

Rivista N°: 2/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 26/06/2015

AUTORE: Giovanni Maria Flick*

GOVERNANCE E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE: DAL PUBBLICO AL PRIVATO O VICEVERSA? **

1. Dalla repressione alla prevenzione della corruzione. – 2. Il sistema di prevenzione delineato dalla legge n. 190/2012: problemi e soluzioni interpretative. – 3. Le perplessità sulla coesistenza tra modello pubblicistico e privatistico nella prevenzione. – 4. La “privatizzazione” della prevenzione nell’organizzazione di impresa (anche di mano pubblica). – 5. Un esempio significativo. – 6. Una conclusione (o una speranza) di buon senso?

1. Dalla repressione alla prevenzione della corruzione

Le linee di tendenza del contrasto alla corruzione per le c.d. società di mano pubblica – delineate dal sistema di prevenzione introdotto con la legge 190 del 2012 e le sue successive modifiche ed interpretazioni in sede di prime applicazioni – meritano una riflessione alla luce delle indicazioni all’apparenza divergenti, proposte dal disegno di legge-delega in tema di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, recentemente approvato dal Senato ed all’esame della Camera. Si tratta di riflettere sulla alternativa possibile nel contrasto alla corruzione sul duplice versante, pubblico e privato. Si tratta di verificare gli effetti positivi ma anche quelli negativi dell’applicazione dell’uno o dell’altro modello o addirittura contemporaneamente di entrambi alla prevenzione – urgente e finalmente avviata – di questo gravissimo cancro della nostra economia, convivenza e democrazia.

In passato la corruzione, allora non ancora sistemica, era confinata in un contratto illecito tra la pubblica amministrazione di stampo classico e il privato: un contratto previsto dal codice penale in varie (troppe) forme, per la compravendita di un atto – il più delle volte illecito, talora invece dovuto – del pubblico ufficiale (o dell’incaricato di pubblico servizio) a favore

* Presidente emerito della Corte costituzionale.

** Relazione tenuta al Seminario su “Prevenzione della corruzione e governance nelle società partecipate dello Stato” presso l’Università Commerciale “Luigi Bocconi”, Milano, 26 giugno 2015.

del privato. Il contrasto alla corruzione si esauriva nella repressione sua e della concussione, nella quale invece della parità vi era la soggezione del privato alla costrizione dell'operatore pubblico.

Il quadro si è profondamente modificato tra la fine del secolo precedente e l'inizio del nuovo. I cambiamenti drastici (per lo più in peggio) della pubblica amministrazione: come le privatizzazioni per motivi apparenti di efficienza, in realtà per motivi sostanziali di elusione dei pochi controlli pubblici rimasti; o come il dilagare della prassi dell'emergenza. Quelli altrettanto drastici (in meglio, per così dire) della corruzione: dalla mazzetta alle triangolazioni, alle consulenze e alle compensazioni; dalla compravendita dell'atto a quella della funzione. I cambiamenti del mercato – non più nazionale, ma globale – e dell'operatività delle grandi imprese, nonché il moltiplicarsi degli interlocutori pubblici a livello internazionale. L'inefficienza della giustizia penale nella repressione: sono tutti elementi che hanno indotto a spostare il *focus* dalla repressione alla prevenzione. Seguendo una serie di indicazioni ed esperienze sovranazionali e straniere, si è di fatto privatizzata la prevenzione delegandola alle imprese, che sono le potenziali beneficiarie della corruzione commessa dai loro dipendenti o vertici apicali. Si è utilizzato a tal fine il sistema del bastone (la punizione) e della carota (l'impunità) per le imprese che non adottino o al contrario pongano in essere un sistema adeguato di *compliance*, per impedire la attività corruttiva dei loro operatori.

Una prevenzione non solo privatizzata, se pur sempre sotto il controllo dello Stato, ma affidata a una responsabilità imprenditoriale di organizzazione: nella valutazione e gestione del rischio di corruzione; nel monitoraggio delle aree ed attività a rischio; nella formazione dei dipendenti; nell'impegno dei vertici di impresa; nell'elaborazione di *best practices* e di codici etici; nella trasparenza; nel *whistleblowing* (l'incoraggiamento alla segnalazione di illeciti).

L'avvio di questa prospettiva (la novità forse più significativa del diritto penale dell'economia negli ultimi tempi) è stato rappresentato proprio dalla introduzione (con il d. lgs. 231/2001) della responsabilità penale – formalmente "amministrativa", forse per non spaventare troppo le imprese – per omesso apprestamento delle cautele organizzative idonee ad impedire la commissione di reati da parte dei dipendenti o amministratori. Questo modello è stato ripreso con la legge 190/2012, accentuandone le caratteristiche pubblicistiche per applicarlo alla prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.

Nel frattempo la privatizzazione della prevenzione si sviluppava ulteriormente con la introduzione del delitto di corruzione privata. Il controllo pubblico della prevenzione si sviluppava inoltre con la creazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione; con il conferimento ad essa di poteri sempre più incisivi; con l'introduzione di numerosi, onerosi e complessi obblighi di organizzazione (il piano triennale e il responsabile anticorruzione) e di trasparenza ed informazione (sia nell'organizzazione; sia ai fini del c.d. accesso civico da parte di tutti i cittadini e utenti). Sono obblighi che si riferiscono all'amministrazione pubblica in tutte le sue molteplici realtà organizzative, fra loro diverse: grandi e piccole, centrali e locali, di stampo pubblicistico e di stampo privatistico. Un abito a taglia unica da adattare alle figure più disparate attraverso le acrobazie interpretative dell'autorità di vigilanza.

In questo contesto riemerge – con tutto lo strascico di difficoltà già sperimentate nel secolo scorso per un settore peculiare di impresa, quello del credito – il problema della distinzione fra pubblico e privato. La pietra d'inciampo è rappresentata dai c.d. enti di mano pubblica; dalle società controllate e/o partecipate dalle pubbliche amministrazioni centrali e locali; dalla tipologia inesauribile di forme diverse che la nostra fantasia è riuscita a creare.

La dottrina amministrativa avverte che è difficile se non impossibile una distinzione chiara tra pubblico e privato. Occorre probabilmente accontentarsi del c.d. criterio funzionalista di distinzione, che guarda agli interessi perseguiti dal soggetto, ora pubblico ora privato a seconda dei mutevoli punti di vista del legislatore e dell'interprete. Un criterio ottimo per discuterne in monografie e in convegni; meno buono per rispettare le esigenze di certezza e tassatività che sono fondamentali nell'intervento penale: anche in quello di prevenzione, non solo in quello di repressione.

La sovrapposizione dall'etichetta pubblica a quella privata per le c.d. società di mano pubblica apre un duplice problema. In primo luogo, per esse si aggiunge ai numerosi interventi che si sono succeduti nell'ultimo quindicennio – in tema di *governance* delle società private e di controlli in sede societaria e di vigilanza del mercato – un ulteriore controllo di stampo tipicamente pubblicistico: quello previsto appunto per la pubblica amministrazione classica dalla legge 190/2012. Sicchè quelle società devono agire come private (al pari delle altre), ma essere controllate come pubbliche; è evidente il costo – non solo economico – di una simile soluzione, in termini di burocratizzazione e di duplicazione quando non addirittura di triplicazione di interventi e di adempimenti fra loro non sempre coerenti e talvolta contraddittori.

In secondo luogo, si introduce per le società quotate e operanti sul mercato una differenza rilevante negli obblighi di trasparenza e di informazione fra quelle private *tout court* e quelle private di c.d. mano pubblica. Sono evidenti le conseguenze che ne derivano in tema di disparità di trattamento, di competitività, di confronto fra le prime e le seconde e con gli investitori esteri tanto attesi. Sono conseguenze ancor più paradossali, se si pensa che la nuova prospettiva di contrasto alla corruzione è mirata soprattutto a garantire la competitività e la *par condicio* di tutti quelli che operano con la pubblica amministrazione, in concorrenza fra loro; e se si pensa che la concorrenza è considerata oggi uno dei principali antidoti per combattere il diffondersi della corruzione.

2. Il sistema di prevenzione delineato dalla legge n. 190/2012: problemi e soluzioni interpretative

Le riflessioni di ordine generale che precedono trovano parziale conferma nelle osservazioni critiche che la stessa ANAC formula reiteratamente nelle linee-guida da essa emanate (marzo 2015), con riferimento al sistema normativo vigente.

Ad avviso dell'ANAC (in coerenza con le indicazioni del MEF), quel sistema presenta « un quadro normativo di modifica particolarmente complesso, il cui ambito soggettivo di applicazione ha dato luogo a numerose incertezze interpretative, oggi solo in parte risolte a seguito della modifica dell'art. 11 del d. lgs. n. 33 del 2013... L'ambito soggettivo di applicazio-

ne delle norme è particolarmente vasto ed eterogeneo... il quadro normativo che emerge dalla legge n. 190 del 2012 e dai decreti di attuazione è particolarmente complesso, non coordinato, fonte di incertezze interpretative e non tiene conto delle esigenze di differenziazione in relazione ai soggetti, pubblici e privati a cui si applica. È pertanto auspicio dell'Autorità che in una revisione del quadro legislativo... il Parlamento e il Governo intervengano per chiarire e superare lacune, dubbi e difficoltà interpretative...».

In linea generale e introduttiva, l'ANAC sottolinea che «i contenuti delle linee guida sono stati sviluppati avendo ben presente l'esigenza di prevedere necessari adattamenti di una normativa prevista innanzitutto per le pubbliche amministrazioni ed estesa anche ad enti con natura privatistica o la cui attività presenti caratteri diversi da quelli della pubblica amministrazione ex art. 1 co. 2 del d. lgs. 165/2001».

In tale prospettiva l'ANAC riconosce che la L. n. 190/2012 non menziona espressamente tra i soggetti tenuti all'applicazione della normativa anticorruzione le società controllate dallo Stato, a differenza dei soggetti di diritto privato sottoposti al controllo di regioni, province ed enti locali (art. 1 co. 60). Tuttavia, a suo avviso, «*la norma non può che ricevere una interpretazione costituzionalmente orientata volta a ricomprendere nel novero dei destinatari anche gli enti di diritto privato controllati dalle amministrazioni centrali, atteso che gli stessi sono esposti ai medesimi rischi che il legislatore ha inteso prevenire con la normativa anticorruzione in relazione agli enti di diritto privato sottoposti al controllo da parte delle amministrazioni territoriali e alle amministrazioni pubbliche*».

Le riserve segnalate dall'ANAC sul sistema normativo di prevenzione della corruzione e di trasparenza delineato dalla sequenza fra L. n. 90/2012, D. lgs. n. 33/2013 e D. L. n. 90/2014, sottolineano le perplessità che nascono dalla necessità sistematica e reiterata dell'ANAC di ricorrere a forme di "*interpretazione costituzionalmente orientata*". Queste ultime si risolvono in realtà in interventi di estensione della portata normativa e/o di integrazione delle ritenute lacune della disciplina in tal modo emanata. Ciò desta fondate e rilevanti perplessità su quella disciplina, sotto il profilo della sua conformità ai principi di legalità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

La riserva di legge prevista dall'art. 97 1° co. Cost. nella organizzazione dei pubblici uffici è notoriamente relativa, oscillando fra interventi più o meno incisivi e con notevoli margini di elasticità. Tuttavia nella materia in esame viene in considerazione la necessità di un bilanciamento fra più valori tutti costituzionalmente significativi, anche se in diversa misura: la trasparenza, per un verso, in rapporto con le esigenze di *privacy*; i limiti alla libertà di iniziativa economica in termini di organizzazione di impresa, per un altro verso; il rispetto della *par condicio* concorrenziale e dell'eguaglianza, per un altro verso ancora. Perciò l'intervento legislativo è certamente raccomandabile, quanto meno a livello di principi e criteri, per vincolare l'esercizio del potere amministrativo e quindi gli spazi di interpretazione riconosciuti a quest'ultimo: sia rispetto agli elementi strutturali dell'organizzazione, che rispetto agli aspetti funzionali correlati ai primi.

Non sembra cioè compatibile con il dettato costituzionale l'attribuzione *de iure* o il riconoscimento *de facto* ad un organo del potere esecutivo o ad una autorità indipendente di un potere regolamentare avente un'ampiezza paragonabile ad una fonte di rango primario, in

quanto non assoggettato al rispetto di disposizioni di principio *ex lege*; o in quanto abilitato a disporre in senso contrario a quest'ultima. Una situazione del genere si porrebbe in contrasto con la riserva prevista dell'art. 97 Cost., con l'impianto generale della Costituzione, con i principi dello stato di diritto, della divisione dei poteri e di legalità.

Il buon andamento previsto dall'art. 97 1° comma Cost. si specifica nei criteri di economicità ed efficacia richiamati in apertura della legge n. 241/1990. Secondo essi l'amministrazione deve agire *in modo economico* (procurandosi le risorse necessarie con il minimo dispendio); *in modo efficace* (conseguendo effettivamente gli obiettivi prefissati); *in modo efficiente* (impiegando per raggiungere gli obiettivi la minima quantità di risorse possibile). D'altra parte la semplificazione della pubblica amministrazione è al tempo stesso un obiettivo primario della riorganizzazione di quest'ultima ed un coefficiente essenziale del contrasto alla corruzione.

Una serie di profili emergenti dalla disciplina di prevenzione e di trasparenza in esame possono porsi in contrasto con il principio di buon andamento, come sopra riassunto nei suoi elementi tipici ed essenziali: primi fra essi il cumulo e la sovrapposizione che vengono a determinarsi fra la disciplina dell'informazione per il mercato e la relativa autorità di vigilanza, la disciplina di essa ai fini della concorrenza e del contesto societario, la sua disciplina ai fini della trasparenza totale e del c. d. accesso civico.

Ad ulteriori perplessità può condurre la duplicazione e sovrapposizione tra le iniziative di prevenzione e trasparenza previste a livello di codice civile e di legislazione di settore per il modello societario; le iniziative adottate a tal fine nell'ambito dell'autonomia di organizzazione del singolo soggetto giuridico imprenditoriale; e le iniziative sostanzialmente corrispondenti ad esse, ma imposte in via autoritativa e sovrapposte alle prime e alle seconde, secondo un modello di pubblica amministrazione in senso classico e tradizionale.

Altre perplessità emergono dalla constatazione che il quadro normativo – come sottolineato esplicitamente dall'ANAC (cfr. *supra*) – è caratterizzato da una matrice di pubblica amministrazione in senso tradizionale, oltretutto fondata su una nozione tipicamente soggettiva e formale (il rapporto di pubblico impiego, ex d. lgs. n. 165/2001), che è superata sin dagli anni '90 nella definizione del pubblico ufficiale ai fini penali (art. 357 c.p., come modificato dalla L. n. 86/1990).

Inoltre e soprattutto, quel quadro normativo presenta una portata onnicomprensiva, rivolgendosi a realtà fra loro eterogenee (di tipo pubblico e/o privato; con dimensioni assai diverse le une dalle altre), che richiedono una serie di adattamenti rispetto ai quali «*l'Autorità intende dare indicazioni relativamente ai contenuti essenziali dei modelli organizzativi da adottare ai fini della prevenzione della corruzione e della diffusione della trasparenza* » (così le linee guida citate).

Infine – in termini più generali – il modello di prevenzione a carattere pubblicistico è elaborato su una pubblica amministrazione individuata in linea generale come tendenziale soggetto passivo e destinatario della corruzione. Invece le società di mano pubblica – ferma restando oggi la punibilità della corruzione privata nei loro confronti e a loro danno – vengono tendenzialmente ed usualmente in considerazione come soggetti attivi della corruzione di altri soggetti pubblici.

3. Le perplessità sulla coesistenza tra modello pubblicistico e privatistico nella prevenzione

L'esperienza ha ampiamente dimostrato l'insufficienza del ricorso alla via della repressione penale per contrastare la corruzione: sia per le note condizioni di inefficienza della giustizia penale; sia per il carattere sistemico della corruzione e la necessità di affrontarla perciò in modo altrettanto sistemico; sia per la necessità di muoversi in un contesto in cui è difficile il rispetto dei tradizionali e vincolanti criteri di tassatività e certezza della norma penale. Insomma, è necessario passare dalla prevenzione *ex post* attraverso la repressione, a quest'ultima attraverso la prevenzione *ex ante*.

Il ricorso alla via della prevenzione – ampiamente suggerito dalle indicazioni sovranazionali e certamente indispensabile – richiede un coinvolgimento pieno degli operatori economici privati, con una sorta di “privatizzazione” della prevenzione, *rectius* di stretta sinergia ed interazione fra l'etero-integrazione di stampo pubblicistico e la *self-regulation* di stampo privatistico. Quel ricorso richiede inoltre un'attuazione spinta del principio di trasparenza dell'attività amministrativa, anche per consentire un controllo sociale diffuso attraverso il c.d. accesso civico all'informazione.

Tuttavia, una condizione preliminare ed ineliminabile dell'efficacia/efficienza del sistema di prevenzione è rappresentata certamente dalla semplificazione del sistema normativo di prevenzione, nonché della sua facile accessibilità e conoscibilità. Queste ultime condizioni appaiono in contrasto con i problemi dianzi evidenziati e segnalati dall'ANAC, nel primo approccio al quadro normativo di prevenzione delineato dalla legge n. 190 del 2012 e dai suoi decreti di attuazione. Tali problemi sono dimostrati dal reiterato riferimento dell'Autorità alla necessità di una “*interpretazione costituzionalmente orientata*” e di linee-guida per adeguare il quadro normativo generale ed onnicomprensivo alla molteplicità di situazioni – eterogenee e fra loro diverse – da disciplinare.

Il problema è reso ulteriormente complesso in termini generali dal fatto che la linea di fondo del sistema di prevenzione è rappresentata, per quanto riguarda gli enti economici e le società c.d. di mano pubblica, dall'innesto in blocco di un modello pubblicistico sulla disciplina privatistica di controllo e *compliance* preesistente e vigente, secondo il modello privatistico introdotto dal D. lgs. 231 del 2001. Tali enti e/o società vengono attratti nel perimetro della pubblica amministrazione alla stregua di una serie di parametri o inadeguati e superati (il riferimento al rapporto di impiego pubblico) o generici e di non agevole delimitazione interpretativa (il controllo di fatto *ex art.* 2359 c.c. in termini di influenza dominante o di maggioranza azionaria; e/o gli indici di “*attività di pubblico interesse*” nonché di esercizio di funzioni amministrative, di produzione di beni e servizi a favore di amministrazioni pubbliche, di gestione di servizi pubblici).

Quanto alla sovrapposizione fra sistema di controllo e prevenzione nascente del quadro normativo in esame e previgenti sistemi di controllo derivanti dal modello organizzativo societario o dall'iniziativa organizzativa d'impresa, occorre poi tener presente che nell'ultimo decennio una serie di interventi normativi ha profondamente modificato i principi e le regole di governo dell'impresa (soprattutto per la grande impresa e le società quotate), in termini noti che non occorre richiamare nelle presenti riflessioni. Si tratta di interventi che hanno in-

ciso in modo positivo sulle regole in tema di amministrazione, dal ruolo strategico del Consiglio di amministrazione al contenuto dei doveri di vigilanza e alla responsabilità per l'organizzazione; mentre occorre intervenire ulteriormente sul coordinamento tra organi e funzioni, per superare e condurre a omogeneità la funzione di controllo, tuttora frammentata in una pluralità di segmenti e di organi.

In questo contesto, l'ulteriore accrescimento della pluralità dei soggetti e dei tipi del controllo, a carattere rispettivamente privatistico e pubblicistico, può indurre fenomeni di sovrapposizione fra le aree di controllo e di duplicazione delle attività, con potenziali rischi di deresponsabilizzazione dei soggetti coinvolti nonché con aggravio dei costi.

Si deve assicurare un equilibrio tra la necessità di prevenzione e controllo e il rischio di imporre alle imprese oneri burocratici eccessivi o/e inefficienti; l'eccesso di regole può spingere ad una loro applicazione formalistica ed a comportamenti elusivi (*cosmetic compliance*). Da ciò la opportunità (se non la necessità) di un'attenta verifica sulle conseguenze suscettibili di derivare dalla sovrapposizione al sistema privatistico – già di per se problematico e bisognoso di ripensamenti e di aggiustamenti – di ulteriori oneri di stampo *lato sensu* pubblicistico, suscettibili di indurre ulteriori aspetti di duplicazione e di costo.

Da ciò, inoltre, la necessità di verificare e generalizzare un sistema di possibili alternative ai modelli di tipo pubblicistico prescritti dal quadro normativo: alternative rappresentate ad esempio dalla segregazione e dalla distinzione di competenze, rispetto ai sistemi di rotazione e di *turnover* di chi gestisce processi più esposti al rischio di corruzione, nei termini segnalati dagli "Indirizzi" del MEF e dalle "Linee-guida" dell'ANAC. Una simile esigenza sembra porsi anche per le norme di istituzione e disciplina del Responsabile della prevenzione della corruzione, nel confronto fra il modello delineato per esso dal sistema normativo in discussione e le figure affini eventualmente già introdotte con adeguate garanzie dalla iniziativa autonoma dell'impresa nella propria organizzazione.

Infine sia gli "Indirizzi" del Ministero dell'Economia e delle Finanze, sia le "Linee-guida" dell'ANAC danno esplicitamente atto della loro non applicazione allo stato (*rectius* sospensione, secondo l'ANAC) alle società emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e alle loro controllate, in attesa delle risultanze di un "tavolo di lavoro" avviato fra ANAC, MEF e CONSOB. Resta tuttavia fermo anche per queste società l'interesse pubblico alla prevenzione della corruzione e alla promozione della trasparenza, sottolineato sia dall'ANAC che dal MEF.

Con riferimento a tali società, manca tuttavia un riferimento normativo testuale alla sospensione e/o non applicazione, allo stato, della legislazione vigente. L'unico riferimento normativo esplicito sembra essere quello dell'art. 22 comma 6 del D. lgs. n. 33/2013, che esclude l'applicazione delle disposizioni in esso contenute nei loro confronti (a proposito degli obblighi di comunicazione dei dati relativi agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato). L'interpretazione implicitamente proposta da MEF e ANAC con riferimento alla sospensione sembra perciò in contrasto con l'interpretazione "*costituzionalmente orientata*" dall'art. 1 comma 60 della L. 190/2012, che entrambi propongono ravvisandone l'applicabilità anche alle società nazionali controllate dal-

le amministrazioni centrali (cfr. *supra*, par. 2). Ciò conferma ulteriormente la perplessità sulla incertezza, elasticità ed ambiguità del quadro normativo, dianzi richiamate.

Nell'attesa delle determinazioni che emergeranno dal "tavolo di lavoro" in corso fra ANAC, CONSOB e MEF, resta ferma sin da ora la perplessità che nascerebbe dall'introdurre una differenza di trattamento in tema di obblighi di trasparenza e di informazione fra società quotate, a seconda della loro riconducibilità o meno all'ambito della pubblica amministrazione.

Si potrebbe porre in tal caso un problema di costituzionalità – o quanto meno di rilevante opportunità – per disparità di trattamento in un contesto che vedrebbe alterata la *par condicio* concorrenziale per ragioni di ordine soggettivo (la presenza di azionariato pubblico; o lo svolgimento di attività con finalità pubbliche) probabilmente inidonee a giustificare tale diversità di trattamento. Né può escludersi che – come avvenne a suo tempo per il settore creditizio – la giurisprudenza tenda ad una parificazione verso l'alto in chiave pubblicistica anche per gli operatori privati, anziché verso il basso in chiave privatistica per gli operatori degli enti di mano pubblica.

Occorre ricordare infine che la tutela della concorrenza è comunque un valore significativo costituzionalmente sia *ex se* (art. 117 2° comma cost., lett. e), sia per il vincolo nascente dall'ordinamento dell'Unione Europea (art. 117 1° comma Cost.); che le nuove ed attuali prospettive di contrasto alla corruzione nascono soprattutto dal riconoscimento della sua lesività nei confronti della *par condicio* concorrenziale; che quest'ultima è indispensabile per prevenire efficacemente la corruzione. Sarebbe perciò opportuno e auspicabile coinvolgere nel "tavolo di lavoro" richiamato dalle linee-guida dell'ANAC anche l'AGCM.

Inoltre detta qualche perplessità la prospettiva – delineata nelle linee-guida – di distinguere ai fini della salvaguardia della *par condicio* non i soggetti tenuti o meno alla trasparenza di stampo pubblicistico, ma le attività organizzative e/o funzionali cui applicare o meno tale criterio: con il rischio di una frammentazione casistica, di incertezze, di contenzioso e – in ultima analisi – di poca chiarezza e certezza nella definizione e delimitazione di obblighi essenziali per l'operatività delle società stesse e (giova ripeterlo) della *par condicio*.

4. La "privatizzazione" della prevenzione nell'organizzazione di imprese (anche di mano pubblica)

In sintesi, nell'attuale contesto sistemico di corruzione la prevenzione è necessaria quanto la repressione. Essa dovrebbe mirare non tanto alla scoperta di reati già commessi od alla ricerca di prove di essi, quanto e soprattutto alla realizzazione di un contesto organizzativo e di trasparenza che cerchi di impedire e/o ostacolare la commissione di reati, rendendola più difficile e più rischiosa. A tal fine, la prevenzione dovrebbe mirare ad introdurre un conflitto di interessi tra i protagonisti del patto occulto corruttivo; e dovrebbe potenziare l'utilizzo dei c.d. reati-sentinella.

In coerenza alle indicazioni e tendenze sovranazionali, la prevenzione dovrebbe essere demandata in prima battuta agli operatori di settore, sotto il controllo e con l'individuazione di criteri, soglie e obiettivi da parte dello Stato. Il coinvolgimento degli opera-

tori nella prevenzione è giustificato: sia dalla intervenuta penalizzazione della c.d. corruzione privata e dalla sua parificazione a quella pubblica, che richiede la prevenzione di entrambe; sia dalla lesione alla *par condicio* concorrenziale, che costituisce oggi un nucleo essenziale dell'offesa arrecata dalla corruzione.

La prevenzione "privata" della corruzione dovrebbe fondarsi in primo luogo sull'articolazione degli organi e funzioni di controllo interni societari, previsti dal vigente quadro normativo generale e di settore, salva ovviamente la verifica da parte pubblica sulla sua adeguatezza, efficacia ed efficienza. Essa dovrebbe fondarsi in secondo luogo sulla adozione, da parte degli operatori e nell'ambito della propria autonomia organizzativa, di ulteriori cautele e buone pratiche nel contesto della *self-regulation*, con conseguenze di ordine premiale o, in caso contrario, di ordine sanzionatorio. Lo Stato dovrebbe e potrebbe intervenire per verificare l'adeguatezza e il rispetto del quadro normativo societario e della sua integrazione in termini di *self-regulation*; e – occorrendo – per imporne l'adeguamento.

Per contro, l'attrazione delle c.d. società di mano pubblica nella sfera della pubblica amministrazione – sulla base di indici formali e/o contenutistici vaghi e generici – al fine di imporre loro modelli di controllo e di trasparenza pubblicistici ed uniformi, a carattere generale, può creare molteplici inconvenienti (incertezze interpretative e contenzioso; duplicazione di interventi; aumento di costi; rischi di sovrapposizione, di burocratizzazione e di inefficienza etc.; disparità di trattamento tra operatori...). L'opzione pubblicistica è già stata sperimentata negli anni '70 del secolo scorso con esiti negativi per il controllo della patologia nell'attività di impresa bancaria, attraverso l'applicazione ai suoi operatori della qualità di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio e del c.d. statuto penale della pubblica amministrazione.

Sembra perciò incoerente e problematica in sé l'applicazione all'attività di prevenzione di una prospettiva (quella dell'inquadramento pubblicistico e della dilatazione del concetto di pubblica amministrazione) già percorsa ed abbandonata a suo tempo per l'attività di repressione. Una simile prospettiva potrebbe nuovamente condurre a riconoscere in via interpretativa la qualità di pubblico ufficiale e/o di incaricato di pubblico servizio (artt. 357 e 358 c.p.) all'operatore delle società di c.d. mano pubblica, con conseguenze negative agevolmente intuibili sotto il profilo della *par condicio*, dell'operatività nel mercato globale, dell'incentivo all'investimento estero.

5. Un esempio significativo

È opportuno richiamare infine a titolo esemplificativo la riorganizzazione della *governance* avviata nella specifica prospettiva della prevenzione della corruzione da un gruppo industriale che opera sul mercato globale, facente capo a una società per azioni quotata¹, partecipata dal Ministero delle Finanze.

¹ Finmeccanica s.p.a.

A tal fine la società ha istituito nell'aprile 2013 un Comitato² con il compito di identificare “i criteri comportamentali ai quali un gruppo di dimensione e presenza mondiale... deve attenersi, al fine di conformarsi a nuove e più elevate best practice per l’attuazione dei principi etici... e la loro applicazione in ambito industriale”; nonché con il compito di “formulare le necessarie raccomandazioni per il loro raggiungimento”.

Le conclusioni del Comitato, ad un anno di distanza, sono rappresentate da sette raccomandazioni, formulate nel marzo 2014 alla luce delle analisi svolte, della ricognizione delle migliori pratiche esistenti e della evoluzione della *governance* della società e del gruppo, allo scopo di:

— «individuare misure e azioni in grado di ulteriormente elevare i principi e gli standard etici ai quali uniformarsi nella conduzione del business (avuto riguardo alla tipologia dei mercati di riferimento ed alla dimensione internazionale del gruppo e tenuto conto del profilo industriale e tecnologico delle attività esercitate), contribuendo alla ridefinizione delle best practice del settore»;

— «individuare gli ulteriori provvedimenti volti a garantire che tali nuovi principi e standard etici siano concretamente attuati con il massimo di effettività possibile».

Tali raccomandazioni si riassumono nei termini seguenti:

1. formulazione onnicomprensiva e autorevole delle regole d’integrità e anticorruzione, applicabili al gruppo nella sua interezza, compresi *partner* e collaboratori esterni (Codice anticorruzione);

2. attribuzione ad un organismo indipendente e competente della funzione di sovrintendere sulla formulazione, applicazione ed aggiornamento del Codice;

3. strutturazione adeguata, in termini di competenze e di informazione ai vertici operativi, della funzione di controllo sull’applicazione del Codice, anche al fine di garantire gli interventi più opportuni nei casi in cui emergano carenze o violazioni (*Audit*);

4. valorizzazione delle segnalazioni anche anonime;

5. sistema formativo articolato e mirato secondo le funzioni dei destinatari e la loro esposizione al rischio;

6. impegno nelle iniziative anticorruzione come espressione pubblica del “*commitment*” del gruppo, anche a livello e con visibilità internazionale, proprio delle grandi imprese all’avanguardia in materia;

7. rafforzamento del sistema di *Compliance*, con particolare riferimento commerciali alla “*Trade Compliance*”.

Nella concreta attuazione di tali raccomandazioni da parte della società, in particolare – unitamente alla istituzione dell’organismo previsto dalla raccomandazione n. 2 – in esecuzione della raccomandazione n. 1 è stata predisposto ed approvato nell’aprile 2015 un “*Codice anticorruzione*” del gruppo³, per uniformare e integrare le regole di prevenzione e contrasto alla corruzione già esistenti nel gruppo stesso e per delineare un sistema organico e

² Ai lavori del quale ha partecipato l’A. di queste riflessioni.

³ Elaborato con l’intervento dell’A. di queste riflessioni.

coerente di principi di integrità e trasparenza, volti a prevenire e contrastare i rischi di pratiche illecite nella conduzione degli affari e delle attività aziendali.

Il Codice – dopo aver richiamato le definizioni, i ruoli e le responsabilità, i riferimenti normativi e le *best practice* – individua e definisce i principi generali di comportamento; quelli di comportamento nelle principali aree a rischio di corruzione e nelle aree strumentali; quelli in tema di formazione del personale e di diffusione del Codice; quelli in tema di *whistleblowing*, di provvedimenti sanzionatori e di clausole contrattuali.

6. Una conclusione (o una speranza) di buon senso?

Concludendo, che fare ai fini di una prevenzione efficace, nella possibile alternativa tra un intervento di stampo pubblicistico, un intervento di carattere settoriale nell'ambito societario, un intervento espressione dell'autonomia organizzativa: coltivarli tutti, o qualcuno, o (in pratica) nessuno? A me sembra che la prospettiva più logica sia quella, se possibile, di puntare a una disciplina semplificata e efficiente, unitaria ed uguale per tutti (privati *tout court* e privati di mano pubblica), calibrata sulle peculiarità privatistiche del loro modo di agire e della loro autonomia organizzativa e operativa; con un controllo rigoroso dello Stato sulla applicazione di quella disciplina.

Tale sembra essere, pressoché testualmente, l'indicazione proposta dal Governo con il disegno di legge delega per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, approvato dal Senato il 30 aprile u.s. ed attualmente all'esame della Camera.

Infatti al comma 1 lett. a dell'art. 14 (*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, nel capo IV, dedicato alle Deleghe per la semplificazione normativa*) si propone il criterio direttivo della “*distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte e agli interessi pubblici di riferimento, nonché alla quotazione in borsa, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa*”. Inoltre all'art. 14 comma 1 lett. h si propone il criterio direttivo della “*eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo*”.

Preliminarmente, al comma 1 lett. a e c dell'art. 6 (*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, nel capo I, dedicato alle Semplificazioni amministrative*) si propongono – per l'adozione di “*disposizioni integrative e correttive*” dei d. lgs. n. 33 e 39 del 2013 – il criterio direttivo della “*precisazione degli obblighi in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza delle amministrazioni pubbliche*”, nonché il criterio direttivo della “*riduzione e concentrazione degli oneri gravanti in capo alle amministrazioni pubbliche*”, in aggiunta ai criteri direttivi di cui all'art. 1, commi 35 e 50 della legge n. 190 del 2012.

Le indicazioni legislative per la revisione dei due decreti e per l'eliminazione delle loro incongruenze e anomalie, confermano le perplessità e i problemi applicativi sollevati da essi: sia quanto al loro ambito soggettivo di applicazione; sia quanto alla molteplicità di adempimento, soprattutto di ordine organizzativo, che vengono a crearsi per i loro destinatari. Sa-

rebbe auspicabile dunque che – nella revisione legislativa richiesta anche ed esplicitamente dalle linee-guida dell’ANAC – si pervenisse ad una più precisa individuazione, definizione e delimitazione dei soggetti tenuti all’applicazione del modello pubblicistico: non tanto al fine di un loro ampliamento, bensì nel rispetto della “*proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica*” e della “*eliminazione di sovrapposizione*” dettata dall’art. 14 citato.

Quelle proposte della legge delega sono indicazioni (o promesse ed impegni?) che appaiono essenziali per contribuire a passare effettivamente dalla legalità formale allo sviluppo di quella cultura della legalità sostanziale e quindi della reputazione e della vergogna, senza la quale le leggi rischiano (come diceva Giolitti) di essere interpretate per gli amici e applicate per gli altri; e rischiano di rendere difficili le cose facili attraverso quelle inutili, ed ancor più difficili quelle (come il contrasto alla corruzione) che già sono di per sé molto difficili.