

5/2015

Consultazioni

**Consultazioni ANAC e MEF sull'applicazione della disciplina in
materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza alle società
a partecipazione pubblica**

Premessa

L'esigenza di rafforzare i presidi a tutela della legalità sia nella pubblica amministrazione sia all'interno delle organizzazioni della società civile è evidente. Gli strumenti per conseguire l'obiettivo devono essere definiti nel modo più efficace tenendo conto dell'eterogeneità degli ambiti interessati, sia all'interno dell'amministrazione, sia nel mondo delle imprese.

Anche tra le società controllate dalle pubbliche amministrazioni esistono realtà profondamente eterogenee. Come indicato da un consolidato orientamento giurisprudenziale (C. Cost. n. 326/2008; n. 148/2009; n. 229/2013), vi è una netta distinzione tra le ipotesi in cui l'amministrazione svolge attività amministrativa in forma privatistica (attraverso società che esercitano funzioni amministrative o comunque attività strumentali a quelle delle amministrazioni) e le società a partecipazione pubblica che svolgono normale attività d'impresa sul mercato. Per queste ultime, la circostanza che l'azionista di controllo sia la pubblica amministrazione non è sufficiente a giustificare un'equiparazione della società alla pubblica amministrazione. Per questi soggetti, inoltre, l'imposizione di vincoli non previsti per le imprese a partecipazione privata va valutata attentamente perché può tradursi in un ingiustificato svantaggio sotto il profilo concorrenziale.

I documenti di ANAC e MEF osservano giustamente che per quanto attiene alle società in mano pubblica la normativa primaria è carente e confusa, tanto da richiedere "interpretazioni costituzionalmente orientate"; resta il problema di fondo di una normativa pensata per la pubblica amministrazione, il cui ambito di applicazione viene progressivamente esteso. I due documenti predisposti da MEF e ANAC sono apprezzabili sia per lo sforzo di chiarire la disciplina sia per il riconoscimento delle differenze tra amministrazioni e società di mercato, che richiedono un diverso trattamento. Idealmente, tuttavia, si dovrebbe mirare a un sistema che rispetti il principio di legalità (con norme scritte bene), quello di efficacia (prevenzione della corruzione calibrata alle situazioni, accesso civico per le informazioni per cui ha senso che ci sia l'accesso civico) e quello di proporzionalità. Il richiamo alla proporzionalità va attuato in relazione all'esigenza di evitare oneri ingiustificati e ingiustificate disparità di trattamento delle imprese a partecipazione pubblica rispetto ai concorrenti, alla tutela dei dati personali (che implica la minimizzazione dell'utilizzo dei dati) e alla tutela delle informazioni sensibili sotto il profilo commerciale.

Nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni oggi all'esame del Parlamento è contenuta una delega al riassetto della normativa in tema

di società a partecipazione pubblica che potrebbe costituire l'occasione per un ripensamento delle regole, calibrato sulla realtà delle società, distinguendo tra semi-amministrazioni e società di mercato e, con riferimento a queste ultime, limitando le deroghe al regime privatistico a quanto strettamente giustificato.

Ai fini della prevenzione della corruzione, dovrebbe essere data priorità al programma del Governo di riduzione del numero delle partecipate a livello locale, eliminando tutta una miriade di soggetti non necessari che creano ambiti di impropria commistione tra pubblico e privato.

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

Fatta questa premessa, forniamo una serie di specifici spunti di riflessione tenendo conto del vincolo posto da Anac alla lunghezza della risposta alla consultazione e restando a disposizione per approfondimenti, in uno spirito di collaborazione.

Obblighi di prevenzione della corruzione

La disciplina della legge n. 190/2012 è volta a prevenire, attraverso presidi organizzativi mirati, comportamenti corruttivi che presuppongono il coinvolgimento del soggetto pubblico. Sul versante delle imprese, le regole del decreto n. 231/ 2001 mirano allo stesso obiettivo, quando il reo è un soggetto apicale e agisce in violazione di regole organizzative e controlli stabiliti a scopo preventivo. Il problema principale è quello di stabilire esattamente gli ambiti in cui, in ragione dell'attività svolta dall'impresa, occorre un'integrazione dei presidi preventivi previsti dal decreto 231 con una pianificazione specifica.

In questa prospettiva, si deve tenere conto che per alcuni dei reati considerati dalla legge n. 190/2012 il presupposto è la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio del soggetto che li pone in essere. Come sancito da giurisprudenza consolidata, tale qualifica non può essere riconosciuta ad amministratori e dipendenti

della società controllate quando le attività svolte non configurino attività di pubblico interesse. Questa circostanza dovrà essere considerata nella definizione dei rischi effettivi di reato.

Laddove le esigenze di integrazione dei modelli organizzativi preventivi rispetto ai presidi 231 risultino minimali, la soluzione prospettata da Anac e Mef per le società partecipate (integrazione del modello 231 limitatamente alle attività di pubblico interesse, senza la necessità di disporre un distinto piano di prevenzione e di nominare uno specifico responsabile) potrebbe essere estesa anche alle società controllate.

Nel quadro della legge n. 190/2012 la figura del responsabile per la prevenzione della corruzione (RPC) è stata introdotta al fine di garantire l'efficacia dei presidi organizzativi nelle pubbliche amministrazioni attraverso un nuovo specifico regime di responsabilità e un meccanismo premiale che incentivi l'adozione delle nuove misure organizzative. Nelle società a partecipazione pubblica la nomina del RPC si inserisce in un complesso sistema di controlli societari, in cui l'adeguatezza dell'assetto organizzativo è principio generale di corretta amministrazione, nonché fonte di obbligo per l'organo di governo e per l'organo di controllo. In questo senso, si sono evoluti nell'ultimo decennio i sistemi di gestione e prevenzione del rischio nell'ambito del diritto societario: la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti¹; la riforma del diritto societario²; la legge a tutela del risparmio³; la disciplina antiriciclaggio⁴, il Testo unico della sicurezza sul lavoro⁵. Queste regole condividono con la legge n. 190 il principio in base al quale attraverso l'introduzione di meccanismi di analisi del rischio e la procedimentalizzazione dell'attività, nonché di strutture di controllo di primo e secondo livello, possono essere ridotti gli spazi di discrezionalità e le inefficienze nella gestione che favoriscono la commissione di illeciti all'interno dell'ente.

Nelle imprese i compiti che la disciplina anticorruzione attribuisce al RPC sono ripartiti tra organo di governo, organo di controllo, organismo di vigilanza ex 231 e sistema dei controlli interni; i compiti sono accompagnati da specifiche responsabilità. Va osservato che nelle società a controllo/partecipazione pubblica risulta impossibile applicare al RPC il regime di responsabilità previsto dalla legge n. 190 (responsabilità erariale,

¹ Introdotta dal decreto legislativo n. 231 del 2001.

² Il riferimento è, in particolare all'art. 2381 c.c. che, tra i principi generali di corretta amministrazione, colloca la predisposizione di assetti organizzativi adeguati da parte dell'organo di governo della società e all'art. 2403 c.c. che impone all'organo di controllo la vigilanza sugli stessi.

³ Con la quale è stata introdotta nell'ambito dei controlli societari delle società quotate la figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari.

⁴ Decreto legislativo n. 231 del 2007.

⁵ Decreto legislativo n. 81 del 2008.

dirigenziale e disciplinare da pubblico impiego): ciò rischia di vanificare uno dei pilastri del meccanismo attuativo e paradossalmente di incentivare solo una *cosmetic compliance*.

Indubbiamente, per assicurare un'applicazione sostanziale della disciplina di prevenzione della corruzione le imprese possono ritenere utile concentrare i compiti di vigilanza interna sulla prevenzione anticorruzione in una specifica figura di RPC. Questa scelta dovrebbe tuttavia essere demandata all'autonomia organizzativa dell'impresa ed essere accompagnata dall'individuazione di specifiche responsabilità proprie dell'ambito privatistico.

Un approccio volto a calibrare le regole al contesto normativo esistente e alle realtà in cui esse devono operare consente di prevedere soluzioni diverse per società di piccole o piccolissime dimensioni (i documenti in consultazione in alcuni punti già vanno in questa direzione).

Per le imprese che fanno parte di un gruppo possono essere opportune regole di coordinamento tra i presidi organizzativi e di controllo all'interno delle imprese che compongono il gruppo. Nella disciplina 231 si è cercato di trovare soluzioni nella prassi. In tal senso si potrebbe ad esempio introdurre la possibilità di predisporre piani di prevenzione di Gruppo o individuare un responsabile di gruppo.

Tra le misure specifiche, si condivide la scelta compiuta nei due documenti di consentire meccanismi alternativi alla rotazione degli incarichi, quale la segregazione dei compiti attribuiti a diversi soggetti, dove ciò sia necessario per non compromettere lo svolgimento di attività ad elevato contenuto tecnico che richiedono competenze e professionalità specifiche.

Obblighi di trasparenza

Per le pubbliche amministrazioni l'approccio della legge n. 190/2012 e del decreto n. 33/2013 che sancisce un principio generale di massima trasparenza dell'azione amministrativa, oltre quanto previsto dalla legge n. 241/1990, è condivisibile e opportuno. L'accesso civico alle informazioni sull'attività amministrativa può costituire un forte strumento di controllo e responsabilizzazione delle amministrazioni.

Per quanto riguarda l'applicazione delle regole di trasparenza nei confronti delle società controllate o partecipate che operano sul mercato, vi sono specifiche esigenze che richiedono un approccio diverso. Molte informazioni relative allo svolgimento dell'attività d'impresa (segreti industriali, documenti che rivelano le strategie aziendali)

presentano profili di delicatezza dal punto di vista concorrenziale e non hanno uno specifico rilievo dal punto di vista del controllo civico. Al tempo stesso, occorre tenere conto che: tutta una serie di informazioni sulle società partecipate/controllate dalle amministrazioni è già soggetta ad obblighi di comunicazione al MEF e al Dipartimento della Funzione Pubblica; è previsto il controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria; per l'affidamento dei contratti pubblici esiste una specifica disciplina che tutela la trasparenza nella scelta del contraente; il decreto legislativo n. 333/2003 in attuazione di una direttiva europea sancisce regole di trasparenza nei rapporti finanziari tra pubbliche amministrazioni e imprese partecipate; disposizioni specifiche di trasparenza riguardano la disciplina dei servizi pubblici, a livello nazionale o locale.

E' alla luce di questo contesto che va valutata l'opportunità di ulteriori obblighi di trasparenza. In proposito, la legge n. 190/2012 circoscrive l'ambito di applicazione della disciplina di trasparenza all'"attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e dell'Unione europea". Nel novero possono rientrare le attività qualificate come tali da una norma di legge o dagli atti costitutivi e dagli statuti delle società, le attività di esercizio di funzioni amministrative e le attività ad esse strumentali, nonché l'attività di gestione di servizi pubblici. In ogni caso, non dovrebbe valere per le società controllate una presunzione di svolgimento di attività di interesse pubblico, come lascia intendere il previsto onere di indicare all'interno del Programma per la trasparenza quali attività "non sono di pubblico interesse".

Al fine di circoscrivere le attività di pubblico interesse è utile ricordare che tale espressione è utilizzata anche in materia di accesso ai documenti amministrativi. L'art. 22, comma 1, lettera e) della legge n. 241/1990 dispone che per pubblica amministrazione ai fini del Capo V della medesima legge devono intendersi tutti i soggetti di diritto pubblico e i "soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario". Questa espressione è stata intesa dalla giurisprudenza in senso restrittivo. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, "nel caso di esercizio del diritto di accesso nei confronti di soggetti privati esercenti servizi pubblici o pubbliche funzioni, oggetto dell'accesso non sono tutti gli atti da questi formati o detenuti, ma solo quelli che pur non costituendo diretta esplicazione della funzione o del servizio pubblico svolti, siano agli stessi legati da un nesso di diretta strumentalità" (per tutte Consiglio di Stato, sez. V 31 ottobre 2012, n. 5572).

Appare quindi inappropriata una concezione ampia del criterio della strumentalità in base alla quale ogni attività svolta dalla società potrebbe essere ritenuta strumentalmente orientata al perseguimento dell'interesse pubblico, sebbene non

direttamente connessa ad esso, vanificando così l'intenzione del legislatore di limitare l'ambito di applicazione della disciplina soltanto ad alcune attività.

Inoltre, per circoscrivere puntualmente gli obblighi di trasparenza in capo alle imprese va anzitutto osservato che non tutte le informazioni relative alle aree indicate dall'articolo 1, comma 16 della legge n. 190/2012 sono pertinenti all'attività svolta dalle società controllate/partecipate. Alcune informazioni (quelle relative alle autorizzazioni o concessioni, ad esempio) sono palesemente pensate per le amministrazioni e sono inapplicabili alle società. Inoltre, con riferimento alle imprese, altre informazioni non sembrano rilevanti ai fini di prevenire il rischio corruzione o per significative esigenze di informazione dei cittadini tenendo conto della ponderazione con altri interessi tutelati dall'ordinamento. Nell'Allegato I al documento ANAC vengono già compiuti alcuni adattamenti, ad esempio prevedendo la pubblicazione di alcuni dati in forma aggregata. Il novero delle informazioni relative alle società per le quali è giustificato e proporzionato prevedere l'accesso civico potrebbe essere ulteriormente delimitato, ad esempio escludendo l'obbligo di pubblicazione della situazione patrimoniale degli amministratori, che non sembra pertinente in quanto non connessa all'incarico.

Inoltre, va tenuto presente che le informazioni relative ai singoli contratti presentano aspetti di riservatezza fondamentali per tutelare l'attività d'impresa sotto il profilo concorrenziale.