerosi istituti che riguardano sia le modalità di assunzione degli incarichi (l'inconferibilità e l'incompatibilità), sia l'uscita dall'amministrazione (il c.d. *pantouflage*), sia gli obblighi da rispettare nel momento in cui si manifestano situazioni di conflitto di interessi (l'obbligo di astensione), sia i comportamenti a cui ancorare la propria azione nell'esercizio delle funzioni (i codici di comportamento), sia, infine, la collaborazione da prestarsi per far emergere gli illeciti interni alle amministrazioni (il c.d. *whistleblowing*).

Il terzo obiettivo perseguito dalla legislazione in materia è, infine, quella della trasparenza dell'azione amministrativa, intesa come conoscibilità delle modalità con cui si esplica in concreto l'attività dell'amministrazione, per stimolare il controllo civico e la c.d. *accountability*²⁵.

La trasparenza si attua sia prevedendo in capo alle amministrazioni obblighi di pubblicazioni di dati, informazioni e documenti, sia consentendo al cittadino di "accedere" (e cioè visionare ed estrarre copia) ai documenti e agli atti amministrativi (c.d. accesso civico generalizzato).

L'impianto normativo si completa, infine, con la previsione di un organismo deputato a sovrintendere sul settore, cui vengono attribuite funzioni soprattutto di vigilanza ma anche di regolazione; un'autorità a cui è garantita l'indipendenza rispetto a governo e amministrazione, cioè l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)²⁶.

4. I soggetti destinatari degli obblighi anticorruzione.

Nel delineare molto sinteticamente il *quid consistam* del nuovo sistema della prevenzione, ci si è riferiti, quanto ai soggetti a cui esso è applicabile, alle pubbliche amministrazioni.

²⁵ Secondo P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 88, "la trasparenza trova il suo naturale completamento nella cd. *accountability* intesa come esigenza di render conto non solo agli organi di controllo ma anche agli *stakeholders*".

²⁶ La necessità di prevedere un ente che si occupasse specificamente della prevenzione della corruzione è stabilita dall'art. 6 della Convenzione ONU di Merida del 2003; la legge n. 190 del 2012, nel dare attuazione alle indicazioni convenzionali, aveva attribuito il ruolo di autorità anticorruzione ad un organismo già esistente e con competenza anche in materia di integrità e trasparenza, la Commissione per la valutazione, trasparenza ed integrità dell'amministrazione (CIVIT); la legge, fra l'altro, aveva attribuito alcune importanti competenze in materia di prevenzione della corruzione (fra cui l'adozione del PNA) anche ad un dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento della funzione pubblica, introducendo nei fatti un sistema bicefalo. Nel 2013 (art. 5 d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv. in l. 30 ottobre 2013, n. 125), la CIVIT aveva mutato il nome e divenuta anche dal punto di vista nominalistico Autorità nazionale Anticorruzione. Con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (decreto c.d. Madia), conv. in l. 11 agosto 2014 n. 114, l'Autorità è mutata dal punto di vista della struttura e delle competenze; le sono state trasferite funzioni e personale di altra autorità (quella di vigilanza dei contratti pubblici, AVCP) ed anche tutte le competenze originariamente attribuite al Dipartimento della funzione pubblica; per maggiori riferimenti alle novità introdotte con il decreto Madia, sia consentito il rinvio a R. CANTONE – F. MERLONI, *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.

Lo si è fatto, però, per ragioni semplificatorie e perché sono soprattutto queste ultime le destinatarie delle disposizioni in materia.

In realtà, il perimetro soggettivo, anche solo potenzialmente interessato dalla normativa, è, già in astratto, più ampio.

Per giustificare questa affermazione è necessario fare un passo indietro e porsi la domanda di quale sia l'oggetto dell'attività di prevenzione di cui ci sta occupando.

La risposta al quesito non è affatto scontata, come potrebbe ritenersi²⁷; pur facendo riferimento la normativa in esame alla "corruzione" come l'evento che si vuole prevenire, nel dibattito che è seguito all'entrata in vigore della legge Severino, si è elaborata una nozione di corruzione, diversa ed ulteriore rispetto a quella delineata dal codice penale.

Definita come "corruzione amministrativa", essa sarebbe tale da ricomprendere oltre che fattispecie di rilevanza penale (non solo quelle specificamente corruttive, ma l'intero catalogo dei delitti dei pubblici ufficiali contro l'amministrazione) anche la c.d. *maladministration*, espressione utilizzata per riferirsi a tutte quelle situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite²⁸.

Non è possibile esaminare in questa sede i profili problematici di questa proposta ermeneutica, che, trova riferimenti in pregresse ed autorevoli ricostruzioni, anche dottrinarie, non solo nazionali²⁹, ma che, a parte ogni altra considerazione, non sembra,

²⁷ In termini analoghi, F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella pubblica amministrazione*, cit., 17 che rimarca come desti perplessità la scelta della legge Severino di non codificare in modo chiaro ed inequivoco la nozione di corruzione rilevante ai fini della legge medesima.

²⁸ La circolare esplicativa emanata poco dopo l'entrata in vigore della legge n. 190 (Circolare Presidenza del Consiglio, Dipartimento funzione pubblica, 25 gennaio 2015, n. 1 dal titolo "Legge n. 190 del 2012 – Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", disponibile sul sito del Ministero della Pubblica Amministrazione) ed il primo Piano nazionale anticorruzione (PNA) del 2013 (approvato con delibera n. 72 del 2013, disponibile sul sito dell'ANAC) fanno entrambi riferimento ad una definizione "ampia" del concetto di corruzione, secondo cui "esso è comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati"; in dottrina alle medesime conclusioni, M. PELISSERO, *La nuova disciplina della corruzione tra prevenzione e repressione*, e M. CLARICH – B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella – M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione* cit., 59 e ss.; sull'argomento si veda pure, R. CANTONE – E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 914 e G. PIPERATA, *Il sistema di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni. Una introduzione*, in F. Cerioni – V. Sarcone (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Milano, 2019, 6 ss.

²⁹ Il concetto di *maladministration* trova un indiretto fondamento in documenti sia della Banca mondiale (in cui la corruzione è intesa come "the use of public office for private gain"; così, World Bank. *Engagement on Governance and Anticorruption*, Washington, DC, World Bank 2007, 3) che dell'Ocse (si v. ad esempio, *Oec.d. Integrity Review of Italy, Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust For Sustainable Growth*, Paris, Oecd, 2013) o della Commissione europea (*Final Report from the Commission to the Council and the European Parliament EU Anti-Corruption Report* del 3 febbraio 2014) nei quali viene, infatti, rimarcata l'esigenza di adottare misure volte a contenere condotte illecite legate ad un abuso di funzioni pubbliche a vantaggio di interessi privati, quindi a prescindere se tali comportamenti siano considerati illeciti penali; in Italia fin dagli anni 90 si era individuata questa figura; *ex plurimis*, S. CASSESE, "Maladministration" e rimedi, in *Foro it*, 1992, V, 243 e, più di recente, F. MERLONI, *Controlli sugli enti territoriali e maladministration*, in *Le Regioni*, 2009, 847.

però, avere un concreto fondamento normativo³⁰.

È sufficiente qui avanzare un'unica considerazione; anche chi utilizza questa nozione ampia di corruzione non può fare a meno di riconoscere una sua funzione eminentemente strumentale; la *maladministration* è oggetto di attenzione da parte del sistema della prevenzione ma sempre in funzione di evitare, come obiettivo ultimo, il verificarsi di fattispecie corruttive penalmente rilevanti³¹.

In questo senso, senza con ciò voler sminuire il ruolo e l'autonomia della prevenzione, si può di certo affermare che per individuare gli enti destinatari della normativa si può partire, in prima battuta, soprattutto dall'ambito di applicazione delle norme penali in materia.

Se in un ente, in particolare, può verificarsi il momento patologico di cui ci si occupa (e cioè l'evento corruttivo), possono poi di conseguenza innestarsi i necessari presidi di tipo preventivo.

Quanto detto, però, non ha affatto il pregio di risolvere la questione e di consentire un'immediata *actio finium regundorum*, perché vi sono difficoltà connesse a come è strutturata nel diritto penale la fattispecie di corruzione (e, più in generale, tutti reati commessi da pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), sotto il profilo del soggetto attivo del reato.

Il delitto in questione è, infatti, un tipico "reato proprio" che, cioè, può configurarsi solo per chi riveste particolari qualifiche (il c.d. *intraneus*) e, per quanto qui interessa, quelle di "pubblico ufficiale" o di "incaricato di pubblico servizio"³².

A queste qualifiche il codice penale dedica due disposizioni, gli artt. 357 e 358,

³⁰ Della "corruzione amministrativa" non vi ceno alcuno nelle Convenzioni internazionali citate, che pure si dilungano tutte nel definire la corruzione e che la considerano inequivocabilmente un patto illecito avente rilevanza penale fra un funzionario pubblico ed un privato relativo all'attività svolta dal primo. Nemmeno nella legge Severino e nei suoi decreti attuativi vi è mai un accenno esplicito alla *maladministration* o a concetti analoghi; in essa, anzi, la parola corruzione sembra sempre utilizzata come riferita ai reati previsti dal codice penale; in questo senso può essere dirimente il comma 12 dell'art. 1 che si occupa del caso in cui l'evento che si doveva prevenire con le specifiche misure è invece accaduto ed esso, come risulta dalla lettera della norma ("un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato"), viene individuato con chiarezza nella fattispecie prevista dal codice penale; in questo senso, R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit, 31.

³¹ A queste conclusioni, esplicitamente il PNA 2019 adottato dall'ANAC con delibera n. 1064 del 13 novembre 2019 (disponibile sul sito dell'ANAC) che, nel paragrafo 2, intitolato "Ambito oggettivo – nozione di corruzione" ricostruisce, infatti, il concetto di corruzione come riferentesi a fattispecie di carattere penale (sia pure non soltanto a quelle denominate con la parola corruzione) ed aggiunge che le misure preventive devono concentrarsi non solo sulla prevenzione dei reati ma anche sui fatti di *maladministration*.

³² Il delitto di corruzione cui si fa riferimento nel testo è quello di c.d. corruzione pubblica, cioè commesso da coloro rivestono le qualifiche di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio, che a sua volta è distinto in una pluralità di fattispecie, contenute negli art. 318, 319, 319-bis, 322-bis c.p. e cioè la corruzione per l'esercizio delle funzioni, la corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, la corruzione in atti giudiziari e la corruzione c.d. internazionale; nell'ordinamento italiano, infatti, dal 2012 è prevista anche una diversa fattispecie di corruzione, quella fra privati punita dall'art. 2635 c.c. che punisce sostanzialmente lo scambio corruttivo posto in essere nell'ambito dell'attività di impresa.

che definiscono rispettivamente la “nozione di pubblico ufficiale”³³ e la “nozione della persona incaricata di pubblico servizio”³⁴.

Si tratta di due norme che sono state riformulate (dalla l. n. 86 del 1990) rispetto al testo originario del codice penale del 1930 (il codice Rocco) e che, secondo dottrina e giurisprudenza, hanno “positivizzato” la concezione c.d. oggettivo-funzionale delle due figure.

In base a questa impostazione, per individuare chi possa rivestire quelle qualifiche non è necessario né sufficiente che il soggetto sia dipendente – con qualsivoglia tipologia di rapporto – dello Stato o di altro ente pubblico, ma bisogna guardare all’effettivo svolgimento dell’attività svolta, verificando cioè se essa rientra nelle tipologie indicate dalle norme³⁵.

Non potendo in questa sede ulteriormente approfondire un tema così denso di problematiche ermeneutiche, è sufficiente soffermarsi sulle conseguenze di questa lettura.

Le qualifiche soggettive che consentono di assumere il ruolo di *intraneus* possono essere riconosciute a soggetti che operano anche per enti estranei al perimetro delle amministrazioni pubbliche e che formalmente possono avere anche natura privata, se si occupano di attività di interesse pubblico che cadono, quindi, nelle definizioni di “pubblica funzione” o di “pubblico servizio”³⁶.

³³ L’art. 357 c.p. (rubricato “nozione del pubblico ufficiale”) è costituito da due commi; il primo stabilisce “Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa”; il secondo, invece: “Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.

³⁴ Anche l’art. 358 c.p. (rubricato “nozione della persona incaricata di un pubblico servizio”); è distinto in due commi; il primo stabilisce “Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio”; il secondo, a sua volta, prevede “Per pubblico servizio deve intendersi un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”.

³⁵ Così, fra gli altri, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Roma, 2013, 141.

³⁶ *Ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 45908, *CED Cass.* n. 257384 secondo cui “I soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l’attività della società medesima sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici. (Fattispecie nella quale la Corte ha riconosciuto la qualifica di incaricato di pubblico servizio all’amministratore di una società per azioni, operante secondo le regole privatistiche, ma partecipata da un consorzio di enti pubblici ed avente ad oggetto la gestione di un servizio di pubblico interesse, quale la raccolta o lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani)”. La giurisprudenza penale, anche molto recente, ha particolarmente ampliato la figura dell’incaricato di pubblico servizio, riconoscendola anche in chi svolge attività privatistiche, ma che, sia pure in ambiti limitati, si occupa di materie di interesse pubblico; a titolo esemplificativo si v. Cass., Sez. VI, 26 marzo 2019, n. 27707, *C.E.D. Cass.*, n. 276220 che ha riconosciuto la qualifica di incarico di pubblico servizio al gestore di una struttura ricettiva, in particolare un hotel, nel momento in cui riscuote l’imposta di soggiorno, tanto da considerarlo responsabile di peculato nel caso di mancato riversamento dell’imposta all’ente competente.

Il lungo inciso fatto rende a questo punto più chiara l'affermazione iniziale; l'impianto della prevenzione ben può non limitarsi a prendere in considerazione le sole amministrazioni pubbliche ma, al contrario, attenzionare anche entità nelle quali fatti corruttivi possono avvenire, quantomeno con maggiore frequenza.

5. Le ragioni dell'“interesse” del legislatore della prevenzione per le società pubbliche.

Le considerazioni da ultimo fatte permetterebbero già di dare per individuate le ragioni dell'interesse della legislazione anticorruzione per le società pubbliche³⁷.

La giurisprudenza penale è, infatti, stata negli anni granitica nel ritenere che i soggetti che operano per queste entità possono rivestire le qualità soggettive sopra indicate e, quindi, essere responsabili per i delitti di corruzione, concussione, ma anche di peculato ed abuso di ufficio, quantomeno in tutti quei casi in cui l'attività societaria sia disciplinata da normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti (formalmente) privatistici³⁸.

In realtà, però, a quanto già detto possono aggiungersi almeno altre due ragioni che giustificano ulteriormente l'attenzione riservata alle società in esame da parte della normativa di prevenzione e che attengono alla loro struttura e al loro concreto *modus operandi* negli anni trascorsi.

È noto che, per lungo tempo, l'endiadi “società pubbliche” sia stata considerato poco più di un sinonimo di “società a partecipazione pubblica”³⁹; il tratto che la caratterizzava, infatti, era stato individuato, anche in assenza di una normativa specifica ed organica, nella sola presenza nel loro capitale di partecipazioni di proprietà amministrazioni pubbliche.

³⁷ A conclusioni analoghe, E. SCAROINA, *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, in *Arch. pen.*, 1, 2020, 3 secondo cui l'estensione della normativa anticorruzione può giustificarsi proprio alla luce della diffusione del fenomeno corruttivo.

³⁸ È pacifico nella giurisprudenza di legittimità che i dipendenti e gli amministratori di una società pubblica possano rivestire qualifiche pubblicistiche; *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874, *CED Cass.* n. 270816 secondo cui “I soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società medesima sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici. (Fattispecie in cui la Corte ha riconosciuto la qualifica di pubblici ufficiali ai funzionari della Consip s.p.a., in considerazione della dimensione pubblicistica delle attribuzioni funzionali e delle correlative attività svolte, finalizzate alla gestione e controllo da parte della P.A. di una pluralità di commesse nell'interesse e a vantaggio di diverse e molteplici amministrazioni aggiudicatrici)”. Sull'argomento, in dottrina, *ex plurimis*, F. FIMMANÒ – A. LAUDONIA, *La responsabilità penale degli organi di società a controllo pubblico*, in F. Fimmanò – A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, 2017, 729.

³⁹ Così, M. CAMMELLI – A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, Rimini, 1999, 22, secondo cui l'endiadi “società pubbliche” è un sinonimo di “società a partecipazione pubblica”.

La nomenclatura “società pubbliche” aveva di fatto rappresentato lo schermo dietro al quale erano proliferate, in modo caotico e disordinato, entità fra loro molto diverse per funzioni ed attività⁴⁰.

Erano stati soprattutto gli enti locali, agli inizi degli anni 90 del precedente secolo, a farne uso, grazie alla possibilità, riconosciuta esplicitamente dalla l. n. 142 del 1990, di utilizzare quello schema giuridico per la gestione dei servizi pubblici locali⁴¹.

In assenza, poi, di norme che stabilissero specifici limiti all'utilizzo, le amministrazioni locali ne avevano fatto ricorso per lo svolgimento delle più svariate attività, spesso delegando ad esse anche compiti connessi alle funzioni istituzionali di loro competenza⁴².

Il successo del modello societario, e la loro continua crescita in termini numerici, era certamente connesso alla maggiore agilità dell'azione, assicurata dalla possibilità di muoversi secondo le regole del diritto privato, ma anche dal fine, spesso nemmeno del tutto celato, di voler aggirare alcuni dei vincoli tipici dell'azione amministrativa, quali, ad esempio, il blocco del *turn over* in materia di personale, la necessità del pubblico concorso per procedere ad assunzioni o l'utilizzo delle regole dell'evidenza pubblica per l'attività contrattuale⁴³.

La strumentalizzazione in questa prospettiva della forma societaria si era anche accompagnata ad un utilizzo spregiudicato, in alcuni casi, di queste entità, per logiche chiaramente clientelari, prontamente rimarcate anche dai media generalisti⁴⁴.

La cattiva immagine che ammantava le società pubbliche aveva imposto al legislatore numerosi interventi normativi che avevano (anche) derogato alle regole del diritto privato, per innestare norme, che soprattutto in materia di gestione, erano tipiche degli enti pubblici.

⁴⁰. In dottrina, si è rilevata la contraddittorietà del sistema che da un lato procedeva a privatizzare le partecipazioni statali, mentre creava le condizioni per una nuova forma di presenza pubblica nell'economia da parte degli enti locali; così, M. CAMMELLI, voce *Società pubbliche*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, 1192.

⁴¹. Così, G. NAPOLITANO, *Il <governo> delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in R. Garofoli-A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018, 20.

⁴². In termini analoghi, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 96 che rimarca la tendenza largamente diffusa a livello locale di creare una selva di società pubbliche, la maggior parte delle quali preposte non all'esercizio di imprese e alla gestione di servizi pubblici ma allo svolgimento di compiti strumentali dell'amministrazione o di attività rivolte allo sviluppo del territorio.

⁴³. Secondo F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 155, attraverso lo schema societario si rende inapplicabile il principio del reclutamento del personale per pubblico concorso e si aggira, in tal modo, il principio di imparzialità e buon andamento; sulle ragioni ed effetti dell'abuso del modello gestionale, si v. anche F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ, *Introduzione. Profili generali*, in F. Fimmanò- A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 20.

⁴⁴. Sulla “deriva clientelare” delle società pubbliche, fra i tantissimi saggi qui può essere ricordato quello di un famoso giornalista, S. RIZZO, *Rapaci, il disastroso ritorno dello Stato nell'economia italiana*, Milano, 2009, 16, che riporta anche una frase estrapolata da un discorso pubblico del 2008 del Presidente di Confindustria del tempo, Luca Cordero di Montezemolo secondo cui “Le migliaia di società a controllo pubblico sono le uniche discariche che funzionano in questo paese; sono discariche per politici trombati”; sul tema sia anche concesso il rinvio R. CANTONE, *Prevenzione della corruzione nel sistema delle società pubbliche; dalle linee guida dell'A.N.A.C. alle norme del d.lgs 175 del 2016*, in F. Auletta (a cura di), *I controlli nelle società pubbliche*, Torino 2017, 21 ss.

Ne era derivata un'ibridazione delle stesse, che rendeva complesso incasellarle dal punto di vista della loro tipologia.

Lo dimostravano plasticamente i dubbi che sotto più fronti erano stati sollevati; si era messo in discussione, ad esempio, se esse potessero essere assoggettate alla disciplina del fallimento⁴⁵ o se ad esse fosse applicabile il regime di responsabilità amministrativa di cui al d.lgs n. 231 del 2001⁴⁶, proprio perché le disposizioni che le riguardavano portavano a considerarle, per molti aspetti, assimilabili *tout court* agli enti pubblici⁴⁷.

La natura "anfibia" delle stesse, a "metà" fra pubblico e privato⁴⁸, e la scarsa trasparenza (reale o percepita che fosse) nella gestione di risorse, comunque di carattere pubblico, erano argomenti che evidentemente non potevano non essere (ulteriormente) considerati dal legislatore della prevenzione della corruzione.

6. L'approccio incerto della prima normativa anticorruzione.

In base a quanto detto, ci si sarebbe potuti attendere un'attenzione esplicita alle società pubbliche da parte del legislatore che si avviava sulla strada della prevenzione, che individuasse cioè *l'an* ed il *quomodo* con cui esse dovevano dare attuazione alle nuove misure.

⁴⁵ Sull'argomento, anche per l'esame delle problematiche sorte in materia prima dell'entrata in vigore del testo unico, G. D'ATTORRE, *La crisi di impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmanò – A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 757.

⁴⁶ L'applicabilità del d.lgs n. 231 del 2001, alle società pubbliche non era in verità affatto pacifica, proprio perché si era sostenuta parificabilità di queste, soprattutto se e quanto svolgono attività strumentali a quelle degli enti pubblici di riferimento, ad enti pubblici non economici che, come è noto, sono esclusi ex art. 1, comma 3 del d.lgs 231 dal novero dei destinatari della normativa; nel senso di individuare una difficoltà ontologica nel ritenere applicabili alle società pubbliche i modelli di *compliance* ex d.lgs 231 del 2001, si v. F. AULETTA, *Interesse sociale, funzioni di vigilanza e prevenzione dei reati fallimentari dopo il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in F. Auletta (a cura di), *I controlli nelle società pubbliche*, cit., , 181 e ss. La questione è stata solo in pochi casi affrontata dalla giurisprudenza che ha optato, nei casi scrutinati, per l'applicabilità della responsabilità amministrativa; in questo senso, Cass., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, in *Cass.*, 2011, 1889 con nota di O. DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato* e Cass., Sez. II, 26 ottobre 2010, n. 634/2011, in *Dir. e prat. lav.*, 2011, 978; sullo specifico argomento, in dottrina sull'argomento, S. Manacorda, *Le nuove frontiere del decreto 231: l'attività economica pubblica*, in *Resp. amm. soc.enti*, 2011, III, 33; G. Fidelbo, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass.*, 2010, 4079 e ss, C. Santoriello, *La disciplina in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche e le società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmanò – A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 1171.

⁴⁷ In termini, G. NAPOLITANO, *Il <governo> delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, cit., 21 secondo cui "le deviazioni [introdotte dal legislatore alla disciplina di diritto privato erano] talmente rilevanti ed estese .. da mettere in dubbio la natura privata di taluni di questi soggetti (si parla al riguardo di società <legali> o addirittura *tout court* pubbliche, alle quali la giurisprudenza talora applica le stesse norme riferite alle pubbliche amministrazioni)".

⁴⁸ Definisce come "scomoda natura ancipite" quella delle società pubbliche, E. SCAROINA, *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, cit., 2.

Invece, la prima normativa adottata con la legge Severino e con i suoi decreti delegati (in particolare, i d.lgs n. 33 e 39 del 2013) si muove in ordine sparso e soprattutto non coordinato⁴⁹; una scelta che, solo in parte, può apparire giustificata con l'assenza di una regolamentazione organica delle società medesime⁵⁰.

Riprendendo, infatti, l'indicazione delle tre direttrici che caratterizzano l'impianto preventivo, è necessario rimarcare subito un primo dato di sicura incoerenza.

Nel sistema della prevenzione l'istituto dei piani di prevenzione rappresenta il momento oggettivamente più qualificante della disciplina⁵¹, ma fra i soggetti obbligati a dotarsi dello strumento preventivo in questione non venivano esplicitamente annoverate le società pubbliche.

Nella legge n. 190 del 2012 vi era un unico ed ambiguo riferimento a queste entità ed era contenuto nei commi 60 e 61 dell'art. 1⁵².

Con una disposizione assai criptica, si stabiliva che, in sede di conferenza unificata fra Stato, regioni e autonomie locali, dovessero essere definiti gli adempimenti per l'attuazione della legge 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".

La striminzita citazione non si riferiva esplicitamente ai piani ma dimostrava che il legislatore aveva comunque guardato, come destinatari degli obblighi in generale introdotti dalla normativa, oltre il perimetro delle amministrazioni pubbliche in senso stretto.

Sia pure subordinando l'adozione degli adempimenti anticorruzione ad una preventiva consultazione con altri soggetti pubblici, aveva cioè prefigurato di coinvolgere gli enti privati in controllo pubblico (e fra questi, evidentemente anche le società) nel sistema della prevenzione⁵³.

Presumibilmente anche raccogliendo questo spunto, nel primo Piano nazionale (PNA) adottato nel 2013 – *ratione temporis* dal Dipartimento della funzione pubblica ed

⁴⁹ A considerazioni analoghe, P. CLARIZIA, *L'ambito di applicazione della normativa anticorruzione*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, cit., 41 secondo cui "il perimetro soggettivo delle disposizioni ... non è inquadrato dal legislatore in maniera univoca ed omogenea. L'ambito di applicazione soggettivo può essere definito a geometria variabile, in quanto differenziato per ciascuna disposizione o plesso normativo".

⁵⁰ A conclusioni analoghe, G FONDERICO, *Le società pubbliche tra diritto amministrativo e diritto comune*, in A. Natalini – G. Vesperini (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Napoli, 2015, 145 secondo cui le scarse indicazioni del legislatore della legge n. 190 del 2012 sono, in verità, indicative "di una serie di nodi irrisolti e delle difficoltà che incontra il legislatore nel definire statuti generali delle società pubbliche".

⁵¹ Sulla importanza e centralità dello strumento dei piani nell'impianto della prevenzione, F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie di imparzialità dei funzionari pubblici*, in F. Cingari (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze 2013, 13.

⁵² In termini analoghi, E. SCAROINA, *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, cit., 7.

⁵³ Per questa ricostruzione, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla "riforma Madia" della pubblica amministrazione*, in *Riv. soc.*, 2018, 240; in termini analoghi, per quanto riguarda il riferimento al comma 60 dell'art. 1, della l. n. 190 del 2012, V. SARCONI, *Prevenzione della corruzione e trasparenza nelle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmano – A. Catricalà, *Le società pubbliche*, cit., 917.

approvato dall'ANAC⁵⁴ – si indicavano quali tenute all'adozione dei PTPC anche le società pubbliche⁵⁵.

L'indicazione era poi ulteriormente ripresa nel 2015 dall'ANAC in un importante (e controverso) atto regolatorio relativo proprio alle società pubbliche⁵⁶.

Con le linee guida in questione, l'Autorità, infatti, provava a delineare l'insieme delle regole anticorruzione applicabili alle società⁵⁷.

In particolare, ribadiva solo in parte l'indicazione del PNA del 2013, ritenendo dovessero adottare il piano di prevenzione le società "controllate" da pubbliche amministrazioni (individuando come tali quelle oggetto di controllo ai sensi dei n. 1 e 2 del comma 1 dell'art. 2359 c.c.)⁵⁸, in quanto sostanzialmente assimilabili agli enti pubblici e, con una interpretazione ampia, consentiva ad esse di poter adottare la misura estendendo il modello di *compliance ex d.lgs n. 231 del 2001*⁵⁹.

Escludeva, invece, dal novero degli obbligati le società meramente partecipate per le quali si limitava a raccomandare agli enti partecipanti la previsione di strumenti preventivi anticorruzione.

⁵⁴ Si è già ricordato *supra* che la legge n. 190 del 2012 aveva attribuito alcune importanti funzioni in materia di prevenzione al Dipartimento della funzione pubblica, fra cui quello di predisposizione del PNA. Con il d.l. n. 90 del 2014 tutte le competenze già del dipartimento sono passate all'ANAC che è rimasto l'unico organismo a sovrintendere sul settore della prevenzione.

⁵⁵ Il PNA del 2013, in particolare, aveva individuato la platea dei destinatari operando una (non semplice) distinzione fra coloro a cui il Piano era direttamente riferito, coloro a cui erano applicabili solo gli indirizzi in esso contenuti e altri soggetti a cui, invece, veniva "raccomandata" l'adozione di misure anticorruzione. Sul punto, in particolare (così pag. 11), affermava: "I contenuti del presente P.N.A. sono inoltre rivolti .. agli enti di diritto privato in controllo pubblico, alle società partecipate e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. per le parti in cui tali soggetti sono espressamente indicati come destinatari. Per enti di diritto privato in controllo pubblico si intendono le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi".

⁵⁶ Ci si riferisce alle "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" approvate con delibera n. 8 del 17 giugno 2015, disponibile sul sito dell'ANAC; sulle modalità con cui sono state adottate le linee guida (e cioè un tavolo di confronto con il MEF e poi la consultazione pubblica); si v. V. SARCONE, *Prevenzione della corruzione e trasparenza nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 916 e R. CANTONE, *Prevenzione della corruzione nel sistema delle società pubbliche; dalle linee guida dell'A.N.A.C. alle norme del d.lgs 175 del 2016*, cit., 25.

⁵⁷ Le linee guida, quindi, avevano considerato controllate, in base ai n. 1 e 2 dell'art. 2359 c.c. (norma riferita alla definizione di società controllate e collegate) le società nelle quali un'amministrazione direttamente o indirettamente dispone della maggioranza dei voti esercitabili e quelle nelle quali un'amministrazione dispone di voti sufficienti per esercitare una influenza dominante nell'assemblea ordinaria; avevano escluso dal novero delle società controllate l'ipotesi prevista dal n. 3 e cioè il caso in cui il controllo era esercitato in virtù di vincoli contrattuali.

⁵⁸ Per un esame approfondito delle linee guida, V. SARCONE, *Prevenzione della corruzione e trasparenza nelle società a partecipazione pubblica*, cit 912 e ss; A. TORTORA, *La prevenzione della corruzione. Un sistema in continua evoluzione*, Torino, 2018, 33 ss.

⁵⁹Sul punto, G. CAPUTI, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex d.lgs n. 231 /01*, in F. Cerioni – V. Sarcone (a cura di), *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 477 ss.

Il provvedimento regolatorio implicitamente ammetteva il suo carattere, almeno in parte, pretorio, finalizzato a supplire ad un vuoto normativo, tanto da auspicare una rapida e dirimente revisione normativa della materia⁶⁰.

L'assenza di un'esplicita previsione relativa ai Piani di prevenzione appariva, del resto, ancora meno giustificabile se la si raffronta con la circostanza che nelle altre due direttrici che caratterizzano l'impianto preventivo risultavano, invece, espressamente menzionate (anche se senza un *fil rouge* unitario) le società pubbliche.

Con riferimento alla trasparenza, in particolare il testo originario del d.lgs n. 33 del 2013 all'art. 11 si rivolgeva ad esse, e cioè sia a quelle controllate dalle amministrazioni pubbliche (intendendo per tali quelle destinatarie di poteri di controllo ex art. 2359 c.c.) che a quelle anche solo partecipate e prevedeva obblighi di trasparenza, per quanto semplificati e diversificati rispetto a quello delle amministrazioni⁶¹.

L'articolo del d.lgs veniva poi completamente riscritto nel 2014 dal decreto Madia (d.l. 90 del 2014) che introduceva un regime differenziato nell'ambito delle società pubbliche, individuando oneri maggiori di pubblicità per le controllate (individuate sempre con riferimento alla norma del codice civile) e semplificati, invece, per quelle soltanto partecipate⁶².

Quanto, invece, agli istituti che si occupano dell'integrità del "funzionario", premesso che in materia la legislazione anticorruzione è caratterizzata da particolare

⁶⁰ In senso critico sulle linee guida ritenendo che esse non si fossero limitate ad una mera interpretazione delle norme ma fosse andate oltre, *preter legem*, F. FOGLIA MANZILLO, *A proposito delle linee guida dell'A.N.AC. sulle società partecipate di enti pubblici; quando la soft law diventa hard law*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015,179; ugualmente critico anche G. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione; dal pubblico al privato e viceversa*, in *Cass.* 2015, 2980; per una diversa posizione sulle linee guida, A. MONEA, *Il rapporto per la prevenzione della corruzione tra amministrazioni pubbliche e società controllate/partecipate*, in *Azienditalia*, n. 7/2016, 713 secondo cui esse "hanno una straordinaria importanza giuridica e organizzativa perché rivisitano e, sostanzialmente definiscono ex novo gli adempimenti concernenti le citate realtà con il precipuo scopo di attuare le normative in materia (L. n. 190/2012, D.Lgs. n. 33/2013 e D.Lgs. n. 39/2013)".

⁶¹ L'art. 11 dell'originario d.lgs n. 33 del 2013, prevedeva, nei suoi tre commi, tre regimi differenziati; le "pubbliche amministrazioni" (quelle di cui al già citato comma 2 dell'art. 1 del d.lgs n. 165 del 2001) erano le (uniche) destinatarie della disciplina del decreto; le società partecipate e controllate dalle amministrazioni pubbliche dovevano sottostare ad un regime semplificato di trasparenza, non contenuto nel d.lgs ma enucleabile dalla l. n. 190 del 2012 (in particolare dai commi da 15 a 33 dell'art. 1), sia pure "limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea"; le autorità indipendenti, di garanzia, vigilanza e regolazione adattavano la disciplina del d.lgs "secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti".

⁶² Il nuovo testo dell'art. 11, come modificato dall'art. 24-bis del d.l n. 90 del 2014, cov. In l. n. 114 del 2014 prevedeva che le pubbliche amministrazioni, le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione ed una serie di ulteriori enti erano sottoposti agli obblighi del d.lgs n. 33; le stesse regole valevano anche "le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciute alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi" ma "limitatamente alle attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e dell'Unione europea"; per le società partecipate in modo non maggioritario dalle amministrazioni vigeva, invece, il regime semplificato, enucleabile dalla l. n. 190.

frammentarietà per essere i singoli istituti disseminati in varie normative⁶³, senza nemmeno un collegamento fra di esse, alle società pubbliche facevano esplicito riferimento, *in primis*, le norme del d.lgs n. 39 del 2013.

Con quest'ultimo decreto ci si prefigge, in special modo, l'obiettivo di sterilizzare i rischi di indebite pressioni sull'esercizio di funzioni pubbliche che possono derivare da attività svolte in precedenza attraverso due istituti, e cioè l'inconferibilità (intesa come impossibilità di conferire di un incarico, sia pure per un periodo di tempo limitato, c.d. di raffreddamento) e l'incompatibilità (concepita come impossibilità di rivestire contestualmente incarichi diversi, con l'obbligo conseguente di optare per una delle due)⁶⁴.

Il provvedimento normativo, costruito come una sorta di sottosistema autonomo con un proprio impianto di *enforcement*, si applica non solo agli incarichi nelle amministrazioni ma anche a quelli rivestiti nelle società pubbliche, in particolare nelle controllate (identificate con il riferimento, anche in questo, caso alla norma del codice civile) ed in quelle finanziate e regolate dalle amministrazioni (una categoria alquanto vasta ed eterogenea)⁶⁵.

Anche un'altra misura preventiva di nuovo conio, pure funzionale a garantire l'imparzialità e l'integrità dei funzionari, il c.d. *pantouflage*, fa riferimento alle società pubbliche.

Essa, innestata nel comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs n. 165 del 2001, persegue l'obiettivo di evitare che le prospettive di futuri incarichi possano compromettere l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche ed introduce divieti (la cui inosservanza è esplicitamente sanzionata) all'attività che il funzionario potrà svolgere dopo la cessazione del rapporto con l'amministrazione⁶⁶.

⁶³ Le disposizioni in materia sono, infatti, previste in varie leggi, a cominciare dalla l. n. 241 del 1990 (nella quale è stato innestato nell'art. 6-bis l'obbligo di astensione) nel d.lgs n. 165 del 2001 (nel quale sono regolati il pantouflage, i codici di comportamento, il *whistleblowing*), nel d.lgs n. 39 del 2013 e nella l. n. 190 del 2012; per maggiori riferimenti agli istituti, R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 134 e ss.

⁶⁴ Per maggiori riferimenti alla inconferibilità ed incompatibilità, *ex plurimis*, M. CALCAGNILE, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, Bologna, 2017.

⁶⁵ Nell'articolo 1, comma 2 – rispettivamente alle lett. c) e d) – del d.lgs n. 39, si fa specifico riferimento agli "enti di diritto privato in controllo pubblico" e agli "enti di diritto privato regolati o finanziati", di cui viene fornita anche una definizione, sia pure valida "ai fini del presente decreto". I primi sono identificati nelle "società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi". I secondi, invece, sono "le società e gli altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, nei confronti dei quali l'amministrazione che conferisce l'incarico: 1) svolga funzioni di regolazione dell'attività principale...; 2) abbia una partecipazione minoritaria nel capitale; 3) finanzia le attività attraverso rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di concessione di beni pubblici.

⁶⁶ Il comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs n. 165 del 2001 così stabilisce: "I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica

La disposizione, originariamente applicabile ai soli dipendenti delle amministrazioni pubbliche, grazie ad una modifica contenuta nell'art. 21 del d.lgs n. 39 del 2013, è stata estesa anche a coloro che svolgono funzioni di *governance* o di dirigenza nelle società pubbliche controllate (individuate sempre attraverso il rinvio all'art. 2359 c.c.) e finanziate e regolate⁶⁷.

Altri istituti, pure espressione dell'esigenza di rafforzare l'integrità dei funzionari pubblici, non si estendevano, invece, alle società pubbliche; in questo senso era ad esse inapplicabile la disciplina dei codici di comportamento⁶⁸ e soprattutto quella, particolarmente importante nella strategia di prevenzione, del c.d. *whistleblowing*⁶⁹.

La normativa, infatti, che prevede misure antidiscriminatorie per i dipendenti che segnalano illeciti di cui siano venuti a conoscenza nel contesto lavorativo si riferiva soltanto a quelli con rapporto di lavoro presso amministrazioni pubbliche, escludendo quindi, tutti quindi coloro che prestavano attività presso società pubbliche.

amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti"; per maggiori riferimenti all'istituto, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *Il pantoufflage all'italiana: fra rigore formale e rischi di ineffettività*, in *Ius in itinere*, 2019, 1, 3 ss.

⁶⁷ L'art. 21 del d.lgs n. 33 del 2013 prevede "Ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16-ter dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. Tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico". Nel senso che l'articolo in questione consente l'estensione della disposizione alle società pubbliche si è espressa l'ANAC con delibera n. 766 del 5 settembre 2018, disponibile sul sito dell'ANAC, che ha ritenuto applicabile l'art. 53 comma 16-ter d.lgs n. 165 del 2001 all'amministratore delegato di una società *in house* al ministero della difesa che aveva ricevuto un'offerta di lavoro da una società privata che aveva avuto rapporti contrattuali con la società pubblica medesima, proprio richiamando l'art. 1, comma 2 del d.lgs n. 39.

⁶⁸ La disposizione relativa ai codici di comportamento è contenuta nell'art. 54 del d.lgs n. 165 del 2001, disposizione integralmente riscritta in virtù della l. n. 190 del 2012; l'istituto, dopo la modifica introdotta nel 2012, è significativamente cambiato, essendo i codici divenuti obbligatori per i dipendenti pubblici e l'inosservanza dei precetti da essi previsti è considerata illecito disciplinare; per maggiori riferimenti all'istituto e alle novità introdotte, R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 183 e ss.

⁶⁹ Nel senso che la norma introdotta dalla l. n. 190 del 2012 non avesse ottemperato alle indicazioni delle convenzioni internazionali che facevano generico riferimento ai dipendenti, senza distinguere fra quelli delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti privati L. SALAZAR, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass.*, 2012, 4291; sulle critiche relative all'assenza di una disciplina per le società pubbliche, N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, cit, 5 che fa riferimento anche ad un caso, di vasto clamore mediatico, di un dipendente di una società pubblica che aveva denunciato un illecito ed era rimasto sfornito di tutela.

7. La riforma Madia del 2016.

Nel corso del 2015, il parlamento portava a termine l'approvazione della riforma c.d. Madia, dal nome del ministro della funzione pubblica proponente (legge 7 agosto 2015, n. 124), che avrebbe dovuto cambiare profondamente il volto della pubblica amministrazione.

Nella normativa erano contenute varie deleghe, fra cui, per quanto qui di interesse, una destinata alla revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza.

L'art. 7 della legge che recava la delega, in particolare, fra i numerosi criteri direttivi, alla sua lett. a) esplicitamente richiedeva al governo "la ridefinizione e precisazione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi e delle misure in materia di trasparenza"; un criterio, a ben vedere, alquanto generico, perchè nulla suggeriva sul piano dei contenuti e quindi su come effettuare la richiesta ridefinizione.

Con altra direttiva, poi, – la lett. d) – prefigurava un intervento correttivo finalizzato alla "precisazione dei contenuti e del procedimento di adozione del Piano nazionale anticorruzione, dei piani di prevenzione della corruzione..."

Il governo ha dato attuazione alla delega parlamentare con il d.lgs 25 maggio 2016 n. 97 (avente ad oggetto la "revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza") con cui ha emendato numerosi e significativi profili della l. n. 190 del 2012 e del d.lgs n. 33 del 2013⁷⁰.

Si è occupato, fra l'altro dei destinatari delle disposizioni sia in materia di piani di prevenzione che di trasparenza, innestando rispettivamente il comma 2-bis nell'art. 1 della l. 190 e l'art. 2-bis (intitolato "ambito soggettivo di applicazione") nel d.lgs n. 33, con contestuale abrogazione dell'art. 11.

Nella prima due novità si stabilisce, in particolare, che il PNA "costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e per gli altri soggetti di cui all'art. 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33".

Nell'altra, invece, si elencano, sempre mantenendo tre categorie, gli enti tenuti agli obblighi di trasparenza, sia pure modulandoli, nella concreta attuazione, diversamente⁷¹.

⁷⁰ . Il d.lgs n. 97 è noto, in particolare, perché ha ampliato gli obblighi di trasparenza introducendo l'accesso civico c.d. generalizzato, sulla scia del c.d. FOIA nordamericano. Per maggiori riferimenti alle tante novità recate dal decreto si rinvio a B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

⁷¹ In particolare, l'art. 2-bis del d.lgs n. 33, come introdotto dal d.lgs n. 97 del 2016, è distinto in tre commi; il primo prevede che le pubbliche amministrazioni, come individuate all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001, le autorità portuali e le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione devono sottostare integralmente alla normativa del decreto n. 33; il secondo stabilisce che gli enti pubblici economici, gli ordini professionali, le società in controllo pubblico escluse le società quotate ed un'altra serie di enti formalmente privati applicano la stessa disciplina, ma nei limiti della "compatibilità"; il terzo, invece, sancisce che le società in partecipazione pubblica, le associazioni, le fondazioni e altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica attuano le regole del d.lgs n. 33, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti

Con le due disposizioni si dirada un po' la nebbia sugli obblighi delle società pubbliche, sia pure limitatamente ai due aspetti indicati.

In particolare, le società controllate, escluse quelle quotate, devono adottare il piano anticorruzione, sia pure attraverso misure integrative del modello di *compliance* di cui all'art. 6 del d.lgs n. 231 del 2001⁷².

Le medesime società sottostanno agli stessi doveri di trasparenza delle pubbliche amministrazioni, ma nei limiti della "compatibilità", mentre per le società solo partecipate gli obblighi si limitano, sempre nei limiti della compatibilità, a quelle sole attività di carattere pubblicistico da esse svolte⁷³.

Il provvedimento governativo del 2016, però, non reca la definizione delle società controllate o partecipate, rinviando a tal fine, in funzione di garantire un opportuno allineamento fra le normative, ad un ulteriore decreto, non ancora in quel momento adottato, da emanarsi in virtù di altra delega, pure contenuta nella medesima l. n. 124 del 2015, ed in particolare nel suo art. 18⁷⁴

Il provvedimento in questione, promulgato di lì a poco, è il d.lgs 19 agosto 2016 n. 175 contenente "testo unico delle società pubbliche", il cui obiettivo è dettare, per la prima volta, un insieme organico di regole sugli enti in questione.

Negli articoli introduttivi, il decreto contiene le definizioni di società controllate (quelle cioè in cui l'amministrazione pubblica esercita i poteri di controllo in virtù dell'art. 2359 c.c. o in virtù di altre norme di legge o di statuto)⁷⁵, partecipate (quelle in

l'attività di pubblico interesse espletata, disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea ed "in quanto compatibile".

⁷² La disposizione, in verità, è abbastanza criptica nell'introdurre l'obbligo in questione, perché si limita a prevedere che il Piano nazionale anticorruzione costituisce atto di indirizzo per una serie di enti, fra cui le società pubbliche, "ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231"; la lettura proposta nel testo è quella adottata dall'ANAC che in materia è intervenuto con un nuovo atto regolatorio ("Nuove linee guida per l'attuazione 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), adottato con delibera 8 novembre 2017, n. 1134 (disponibile sul sito dell'ANAC).

⁷³ La previsione di un criterio così generico, quale quello della compatibilità, per individuare le modalità di applicazione delle norme in materia di trasparenza è stato oggetto di critiche da parte della dottrina; *ex plrimis*, F. GIGLIONI, *I soggetti obbligati alla trasparenza*, in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, cit., 88; sull'interpretazione le Linee Guida Anac del 2017 (par. 2.5) hanno suggerito che esso non imponga una valutazione caso per caso per accertare se la singola regola sia compatibile, ma una valutazione in astratto, in relazione cioè alle diverse categorie di enti e alla loro attività.

⁷⁴ In particolare, l'art. 2-bis del d.lgs n. 33 del 2013 faceva riferimento alle "società ... come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124".

⁷⁵ L' definisce le "società a controllo pubblico" come "le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lett. b)"; la lett. b) a sua volta definisce il testo dell'art. 2-bis del d.lgs n. 33 del 2013 è stato poi modificato ad opera del d.lgs 16 giugno 2017, n. 100, con l'indicazione specifica dell'articolo d.lgs n. 175 del 2016.

il «controllo» come "la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo".

cui l'amministrazione ha una partecipazione non di controllo)⁷⁶ e quotate (quelle che emettono azioni in mercati regolamentati)⁷⁷.

Con quelle definizioni si completa l'indicazione contenuta nell'altro d.lgs e quindi si consente di identificare le società pubbliche onerate⁷⁸.

8. La situazione attuale; passi in avanti ed incongruenze.

La riforma del 2016 rappresenta un indiscutibile passo in avanti, sia pure come si dirà solo parziale, in termini di chiarezza e razionalità.

Le società pubbliche vengono ricomprese formalmente nel recinto dell'anticorruzione, prevedendo sostanzialmente soltanto per quelle controllate un regime analogo alle pubbliche amministrazioni; per quelle solo partecipate vengono imposti obblighi limitati alla trasparenza e collegati alle loro (eventuali) attività pubblicistiche; restano, invece, estranee dal perimetro della prevenzione le società quotate⁷⁹.

⁷⁶ L'art. 1, comma 2, lett. n) del d.lgs n. 175 del 2016, definisce le "società in partecipazione pubblica" come "le società in controllo pubblico nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società in controllo pubblico". La definizione riportata ha carattere onnicomprensivo e considera, quindi, rientrare nella tipologia in esame sia le società controllate che quelle meramente partecipate; siccome, però, le controllate sono oggetto di regolazione già da parte dell'art. 1, comma 2, lett. m), per "meramente partecipate" devono intendersi quelle nelle quali un'amministrazione o una società in controllo pubblico ha una partecipazione non maggioritaria e non di controllo.

⁷⁷ La lett. p.) del medesimo art. 2 del d.lgs n. 175 del 2016 definisce le «società quotate» come "le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati".

⁷⁸ Con il d.lgs 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. correttivo) che è intervenuto ad operare varie modifiche al d.lgs n. 175 del 2016, si è anche modificato il testo dell'art. 2-bis del d.lgs n. 33 del 2013, eliminando il generico ed incongruo rinvio al "decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124" e sostituendolo con l'indicazione delle specifiche norme del d.lgs n. 175.

⁷⁹ L'inapplicabilità delle norme anticorruzione alle quotate non è pacifica perché, in base ad una interpretazione ampia del comma 3 del nuovo articolo 2-bis d.lgs n. 33 si potrebbero ritenere applicabili ad esse le norme sulla trasparenza valide per le società meramente partecipate; a questa conclusione era giunta l'ANAC nel primo testo dell'"*Aggiornamento delle 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*" approvate "in prima lettura" e pubblicate sul sito dell'Autorità il 27 marzo 2017, in attesa del parere del Consiglio di Stato; nel testo definitivo (approvato con delibera dell'8 novembre 2017, n. 1134, cit), però, questa opzione è stata abbandonata in quanto si è ritenuto opportuno rinviare la decisione definitiva all'esito di un confronto con la CONSOB, in tal modo raccogliendo l'invito che era venuto da Cons. Stato, sezione normativa, commissione speciale 20 aprile 2017 n. 650 (punto 10), che pur non esprimendosi in modo definitivo sulla interpretazione preferibile, ha testualmente evidenziato che "sarebbe opportuno che si desse conto di aver affrontato il problema della compatibilità tra l'applicazione degli obblighi e la disciplina di settore che vede l'intervento dominante della CONSOB in ragione delle sue specifiche competenze funzionali"; per la tesi dell'esonero da ogni forma di trasparenza amministrativa per le quotate ci si era pronunciati, sia pure in modo critico, in altro scritto, in particolare R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche alla luce del d.lgs 175/2016*, in H. Bonura- A Righetti (a cura di), *L'impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini*, Milano, 2017, 48.

Una scelta, questa adottata dal d.lgs n. 97 del 2016 in linea e coerente con la regolamentazione contenuta nel quasi coevo testo unico delle società pubbliche.

Anche quest'ultimo, infatti, costruisce per le società controllate uno statuto "alquanto pubblicistico", giustificato dal rapporto di controllo le attrae di fatto nell'orbita dell'amministrazione controllante⁸⁰ e sottopone, invece, quasi integralmente alle regole del diritto privato quelle meramente partecipate.

La complessiva riforma del 2016 non intacca, però, anche le altre pregresse disposizioni sull'anticorruzione, di cui sopra si è detto, ad esempio, in materia di inconferibilità/incompatibilità o di *pantouflage*.

Queste ultime, infatti, anche per l'assenza di criteri direttivi nella delega del 2015, sono rimaste nella loro formulazione precedente⁸¹, creando un oggettivo disallineamento, con conseguenze di dubbia razionalità.

Le società pubbliche tenute ad applicare le regole del *pantouflage* o dell'inconferibilità finiscono, infatti, per non coincidere – almeno del tutto – con quelle obbligate ad adottare i piani o ad adempiere agli obblighi di trasparenza, con una asimmetria di obblighi che sembra avere alcuna logica spiegazione

Così, a titolo esemplificativo, una società quotata, ma controllata *ex art.* 2359 c.c., potrà vedere applicati ai propri dirigenti gli obblighi di *pantouflage* (e le regole di inconferibilità), pur non dovendo adottare il piano di prevenzione né sottoporsi agli obblighi di trasparenza.

Una società, invece, considerata controllata in virtù di norme di legge o di patti parasociali – secondo la previsione dell'art. 1 lett. m) del d.lgs n. 175 del 2016 – avrà gli stessi obblighi di una amministrazione pubblica in materia di piani e di trasparenza ma i suoi dirigenti saranno esentati dalle prescrizioni sul *pantouflage* e sulla inconferibilità.

Incongruenze che avrebbero dovuto essere corrette rapidamente dal legislatore e che, invece, si sono, persino, accresciute con un'ulteriore riforma del 2017.

La legge 30 novembre 2017, n. 197 è, infatti, opportunamente intervenuta per modificare la disciplina del *whistleblowing* e, fra le tante novità, ha espressamente equiparato, ai fini delle tutele stabilite, ai dipendenti pubblici quelli che operano per conto delle società controllate⁸².

⁸⁰ Così, B.G. MATTARELLA, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in R Garofoli – A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2017,11; in termini analoghi, F. CERIONI, *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariali*, in F. Fimmanò – A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, 2017, che individua la natura delle società controllate come "immanentemente ibrida".

⁸¹ In senso critico nei confronti del legislatore, per l'occasione non colta con i decreti legislativi del 2016, V. SARCONI, *Prevenzione della corruzione e trasparenza nelle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmanò – A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., 947.

⁸² La legge n. 179 del 2017 ha in particolare riscritto integralmente l'art. 54-bis del d.lgs n. 165 del 2001 e pur riferendosi ai dipendenti pubblici come destinatari della disciplina, al comma 2 qualifica "ai fini del presente articolo" come dipendente pubblico anche "il dipendente di un ente privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 del codice civile".

Un legislatore accorto si sarebbe riferito alle società controllate come quelle tenute ad adottare il piano di prevenzione o le regole di trasparenze, richiamando quindi la definizione recata dalla riforma del 2016.

E, invece, di quest'ultima non fa menzione, ma riproduce il generico riferimento all'art. 2359 c.c., riproducendo, anche in questo caso, la possibilità di società controllate tenute ad adottare il piano e obbligate alla trasparenza ma non a predisporre gli strumenti di tutela pubblicitici del segnalante e al contrario di altre onerate dei meccanismi di gestione delle segnalazioni dei *whistleblowers*, pur restando estranee al perimetro di tutti gli altri adempimenti in materia di prevenzione.

Un ulteriore difetto di coordinamento⁸³ che rischia di creare ulteriori complicazioni alle società pubbliche, anche pregiudicando l'efficienza della loro azione⁸⁴, e che rende ancora più urgente un'emenda legislativa che individui regole omogenee da applicare a queste ultime entità.

⁸³ L'ANAC nello schema di linee di guida predisposte in attuazione del comma 5 dell'art. 54-*bis* del d.lgs n. 165 del 2001, come modificato dalla l. n. 197 del 2017, ha provato a procedere a tale interpretazione adeguatrice, escludendo, per quanto qui di interesse, le società quotate dall'obbligo di dotarsi degli strumenti di gestione delle segnalazioni di illeciti; il Consiglio di stato nel parere redato sulle linee guida (Sez. I, 4 marzo 2020, n. 615) non ha condiviso la lettura proposta affermando che "pur condividendo l'obiettivo di favorire la coerenza con la normativa generale sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza, ritiene che l'opzione prescelta non risulti fondata su solide basi legislative di rango primario."

⁸⁴ A conclusioni analoghe, E. SCAROINA, *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, cit., p. 3 che evidenzia come la superfetazione normativa che interessa le società, ed in particolare quelle pubbliche, rischia di pregiudicare l'efficienza della loro attività.