

Numero 01257/2017 e data 29/05/2017 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

## Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 20 aprile 2017

**NUMERO AFFARE 00650/2017**

OGGETTO:

Autorita' Nazionale Anticorruzione.

Schema di Linee guida in tema di “*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*”.

### LA SEZIONE

Vista la nota prot. 46876 in data 29 marzo 2017, con cui il Presidente dell'ANAC ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Considerato che nell'adunanza del 20 aprile 2017, la Commissione speciale ha esaminato gli atti e uditi i relatori, consiglieri Pierfrancesco Ungari e Valerio Perotti;

Premesso e considerato:

1. Con nota prot. 46876 in data 29 marzo 2017, il Presidente dell'ANAC ha chiesto il parere di questo Consiglio sullo schema di Linee guida in tema di *“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”*.

2. Il parere, pur non trattandosi di un atto per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato, è stato richiesto nella logica di fattiva cooperazione istituzionale la cui applicazione appare ormai prassi consolidata e fruttuosa.

3. Le linee guida in esame costituiscono, infatti, atto non regolamentare mediante il quale ANAC chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla normativa (legge 190/2012 e d.lgs. 33/2013, come novellati dal d.lgs. 97/2016) a carico dei soggetti pubblici e privati sottoposti, al pari delle pubbliche amministrazioni (anche se in misura non sempre coincidente) agli obblighi finalizzati a prevenire la corruzione e ad assicurare la trasparenza nell'azione amministrativa, rispetto ai quali ANAC ha una potestà di vigilanza.

3.1. Tale potestà risulta, in particolare, dall'art. 1, comma 2, lettera f) - che demanda ad ANAC la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure anticorruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa - e comma 3 - secondo cui ANAC esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dal piano nazionale anticorruzione e dai piani di prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalle disposizioni vigenti, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza-

della legge 190/2012, dall'art. 45 del d.lgs. 33/2013 - che attribuisce ad ANAC il compito di controllare l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche e ordinando di procedere alla pubblicazione di dati, documenti e informazioni ai sensi del citato decreto, l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza - nonché dall'art. 19, comma 5, lettera a), del d.l. 90/2014, convertito con modificazioni in legge 114/2014 - che attribuisce all'Autorità il compito di ricevere notizie e segnalazioni di illeciti.

3.2. L'esercizio di dette potestà di vigilanza è stato recentemente disciplinato da ANAC mediante i regolamenti nn. 328 (in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari, con riferimento al d.lgs. 39/2013), 329 (in materia di rispetto degli obblighi di pubblicazione) e 330 (in materia di prevenzione della corruzione), approvati con contestuali deliberazioni in data 29 marzo 2017.

3.3. Pertanto, le linee guida in esame appaiono riconducibili al novero delle linee guida non vincolanti, mediante le quali ANAC fornisce ai soggetti interessati indicazioni sul corretto modo di adempiere agli obblighi previsti dalla normativa e sull'adempimento dei quali ha poteri di vigilanza, indicazioni che costituiranno parametro di valutazione per l'esercizio di tali poteri e l'adozione dei provvedimenti conseguenti.

I destinatari (*in primis*, presso ciascuna società o ente privato controllato, partecipato o vigilato da p.a., il responsabile della prevenzione della corruzione e per la trasparenza, di cui agli artt. 1, comma 7, della legge 190/2012, e 43 del d.lgs. 33/2013, ed i funzionari incaricati dei diversi adempimenti; nonché, i funzionari incaricati del controllo e della vigilanza

presso le p.a. di riferimento) possono discostarsi dalle linee guida mediante atti che contengano una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, idonea a dar conto delle ragioni della diversa scelta amministrativa.

Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata, in sede giurisdizionale, come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari.

4. Dalla natura delle linee guida discende anche la particolare importanza che assume la chiarezza e l'aderenza agli effetti pratici delle soluzioni interpretative proposte, in funzione della idoneità ad orientare effettivamente i comportamenti dei destinatari.

4.1. Con riferimento alle finalità della disciplina, si richiamano le esigenze (organicamente sottolineate da questo Consiglio in relazione allo schema poi tradottosi nel d.lgs. 97/2016 – cfr. il parere n. 515/2016) che l'adempimento degli obblighi di trasparenza venga considerato non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma anche come strumento ordinario e primario di riavvicinamento dei cittadini alla pubblica amministrazione e di partecipazione all'azione dei pubblici poteri; che, in questa prospettiva, si eviti la trappola costituita da adempimenti onerosi e non necessari, che rischiano, paradossalmente, di creare una sorta di 'burocrazia della trasparenza'; che la funzionalità allo scopo delle linee guida e delle misure organizzative adottate dai destinatari venga valutata nel medio-lungo periodo, attraverso un'adeguata attività di monitoraggio e di rilevazione statistica.

4.2. Questa Commissione speciale, riguardo a tali esigenze, segnala fin d'ora in linea generale che la formulazione delle linee guida dovrebbe privilegiare tale finalità istruttiva, richiamando e non parafrasando i precetti normativi, evidenziando i punti di essi che necessitano una scelta

interpretativa e le soluzioni adottate.

Va poi ribadita la necessità di assicurare che lo strumento della trasparenza amministrativa, in tutte le sue declinazioni applicative, realmente si conformi all'obiettivo finalit  di assicurare la consapevolezza, in capo ad ogni utente di pubblici servizi (pur latamente intesi), del reale stato dell'azione amministrativa che lo riguarda.

Tale stretto ed ineludibile nesso funzionale si giustifica in virt  del fatto che, nell'azione amministrativa, il principio della trasparenza si compenetra (e completa), reciprocamente, con quello di responsabilit : in effetti, responsabilit  e trasparenza, in tale contesto, perseguono la stessa logica giuridica ed il medesimo obiettivo, consistenti nel buon andamento e nell'imparzialit  della Pubblica Amministrazione.

In questi termini, dunque, pi  che su di un astratto modello operativo di trasparenza, indistintamente generalizzato (per tale potenzialmente avulso dal limite causale della concreta ed effettiva strumentalit  ad un interesse pubblico), l'attenzione andrebbe posta sull'introduzione di forme specifiche e tassative di controllo *ex post* sull'effettivo rispetto – da parte dell'Amministrazione – delle proprie funzioni istituzionali, recependo ad esempio il modello OSCE di verifica *a posteriori*.

In conclusione, la trasparenza amministrativa va innanzitutto interpretata, ai fini della sua disciplina normativa, alla stregua di un servizio pubblico, inteso quale attivit  di produzione di beni e di servizi, indirizzata istituzionalmente ed in via immediata al soddisfacimento di bisogni collettivi, nonch  sottoposta, per ragioni di interesse generale, a restrizioni disposte dall'autorit .

Ci  trova conforto nella circostanza che la trasparenza si esplicita anche nei principi di sussidiariet , uguaglianza, continuit , parit  di trattamento e imparzialit .

5. Le linee guida oggetto del parere si presentano come sostitutive di quelle

adottate da ANAC con determinazione n. 8 del 17 giugno 2015, e rispondono all'esigenza di tener conto della disciplina sopravvenuta, in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, ad opera del d.lgs. 97/2016, correttivo delle disposizioni della legge 190/2012 e del d.lgs. 33/2013 (oltre che del d.lgs. 175/2016, testo unico sulle società partecipate, soprattutto per quanto concerne le nozioni di società a controllo pubblico, controllo congiunto, società *in house* – nozioni che vengono richiamate dalla suddetta disciplina).

5.1. Il nodo fondamentale delle linee guida è correttamente individuato nella delimitazione degli ambiti soggettivi di applicazione delle disposizioni in tema di trasparenza, stabilita (in attuazione del principio e criterio direttivo di cui all'art. 7, lettera a), della legge delega n. 124/2015) dall'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013, norma richiamata dall'art. 1, comma 2-bis, della legge 190/2012 al fine di delimitare anche gli ambiti di applicazione delle misure di prevenzione della corruzione.

5.2. Lo schema si articola nell'esposizione del nuovo quadro normativo cui fanno riferimento le linee guida (§1 ss.), delle definizioni delle categorie/tipologie di soggetti sottoposti agli obblighi (§ 2 ss.), cui fa seguito l'elencazione degli obblighi gravanti sulle diverse categorie, partitamente considerate – società in controllo pubblico, società a partecipazione pubblica non di controllo, società quotate, altri enti di diritto privato in controllo pubblico, altri enti di diritto privato a partecipazione pubblica non di controllo, enti pubblici economici - (§ 3 ss.), l'indicazione dei compiti delle amministrazioni controllanti e partecipanti (§ 4 ss.) e quella delle attività di vigilanza svolte da ANAC (§ 5 ss.). Completa l'elaborato l'indicazione (§ 6) della disciplina transitoria, con la sintesi degli adempimenti e la fissazione di un termine per quelli nuovi o che vengono precisati per la prima volta.

5.3. Allo schema di linee guida è allegato un prospetto “elenco degli

obblighi di pubblicazione”, che contiene la ricognizione analitica (e critica, in coerenza con le opzioni interpretative adottate nel testo) della ricaduta applicativa degli obblighi per ciascuna categoria di soggetti interessati, con riferimento al tipo di dati, alla norma che impone l’obbligo, al contenuto dell’obbligo ed alla cadenza temporale degli aggiornamenti richiesti.

6. Una prima osservazione metodologica discende dal nodo sopra individuato al punto 5.1. e ha rilevanza generale.

Gli ambiti dei destinatari dei numerosi ed articolati obblighi stabiliti, prima dalla legge 190/2012, e poi dal d.lgs. 33/2013, e oggi coordinati (ma non inseriti in un testo organico) dal d.lgs. 97/2016, non coincidono pienamente, e utilizzano in parte nozioni dal significato normativamente non consolidato.

Pertanto, l’utilità delle linee guida si evidenzia soprattutto nel chiarire ai destinatari la portata applicativa di dette nozioni, la delimitazione di detti ambiti e la collocazione di ciascuna società o ente interessato nell’uno o nell’altro.

Si raccomanda, pertanto, che la ricognizione del nuovo quadro normativo (§ 1) contenga una indicazione sistematica dei diversi ambiti soggettivi di applicazione e degli adempimenti collegati a ciascun ambito, nonché delle categorie di soggetti che ricadono in ciascun ambito. Invece, nello schema in esame, tale indicazione si deve desumere – con una qualche complessità – dalla descrizione analitica (e ripetitiva, peraltro senza che venga utilizzato un lessico del tutto omogeneo – cfr. § 3 ss. dello schema) dei distinti obblighi gravanti sulle diverse categorie di soggetti che vengono partitamente prese in esame.

Appare anche opportuno che gli adempimenti vengano indicati una sola volta, o comunque in modo omogeneo, negli esatti termini definiti dalla legge e con richiamo della norma impositiva, indicando poi separatamente le valutazioni dei nodi interpretativi che la legge presenta e le soluzioni

proposte.

6.1. In questa prospettiva, può essere utile sottolineare che gli ambiti di applicazione rilevanti sono due per gli obblighi delineati dalla legge 190/2012 e tre per quelli del d.lgs. 33/2013, laddove il primo (comprendente le pubbliche amministrazioni, oggetto di separate linee guida) ed il secondo di detti ambiti coincidono.

6.1.1. Infatti, l'art. 1, comma 2-bis, della legge 190/2012 riferisce le articolate disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità a due ambiti di soggetti:

- le pubbliche amministrazioni (come definite dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001), ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione sulla base degli indirizzi del Piano nazionale anticorruzione adottato da ANAC - primo ambito;
- gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del d.lgs. 33/2013, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001 (c.d. modello 231, vale a dire, secondo gli artt. 5 e 6 di detto d.lgs., adozione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati e affidamento del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo) - secondo ambito.

È inoltre prevista, al comma 7, la nomina del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.

6.1.2. Va anche considerato che un ambito di applicazione diverso è stabilito, per i commi 15-33 (disposizioni sulla trasparenza, con estesi obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni), dal comma 34 dell'art. 1, che si riferisce alle pubbliche amministrazioni, “agli enti pubblici nazionali, nonché alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, ai sensi



dell'articolo 2359 del codice civile, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea". Tale ambito è compreso in quelli complessivamente definiti dall'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013.

Poiché gli adempimenti a fini di trasparenza in origine considerati dai commi 15-33 sono sostanzialmente compresi in quelli poi disciplinati dal d.lgs. 33/2013, deve ritenersi che correttamente le linee guida abbiano concentrato l'attenzione su detta ultima normativa.

6.1.3. Il d.lgs. 33/2013 – nel realizzare in modo più organico il principio di trasparenza, tramite la pubblicazione nei siti istituzionali e l'accesso generalizzato a documenti, informazioni e dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione – ha definito i propri ambiti di applicazione mediante l'art. 2-bis, che considera:

- al comma 1, le pubbliche amministrazioni (come definite dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001) - primo ambito;
- al comma 2, altri soggetti ai quali si applica la “medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni” di cui al comma 1, “in quanto compatibile”: a) gli enti pubblici economici e gli ordini professionali; b) le “società in controllo pubblico” (come definite dal d.lgs. 175/2016); “sono escluse le società quotate” come definite dallo stesso d.lgs. 175/2016; c) le associazioni, le fondazioni e gli enti di diritto privato “comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni”.

Questo secondo ambito, comprende dunque soggetti, accomunati dall'essere in controllo pubblico, con non trascurabile rilevanza economica ed a carico della finanza pubblica, ai quali si applicano sia gli obblighi sulle misure di prevenzione della corruzione, ex art. 1, comma 2, legge 190/2012, sia quelli sulla trasparenza concernenti l'intera gamma dell'organizzazione ed attività.

Un terzo ambito di applicazione è infine considerato dall'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013, al comma 3, e comprende ulteriori soggetti, ai quali si applica la medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1, "in quanto compatibile", ma "limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea": (i) le "società in partecipazione pubblica" come definite dal d.lgs. 175/2016; (ii) le associazioni, le fondazioni e gli enti di diritto privato, "anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici".

Si tratta di soggetti non in controllo pubblico, con una non trascurabile rilevanza economica, e che hanno un collegamento qualificato con la p.a., vale a dire partecipano in funzione strumentale o sostitutiva alle attività istituzionali delle pubbliche amministrazioni partecipanti o vigilanti. Ad essi non si applicano (se non su base volontaria o in virtù di accordi specifici) gli obblighi sulle misure di prevenzione della corruzione, ex art. 1, comma 2, legge 190/2012; si applicano invece, ma limitatamente all'attività di pubblico interesse, quelli sulla trasparenza.

7. Si formulano di seguito osservazioni riguardo alle singole indicazioni contenute nelle linee guida, seguendo l'indice dello schema in esame.

7.1. Le Linee guida si occupano anzitutto degli elementi distintivi utilizzati dalla norma (sulla base dell'art. 2359 c.c. e dell'art. 2 del d.lgs. 175/2016,

richiamato dall'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013) per delimitare gli ambiti di applicazione (§ 2 ss.):

- la nozione di controllo per le società pubbliche (distinguendo l'ipotesi di cui all'art. 2359, n. 3, c.c., il controllo congiunto, ed il rapporto con le società *in house*/controllo analogo) – secondo ambito di applicazione; e, di contro, la nozione di società soltanto partecipata (partecipazione non di controllo) – terzo ambito, che comporta altresì la necessità di individuare quando vi sia una “attività di pubblico interesse”;

- la nozione di controllo per gli altri enti di diritto privato - secondo ambito

- imperniata su tre requisiti cumulativamente necessari (e di contro, quella degli altri enti di diritto privato soltanto partecipati - terzo ambito): (a) – bilancio superiore ai 500.000 euro; le linee guida precisano che il superamento della soglia va verificato sul totale dell'attivo dello stato patrimoniale, escludendo ogni riferimento a indicatori di natura reddituale; (b) – finanziamento pubblico maggioritario per due esercizi consecutivi nel triennio; l'elemento maggioritario, secondo le linee guida, va individuato sulla base del rapporto tra contributi pubblici (trasferimenti di natura corrente) e valore della produzione (ricavi totali, comprensivi di vendita di beni e servizi); (c) – designazione della totalità dei componenti dell'organo di amministrazione o di indirizzo;

- la nozione di altri enti di diritto privato soltanto partecipati - terzo ambito

- sottoposti agli obblighi in presenza di due requisiti e di una terza condizione/limitazione: (a) – bilancio superiore a 500.000 euro; (b) – esercizio di funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni o di gestione di pubblici servizi; (c) – attività di pubblico interesse (limite di applicabilità degli obblighi, qualora l'ente possieda gli altri due requisiti).

7.2. Riguardo a detto ultimo requisito/limite di applicabilità degli obblighi, le linee guida:

- affermano che sono di pubblico interesse le attività così qualificate da una norma di legge, dagli atti costitutivi e dagli statuti di enti e società, nonché quelle ad essi demandate da un contratto di servizio; e che si tratta, in altri termini, di attività riconducibili alle finalità istituzionali delle amministrazioni affidanti, che vengono esternalizzate in virtù di scelte organizzativo gestionali;
- per precisare meglio la nozione, suggeriscono di fare riferimento (ma solo in via esemplificativa) alle attività che consentono la partecipazione pubblica, ex art. 4 del d.lgs. 175/2016;
- metodologicamente, sottolineano che è onere delle società di indicare all'interno dello strumento adottato per l'introduzione di misure integrative del c.d. modello 231, quali attività siano di p.i. e quali no (perché, in sostanza, commerciali), auspicabilmente distinguendole sotto i profili dell'organizzazione, delle modalità di gestione e della contabilità; e che è importante siano le p.a. controllanti o partecipanti-vigilanti a sovrintendere a tale delimitazione, promuovendo apposite modifiche statutarie o deliberazioni a carattere organizzativo generale, adottando atti di indirizzo, stipulando contratti di servizio.

7.3. Riguardo alle indicazioni interpretative delle nozioni suindicate possono essere svolte le osservazioni che seguono.

7.3.1. Quanto alle società pubbliche, va fatta anzitutto un'osservazione di carattere redazionale: alla fine del § 2.2., a pag. 9, lo schema dà per “anticipato nella parte che precede” che alle società soltanto partecipate non si applicano le norme in materia di prevenzione della corruzione: tale precisazione, in realtà - così come, in generale, la distinzione tra i diversi ambiti di applicazione della legge 190/2012 e del d.lgs. 33/2013 - non è rinvenibile nelle pagine precedenti, ma viene ripresa, non organicamente, nei § 3 ss.

7.3.2. Riguardo alle modalità di valutazione dell'esistenza di un “bilancio

superiore ai 500.000 euro”, la precisazione contenuta nelle linee guida (necessaria, alla luce della valenza non tecnica del riferimento al “bilancio”) è senz’altro condivisibile se intesa nel senso della irrilevanza della capacità dell’ente di generare profitti, date le finalità istituzionali dell’ente. Invece, non potrebbe escludersi *a priori* la rilevanza di poste del conto economico che, pur non proiettandosi nello stato patrimoniale, evidenzino un ente di finanziamento/erogazione a terzi di significativa rilevanza e che andrebbe comunque sottoposto agli obblighi.

Infatti, le fondazioni e gli altri enti di diritto privato possono ricevere per le proprie attività istituzionali contributi anche non pubblici che potrebbero essere qualificati come contributi in conto esercizio e quindi avere rilevanza solo economica e non patrimoniale, o avere altre forme di introiti. Non considerare tali poste di conto economico, che potrebbero essere importanti, escluderebbe questi enti dalla disciplina, qualora non abbiano attività patrimoniali rilevanti ai fini del calcolo del parametro.

Si suggerisce pertanto di riconsiderare la portata applicativa del parametro dei 500.000 euro, riferendo la soglia, ad esempio, al maggior valore tra quello del "totale attivo dello stato patrimoniale" e quello del "totale del valore della produzione" (ove presente); si ripete, al fine di non escludere dall'applicazione della disciplina enti o fondazioni che, pur non avendo un attivo patrimoniale rilevante, perseguono le proprie finalità istituzionali attraverso l'utilizzo di contributi in conto esercizio o di altre forme di proventi, il cui ammontare può essere rilevante ai fini dell'applicazione della normativa in questione.

7.3.3. Riguardo alla definizione della portata applicativa del “finanziamento pubblico maggioritario”, occorrerebbe definire in modo univoco cosa si intende per trasferimenti di natura corrente, in quanto (nell’ipotesi che l’espressione debba essere intesa come riferita alla distinzione giuscontabilistica degli stanziamenti) la non considerazione dei

trasferimenti in conto capitale non sarebbe giustificata.

7.3.4. Riguardo alla designazione dei componenti degli organi degli enti privati, lo schema testualmente sottolinea la necessità che la designazione da parte delle pubbliche amministrazioni investa l'organo di indirizzo, ma la norma prevede un'alternativa disgiuntiva, secondo la quale anche la designazione nel solo organo di amministrazione – ammesso che nella realtà possa concretamente avvenire, senza che vi sia anche quella nell'organo di indirizzo – radica di per sé una situazione di controllo.

7.3.5. Le linee guida menzionano il criterio della designazione dei componenti degli organi soltanto a proposito degli enti privati controllati; sembra opportuno che venga precisato che anche agli enti privati soltanto partecipati si applicano le medesime indicazioni.

7.3.6. Il requisito, per gli enti di diritto privato soltanto partecipati, dell'esercizio di funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni o di gestione di pubblici servizi, non viene definito o commentato nelle linee guida.

Appare condivisibile che il requisito, per la formulazione assai generica e potenzialmente comprensiva di tutti i soggetti privati che svolgano attività strumentali o sostitutive di una p.a., risulti sostanzialmente assorbito nella valutazione del requisito dello svolgimento di un'attività di pubblico interesse. Se è così, tuttavia, sembra opportuno esplicitarlo, per fugare incertezze applicative da parte dei destinatari.

7.3.7. L'indicazione metodologica sugli strumenti organizzativi (modifiche statutarie, atti organizzativi generali) con cui le società e gli altri enti possono correttamente adempiere agli obblighi previsti dalla legge, andrebbe opportunamente coordinata con quella sugli strumenti (atti di indirizzo, contratti di servizio) con cui le pubbliche amministrazioni controllanti o partecipanti-vigilanti, possono incentivare e verificare tali adempimenti, inserendole in un paragrafo unico.

Da ultimo, in simmetria con il principio di esclusione dal c.d. “accesso civico” di cui all’art. 5-bis, comma 1 del d.lgs 33/2013 (su cui valgono le linee-guida ANAC di cui alla delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016), potrebbe rivelarsi opportuno valutare se prevedere o meno gli obblighi di trasparenza di cui trattasi per le società partecipate relativamente alla loro (eventuale) attività direttamente o indirettamente strumentale al perseguimento delle finalità pubblicistiche di cui al richiamato art. 5-bis.

8. Nelle linee guida viene anche interpretato il criterio della compatibilità, previsto ai fini della estensione agli altri soggetti degli obblighi direttamente applicabili alle pubbliche amministrazioni, nel senso che:

- la compatibilità vada esaminata non caso per caso, ma in via generale, in relazione alla tipologia dei soggetti e/o delle attività svolte (in particolare distinguendo tra attività sicuramente di pubblico interesse, attività esercitate in concorrenza con altri operatori economici, e attività svolte in regime di privata);
- occorra tener conto del regime già applicabile alle diverse tipologie di enti in base ad altre normative, per evitare duplicazione di adempimenti;
- la valutazione di compatibilità (che comunque nelle linee guida viene effettuata in relazione ad alcune categorie di soggetti al § 3 ss.) è destinata ad arricchirsi attraverso la prassi applicativa.

8.1. L’approccio è condivisibile.

Realisticamente, può osservarsi che la previsione di un limite all’applicabilità ad altri soggetti della disciplina dettata per le pubbliche amministrazioni (“in quanto compatibile”), duplice (nel secondo e nel terzo ambito soggettivo), può essere intesa come una sorta di valvola di sicurezza per evitare automatismi, applicazioni capaci di suscitare effetti controproducenti; in questo senso, assume un particolare significato il richiamo, contenuto nelle linee guida, al potere ANAC di precisare gli obblighi di trasparenza previsto dall’art. 3, comma 1-ter, del d.lgs. 33/2013.

Sotto un profilo redazionale, si rileva soltanto l'opportunità – al § 2.6. delle linee guida – di sostituire l'espressione “in via generale” con quella “categoria per categoria” (oppure “tipologia per tipologia”), così da confermare una maggiore tipicità di sistema.

9. Precisate le nozioni distintive rilevanti per definire gli ambiti di applicazione, le linee guida (§ 3 ss.) declinano di conseguenza gli obblighi applicabili alle diverse categorie di soggetti interessate. Oltre alla già segnalata opportunità di organizzare la ricognizione per ambiti, al riguardo possono essere svolte le osservazioni che seguono, a cominciare dalle indicazioni riferite alla posizione delle società in controllo pubblico (poi ribadite ai § 3 ss. per gli altri soggetti in controllo pubblico).

9.1. Per quanto concerne le misure organizzative per la prevenzione della corruzione (§ 3.1.1.), nello schema di linee guida si afferma che, alla luce dell'art. 1, comma 2-bis della 190/2012, l'adozione del c.d. modello 231 è “fortemente raccomandata” e che le società che decidono di non adottarlo e di limitarsi quindi ad adottare le misure integrative anticorruzione dovranno motivare tale decisione. Si osserva però che l'obbligo normativo sancito dall'art. 1, comma 2-bis, della legge 190/2012, sottintende l'adempimento dell'obbligo base definito dal d.lgs. 231/2001, tant'è vero che si tratta di misure “integrative” che, altrimenti, risulterebbero prive della base organizzativa fondamentale. Peraltro, anche avendo riguardo alla *ratio* della previsione, l'elasticità consentita dalla formulazione delle linee guida non è funzionale al conseguimento degli obiettivi della normativa. Ne è conferma il fatto che le stesse linee guida, nel sottolineare la permanente necessità degli adempimenti anticorruzione da parte delle società pubbliche in liquidazione, sembra sottintendano (alle pagg. 22-23) l'adozione del c.d. modello 231.

Si suggerisce pertanto una formulazione che renda in modo adeguato la portata cogente dell'obbligo.



9.2. Riguardo al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, correttamente, viene modificata (§ 3.1.2.) l'indicazione data con la determinazione n. 8/2015, escludendo, alla luce delle funzioni attribuite all'OIV dall'art. 1, comma 8-bis, della legge 190/2012, che il Responsabile possa far parte dell'organismo di vigilanza, anche qualora sia collegiale.

9.3. Tra gli obblighi di pubblicazione applicabili, in quanto non incompatibili, vengono ribaditi (§ 3.1.3.) quelli ex art. 14, comma 1-bis, d.lgs. 33/2013, relativi ai redditi di amministratori e dirigenti.

È appena il caso di osservare, affinché se ne dia eventualmente conto nella redazione definitiva delle linee guida, che, riguardo all'applicazione della norma di legge (nelle lettere c) ed f), concernenti spese di viaggio e redditi) ai dirigenti delle pubbliche amministrazioni, è intervenuta l'ordinanza cautelare del TAR del Lazio n. 1030/2017, e la sospensione delle relative linee guida con provvedimento del Garante della privacy n. 175/2017 e con delibera ANAC n. 382/2017, in relazione a dubbi di costituzionalità in ordine alla norma base.

10. Per quanto concerne le società quotate, lo schema di linee guida (§ 3.3.), dopo averle escluse dal secondo ambito di applicazione, le ricomprende nel terzo ambito, al pari dei soggetti espressamente considerati al comma 3 dell'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013, in ragione della collocazione della previsione di esonero, che si trova di seguito al comma 2 e non (anche) al comma 3.

10.1. La scelta, se apparentemente può sembrare coerente con il criterio ermeneutico testuale, lo è meno se si considera la ratio dell'esonero. Le società quotate, sono sottoposte ad un sistema di obblighi, di controlli e di sanzioni autonomo, in ragione dell'esigenza di contemperare gli interessi pubblici sottesi alla normativa anticorruzione e trasparenza con la tutela degli investitori e dei mercati finanziari, e questa circostanza ben potrebbe

giustificare l'esonero dagli obblighi di trasparenza in questione.

Da considerare che nelle precedenti linee guida di cui alla determinazione n. 8/2015, in vigore di norme legislative che non differenziavano espressamente la posizione delle società quotate, la questione era rimasta in sospeso, in quanto si leggeva: *“L'applicazione delle presenti Linee guida è sospesa per le società con azioni quotate e per le società con strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e per le loro controllate. Ad avviso dell'Autorità e del MEF senza dubbio anche per queste società sussiste un interesse pubblico alla prevenzione della corruzione e alla promozione della trasparenza. Poiché, tuttavia, dette società sono sottoposte ad un particolare regime giuridico, specie in materia di diffusione di informazioni, a tutela degli investitori e del funzionamento delle regole del mercato concorrenziale, le indicazioni circa la disciplina ad esse applicabile saranno oggetto di Linee guida da adottare in esito alle risultanze del tavolo di lavoro che l'A.N.AC. e il MEF hanno avviato con la CONSOB.”*.

Con lo schema di linee guida in esame, invece, si afferma la sottoposizione delle società quotate agli obblighi del terzo ambito di applicazione, e si aggiunge che è stata fatta una segnalazione al Parlamento ed al Governo, sulla incongruità dell'esenzione dal regime del secondo ambito (oltre che per le società quotate in borsa, anche) per le società che emettono strumenti finanziari in mercati regolati – l'esenzione vigente, infatti, comprende quest'ultime, in ragione del rinvio all'accezione ampia di “società quotata” contenuta all'art. 18 del d.lgs. 175/2016.

Tale opzione richiede, quanto meno, una motivazione più approfondita.

Se corrisponde alle risultanze del tavolo di lavoro suindicato, sarebbe opportuno darne atto.

In ogni caso, 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. L'apparente esclusione di

quest'ultima dal governo della materia di cui trattasi, invero, appare fonte potenziale di incoerenza sistemica e di conflitto di attribuzioni, anche a livello di contenzioso giurisdizionale.

11. Riguardo agli altri enti di diritto privato a partecipazione pubblica non di controllo, e in particolare in occasione dell'affermata e condivisibile esclusione delle fondazioni bancarie, lo schema esamina (§ 3.5.) il requisito/limite di applicabilità costituito dallo svolgimento di attività di pubblico interesse, distinguendola dall'attività di utilità sociale, in quanto sempre collegata all'espletamento di funzioni pubbliche, e concludendo che la natura pubblica degli interessi non può essere riferita genericamente a tutte le attività che assumano un rilievo di interesse generale in base all'orientamento di scelte rimesse alla discrezionalità privata (come avviene, appunto, nel caso delle scelte operate dalle fondazioni bancarie).

Detta indicazione è condivisibile.

Va tuttavia formulata una osservazione di carattere redazionale: al § 3.5.1., pag. 28, è menzionato l'art. 1, comma 2, della legge 190/2012, in luogo del comma 2-bis (che richiama l'art. 2-bis, comma 2, del d.lgs. 33/2013).

12. Relativamente alla parte dedicata ai Compiti delle amministrazioni controllanti e partecipanti (§ 4 ss.) ed alle Attività di vigilanza dell'ANAC (§ 5), si segnala l'opportunità di distinguere in modo organico e in generale (ciò che invece dallo schema di linee guida sembra di dover desumere dalla descrizione riferita alle singole categorie) tra la promozione e la vigilanza relative all'espletamento di attività doverose – nei confronti dei soggetti compresi (nel primo e) nel secondo ambito di applicazione – e quelle relative ad attività non doverose, ma pur sempre auspicabili – nei confronti dei soggetti compresi nel terzo ambito – essendo diversi, evidentemente, gli strumenti, l'efficacia giuridica e la sanzionabilità dell'eventuale inadempimento.

13. Nei termini esposti è il parere favorevole, con le riportate osservazioni,

della Commissione speciale.

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere favorevole con osservazioni della Commissione speciale.

L'ESTENSORE  
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE  
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO  
Maria Luisa Salvini