

Dipartimento
di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Amministrativo II

“Il sistema dei controlli interni ed esterni delle società pubbliche e a partecipazione pubblica alla luce del Testo Unico (D.Lgs. 175/2016) e analisi della disciplina vigente nei Paesi Bassi”

Chiar.mo Prof. B. G. Mattarella

RELATORE

Chiar.mo Prof. G. Fonderico

CORRELATORE

Sofia Guarino (Matr. 139703)

CANDIDATO

Anno Accademico 2019/2020

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I – “I CONTROLLI INTERNI”	14
1.1 I controlli interni aziendali. Le disposizioni particolari previste per le società del Testo Unico, le funzioni di <i>audit</i> e di <i>compliance</i> e le <i>best practices</i> internazionali	14
1.2 I controlli nel contesto della crisi d’impresa per le società pubbliche	26
1.3 I controlli interni finalizzati alla prevenzione dei reati	35
1.3.a L’applicabilità alle società del Testo Unico del modello 231 e le caratteristiche che questo assume nel panorama degli enti societari controllati e partecipati	35
1.3.b La disciplina anticorruzione introdotta dalla l. 190/2012 ed il coordinamento delle sue previsioni con il modello 231	46
1.3.c La disciplina del <i>whistleblowing</i>	54
CAPITOLO II – “I CONTROLLI ESTERNI”	66
2.1 Il controllo sulle partecipazioni statali ad opera della Corte dei Conti	66
2.2 Il controllo del Ministero dell’Economia e delle Finanze, la “Struttura di Monitoraggio”	75
2.3 I controlli dell’Autorità Nazionale Anticorruzione sulle società <i>in house providing</i>	85
CAPITOLO III – “LE SOCIETÀ PUBBLICHE NEI PAESI BASSI E IL SISTEMA DEI CONTROLLI”	96
3.1 Introduzione	96
3.2 Il sistema dei controlli delle società pubbliche e a partecipazione pubblica nei Paesi Bassi	100
3.3 Il controllo della corruzione negli enti pubblici dei Paesi Bassi e il <i>whistleblowing</i>	109
3.3.a Il sistema di prevenzione della corruzione nelle società pubbliche e partecipate dei Paesi Bassi	109
3.3.b La disciplina del <i>whistleblowing</i> nell’ordinamento olandese	116
CONCLUSIONI	124
BIBLIOGRAFIA	144
LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA	153

INTRODUZIONE

Il decreto legislativo emanato il 19 Agosto 2016 n. 175 e noto oramai come *"Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica"*, si inserisce nel complesso quadro di provvedimenti legislativi che rispondono all'esigenza di riorganizzare le disposizioni normative applicabili alle pubbliche amministrazioni, percorso che, peraltro, trova il suo momento iniziale con l'adozione della legge Madia (l. 124/2015),¹ emblematicamente rinominata "Riforma della Pubblica Amministrazione".

Il decreto legislativo realizza, prima di tutto, l'intento di riordinare,² razionalizzare e coordinare un coacervo di previsioni normative emanate nell'arco di venticinque anni e che non hanno sempre trovato un'interpretazione giurisprudenziale univoca.³ Ma questo è solo uno dei tre obiettivi perseguiti con l'emanazione del Testo Unico. Tra gli obiettivi del legislatore, infatti, emerge anche il proposito di ridurre il numero delle società partecipate stesse per arginare il fenomeno della proliferazione di società pubbliche che il più delle volte risultavano inattive nella realtà. Basti ricordare, a riguardo, alcuni dati: nel 2015 il Rapporto del Tesoro ha censito oltre 8.300 società a partecipazione statale e nel report Istat del 2017 le unità economiche salivano al numero di 9.655.⁴ L'articolo 4 del d.lgs. 175/2016 risponde in pieno a questa esigenza, prescrivendo al primo comma che

*"Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"*⁵

delineando quindi chiaramente l'intento di delimitare la possibilità per la pubblica amministrazione di detenere partecipazioni in società di diritto comune o di istituire *ex novo* società pubbliche.⁶

Da ultimo preme considerare la finalità di delineare il labile confine fra le disposizioni di diritto amministrativo e quelle di diritto privato nella regolazione dell'ente societario partecipato dalla Pubblica Amministrazione.⁷ Come è facile immaginare, infatti, la prima difficoltà riscontrata dal legislatore e dall'interprete è stata nella definizione del concetto di società a partecipazione pubblica. La detenzione da parte della Pubblica Amministrazione di una percentuale di azioni in società di capitali poteva giustificare il nascere di una nuova sottocategoria che presentasse caratteri di diritto commerciale ma allo stesso tempo di diritto amministrativo e divenisse quindi un "tipo" di diritto speciale.⁸ Nel tempo, si sono susseguite in giurisprudenza e in dottrina diverse classificazioni, fino a giungere persino a definire tali enti come aventi connotazione pubblicistica,⁹

¹ F. Fimmanò, A. Catricalà, *"Le Società Pubbliche"* (Universitas Mercatorum Press, ed. II, 2017) – Tomo I, Introduzione, pg. 15.

² B.G. Mattarella, *Presentazione*, in F. Cerioni (e altri), *"Le società pubbliche nel Testo Unico"* (Giuffrè Editore, 2016), XV.

³ F. Fimmanò, A. Catricalà, *"Le Società Pubbliche"* (Universitas Mercatorum Press, ed. II, 2017) – Tomo I, Introduzione, pg. 15.

⁴ R. Garofoli, A. Zoppini, *"Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica"* (Nel Diritto Editore, 2018) – Premessa, V.

⁵ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 4, co. 1.

⁶ B.G. Mattarella, *Presentazione*, in F. Cerioni (e altri), *"Le società pubbliche nel Testo Unico"* (Giuffrè Editore, 2016), XIV.

⁷ B.G. Mattarella, *Presentazione*, in F. Cerioni (e altri), *"Le società pubbliche nel Testo Unico"* (Giuffrè Editore, 2016), XV.

⁸ F. Fimmanò, A. Catricalà, *"Le Società Pubbliche"* (Universitas Mercatorum Press, ed. II, 2017) – Tomo I, Introduzione, pg. 16.

⁹ Cons. Stato, 1206 e 1207/2001; 4711/2002; 1303/2002.

tesi in un primo momento avallata e successivamente superata contestualmente all'abbandono della teoria secondo la quale a queste società dovesse essere riconosciuto un carattere di "specialità" rispetto al diritto comune.

È oggi infatti pacifico che solamente in caso di deroga al codice civile la società possa essere definita di diritto singolare e, in particolare, questa classificazione trova ragione di esistere solamente laddove l'oggetto sociale previsto nello statuto societario sia incompatibile con le disposizioni dell'articolo 2247 c.c. e preveda dunque un fine dell'attività descritta nello statuto societario non lucrativo, contrariamente a quanto avviene in una società completamente aderente ad uno dei modelli delineati civilisticamente.¹⁰ Il Testo Unico ha dunque il compito di regolare gli aspetti della disciplina di queste società di diritto amministrativo, derogatori rispetto alle norme del codice civile, incidendo sul rapporto tra pubblica amministrazione e attività imprenditoriale e stabilendo che la prima possa operare attraverso la seconda solo in ragione di un interesse pubblico come l'erogazione di un servizio sociale o lo svolgimento di un'attività amministrativa.¹¹ Ad essere regolato, dunque, è prima di tutto il comportamento del socio pubblico stesso così come le sue facoltà e i suoi poteri.¹² È ancora l'articolo 4 del d.lgs. 175/2016 al quale occorre far riferimento per delineare quali oggetti sociali corrispondono a un interesse collettivo che giustifichi la detenzione da parte dello Stato di partecipazioni pubbliche. Possiamo dunque concludere, dalla lettura della citata disposizione, che il testo del decreto legislativo distingue fra società la cui costituzione o nelle quali la detenzione di partecipazioni è consentita per la pubblica amministrazione ed enti societari per i quali tale possibilità non sussiste. Questa distinzione avviene attraverso la definizione dei settori nei quali lo Stato può operare come imprenditore, giustificando questa metodologia di intervento con il fine per il quale avviene, l'interesse collettivo.¹³ Il primo comma dell'articolo 4 delimita in modo generale il perimetro entro il quale la pubblica amministrazione ha facoltà di muoversi nell'ambito societario mentre i commi successivi hanno il compito di delineare più specificatamente le attività consentite.

Al fine di acquisire una panoramica completa delle stesse è opportuno far riferimento non solo al Testo Unico ma anche ad altre rilevanti disposizioni. Un primo riferimento necessario è quello all'articolo 118 della Costituzione che attribuisce la titolarità delle funzioni amministrative proprie e conferite per legge statale e regionale a comuni, province e città metropolitane.¹⁴ Inoltre, gli articoli 13 e 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (il Testo Unico Enti Locali) assegnano rispettivamente funzioni amministrative più specifiche ai comuni e agli enti locali,¹⁵ disponendo che questi debbano occuparsi di assicurare l'erogazione di servizi pubblici

¹⁰ F. Fimmandò, A. Catricalà, *"Le Società Pubbliche"* (Universitas Mercatorum Press, ed. II, 2017) – Tomo I, Introduzione, pg. 18.

¹¹ R. Garofoli, A. Zoppini, *"Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica"* (Nel Diritto Editore, 2018) – Premessa, VIII.

¹² C. Angelici, *"Tipicità e Specialità nelle Società Pubbliche"* in S. Fortunato, F. Vessiac, *"Le "nuove" Società Partecipate e in house providing"* (Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, 2016), pg. 19.

¹³ R. Garofoli, A. Zoppini, *"Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica"* (Nel Diritto Editore, 2018) – Premessa, VIII.

¹⁴ Cost., art. 118.

¹⁵ A. De Girolamo, *"Le finalità perseguibili dalle società pubbliche"* in R. Garofoli, A. Zoppini, *"Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica"* (Nel Diritto Editore, 2018) – Capitolo I, pg. 66.

finalizzati al soddisfacimento di interessi collettivi, anche legati allo sviluppo delle singole realtà locali.¹⁶ Le disposizioni fin qui esaminate sembrerebbero lasciare la pubblica amministrazione libera di definire quali attività svolgere secondo il modello societario ma questa interpretazione viene decisamente smentita dal testo del secondo comma dell'articolo 4 del Testo Unico laddove il legislatore si preoccupa di specificare le attività che possono essere svolte dalle società disciplinate dallo stesso decreto legislativo.¹⁷

Delineare la natura pubblicistica o privatistica di questa attività concessa alla Pubblica Amministrazione non è poi semplice, tanto che alla stessa si attribuisce spesso l'aggettivo di "ibrida" data la possibilità di ravvisare in questa al contempo profili di diritto privato e di diritto pubblico.¹⁸ I tipi di società partecipate, poi, rientrano anch'essi in quest'ottica di confine, tanto che se alcuni tipi di società, come la *in house*, sono considerabili come enti pubblici in tutto e per tutto,¹⁹ altri invece sono veri e propri enti privati dei quali la pubblica amministrazione detiene solo una partecipazione, non arrivando neanche ad essere socio di controllo e potendo essere definite per questo società a partecipazione semplice.²⁰

È dunque un quadro complesso, quello delineato dalle disposizioni del Testo Unico, che vede in sé descritti vari e diversi tipi di società. Il vincolo finalistico delineato dall'articolo 4 del d.lgs. 175/2016 incide prima di tutto sul regime delle società meramente partecipate dalla pubblica amministrazione in termini di vincoli alla detenzione delle partecipazioni da parte dello Stato.²¹ Gli organi pubblici, infatti, per divenire soci di enti privati non solo devono assicurarsi che lo strumento societario sia strettamente necessario per svolgere un compito istituzionale o indispensabile per questo fine, così come stabilito dall'articolo 1 co. 611 della l. 190/2014, ma sono tenuti a motivare le ragioni e le finalità del loro operato.²² La partecipazione statale deve essere, dunque, giustificata sotto diversi profili: il profilo economico, inteso come sostenibilità finanziaria dell'investimento anche alla luce dei vincoli di spesa comunitari²³ e dal punto di vista finalistico, come destinazione dell'attività all'interesse collettivo.²⁴ Nell'ambito delle società meramente partecipate, infatti, sono individuabili una serie di partecipazioni la cui detenzione non è consentita o che la pubblica amministrazione è stata costretta dal dettato normativo ad alienare secondo la disciplina della razionalizzazione periodica delle stesse delineata nel Testo Unico,²⁵ quest'ultima rispondente ad un intento di alleggerimento della spesa pubblica. Tra le quote sociali la cui detenzione non è consentita da parte di organi

¹⁶ D.lgs. 267/00 (Testo Unico Enti Locali), art. 112.

¹⁷ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 4, co. 2.

¹⁸ B.G. Mattarella, *Presentazione*, in F. Cerioni (e altri), *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2016), XV-XVI.

¹⁹ R. Garofoli, A. Zoppini, *“Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica”* (Nel Diritto Editore, 2018) – Premessa, V.

²⁰ F. Fimmandò, A. Catricalà, *“Le Società Pubbliche”* (Universitas Mercatorum Press, ed. II, 2017) – Tomo I, Introduzione, pg. 19.

²¹ A. Grasso, *“Le Società a Partecipazione Pubblica in Italia”* in F. Cerioni (e altri), *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2016), pg. 53.

²² *Ibidem*.

²³ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 5, co. 1-2.

²⁴ A. Grasso, *“Le Società a Partecipazione Pubblica in Italia”* in F. Cerioni (e altri), *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2016), pg. 54.

²⁵ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 20.

statali vanno menzionate le “*micro-partecipazioni*”, ambito nel quel rientrano tutte le quote sociali che data la loro esiguità non sono idonee a giustificare un operato rivolto all’interesse pubblico.²⁶

Come accennato in precedenza, attraverso lo strumento della partecipazione societaria, il socio pubblico può arrivare ad esercitare il controllo dell’ente societario,²⁷ così come definito nell’articolo 2359 del codice civile nelle sue diverse accezioni di controllo di diritto e di fatto facendo dunque riferimento, nel primo caso, alla possibilità di guidare le decisioni societarie in forza della detenzione della maggioranza dei voti e,²⁸ nel secondo, all’esercizio di “*influenza dominante*”,²⁹ quest’ultima esercitabile sia direttamente sia in forza di particolari vincoli contrattuali.³⁰ Per espressa previsione normativa contenuta nel Testo Unico,³¹ anche per le società pubbliche si utilizza la definizione riferita al controllo societario contenuta nel codice civile. L’articolo 2359 c.c. viene infatti richiamato dal d.lgs. 175/2016 in tutte le sue parti tanto da poter affermare che per quanto concerne questo tema la disciplina delle società pubbliche non deroghi a quella di diritto comune contenuta nel codice civile e che sia necessario riferirsi ai criteri del suddetto articolo per stabilire se una partecipazione detenuta dalla pubblica amministrazione in una società possa essere definita di controllo.³²

Nei primi due modelli presentati, le norme Testo Unico regolano la situazione in cui la pubblica amministrazione sia socia di un ente societario del che nella sua struttura rimane di diritto privato e per questo interamente regolato dalle norme del codice civile. Le disposizioni circa l’obbligo di giustificazione della detenzione della partecipazione da parte del socio pubblico, infatti, incidono sul profilo delle possibilità della pubblica amministrazione di essere parte di una compagine societaria privata e non sulla natura o sulla struttura della compagine stessa.³³ Così anche il richiamo alla disciplina del controllo contenuta nel codice civile nel Testo Unico conferma quanto sopra detto: la natura pubblicistica dell’attività della pubblica amministrazione nella sua disciplina delineata dal d.lgs. 175/2016 incide in questi casi solamente sul socio pubblico e non sulla struttura societaria.

Diversamente avviene, invece, per quanto concerne le società *in house providing* e le società miste. Alle prime si riferisce l’articolo 16 del TUSP, atto a disciplinare le “*società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici*”³⁴ la cui storia inizia nel 1998, anno nel quale la Commissione Europea definisce nella Comunicazione emanata in questo ambito e di quello stesso anno il significato di “*appalto in house*” intendendo con quest’ultimo una gara pubblica aggiudicata all’interno dello stesso contesto della pubblica

²⁶A. Grasso, “*Le Società a Partecipazione Pubblica in Italia*” in F. Cerioni (e altri), “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2016), pg. 54.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Codice Civile, art. 2359, co.1, n. 1.

²⁹ Codice Civile, art. 2359, co.1, n. 2.

³⁰ Codice Civile, art. 2359, co.1, n. 3.

³¹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 2, lett. b).

³²A. Grasso, “*Le Società a Partecipazione Pubblica in Italia*” in F. Cerioni (e altri), “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2016), pg. 55.

³³ C. Angelici, “*Tipicità e Specialità nelle Società Pubbliche*” in S. Fortunato, F. Vessiac, “*Le “nuove” Società Partecipate e in house providing*” (Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, 2016), pg. 19.

³⁴ G. Piperata, “*La Partecipazione delle P.A. a società di capitali nel nuovo sistema della riforma*” in F. Cerioni (e altri), “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2016), pg. 29.

amministrazione aggiudicatrice o a favore di una società controllata dalla stessa.³⁵ Il concetto di “*in house providing*” è stato poi ulteriormente, e meglio, definito dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea che ha ricollegato questo modello societario alla possibilità, per la Pubblica Amministrazione, di derogare al regime delle gare d’appalto.³⁶ La deroga al regime normativo che prescrive la necessità di concludere contratti pubblici solamente a seguito di procedure ad evidenza pubblica trova giustificazione proprio in ragione del fenomeno che vede la società quasi inserita nell’organico dell’ente pubblico stesso, in forza del quale è consentito l’affidamento diretto di lavori, servizi o forniture da parte del secondo nei confronti della prima. Il modello in questione si presenta in due distinte situazioni, quella del “controllo analogo” e quella del “soggetto dedicato”.³⁷

Nel primo caso l’ente pubblico può esercitare lo stesso grado di controllo esercitato sui propri servizi, per questo definito “analogo”, sul fornitore.³⁸ È stata ancora una volta la Corte di Giustizia dell’Unione Europea a precisare che tale tipologia di controllo di titolarità della Pubblica Amministrazione nei confronti delle società debba intendersi semplicemente come necessario ma non possa neanche dirsi sufficiente al fine di integrare il modello “*in house providing*”,³⁹ prevedendo l’obbligatoria presenza di altre condizioni, più avanti delineate. Nel caso in cui l’ente societario sia, invece, qualificabile come “soggetto dedicato”, le possibilità per il fornitore di agire come soggetto privato dovranno essere ridotte al minimo, essendo questo impiegato per gran parte della sua attività in realizzazione di servizi per la pubblica amministrazione di riferimento.⁴⁰

Nel panorama delle società *in house*, il Testo Unico ha avuto un ruolo fondamentale nella definizione del modello, occupandosi già nei suoi primissimi articoli di delineare il concetto di “controllo analogo”. Nel primo comma dell’articolo 2, infatti, vengono definite le nozioni di “controllo analogo” e “controllo analogo congiunto” ricollegando in entrambe l’ente pubblico ai servizi che grazie a questo legame gli vengono forniti. Il primo è infatti definito come già ricordato in precedenza, seppur occorre in questa sede ricordare il ruolo del Testo Unico laddove precisa che tale rapporto di subordinazione si sostanzia anche, nella pratica, nell’esercizio di una “*influenza dominante*” capace di incidere sia in fase di definizione strategica che sui processi decisionali aziendali e ricordando, infine, che tale controllo possa anche essere esercitato indirettamente da una persona giuridica a sua volta controllata in pieno dall’ente pubblico.⁴¹ Il “controllo analogo congiunto”, come è facile intuire, è definito dal legislatore con il fine di precisare, rispetto al punto

³⁵ Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) così come riportata da G. Piperata, “*La Partecipazione delle P.A. a società di capitali nel nuovo sistema della riforma*” in F. Cerioni (e altri), “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2016), pg. 29.

³⁶ Sent. Corte di giustizia UE, *Teckal*, causa C-107/98 e Sent. Corte di Giustizia dell’UE, *Commissione CE v Germania*, causa C-480/06.

³⁷ G. Piperata, “*La Partecipazione delle P.A. a società di capitali nel nuovo sistema della riforma*” in F. Cerioni (e altri), “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2016), pg. 30.

³⁸ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 2, co. 1, lett. c).

³⁹ Sent. Corte di giustizia UE, *Carbotermo*, C-340/04.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 2, co. 1, lett. c).

precedente, come che tale controllo possa essere esercitato anche congiuntamente da più amministrazioni verso lo stesso fornitore.⁴²

L'articolo 16 del Testo Unico ha, invece, il compito di disciplinare le particolarità strutturali che le esigenze pratiche di realizzazione di tale modello comportano.⁴³ Il primo comma della disposizione in analisi ricorda che poter definire una società come rispondente al modello *in house* questa debba impiegare esclusivamente capitali di provenienza pubblica,⁴⁴ previsione, questa, che trova eccezione nella sua applicazione solamente laddove la detenzione di partecipazioni sociali da parte di un soggetto privato sia appositamente prevista dalla legge o qualora in conseguenza di tale detenzione del capitale non si venga comunque a definire una situazione di controllo o di influenza dominante sul fornitore da parte del titolare dei pacchetti azionari.⁴⁵

La disposizione prosegue nella definizione di tale tipo societario delineando le forme attraverso le quali il controllo può essere raggiunto, prevedendo, a titolo esemplificativo, che lo statuto delle stesse possa derogare alle norme civilistiche in merito all'esclusività della gestione societaria da parte degli amministratori,⁴⁶ la possibilità di avvalersi del dispositivo dell'art. 2468 c.c. per attribuire la titolarità di particolari diritti ai soci pubblici⁴⁷ o ancora che precise clausole statutarie possano consentire il superamento del limite di durata quinquennale dei patti parasociali prevista per le compagini societarie esclusivamente private.⁴⁸ È evidente, con riguardo a quanto appena esaminato, la volontà del legislatore di utilizzare lo strumento normativo per "modellare" la forma societaria in modo tale che questa possa rispondere all'esigenza di accogliere efficacemente una detenzione del capitale che dovrebbe essere, salvo i casi di deroga già esaminati, completamente pubblica, preoccupandosi altresì di definire quest'ultima "quantitativamente" stabilendo che una percentuale di almeno l'ottanta per cento del fatturato di tali enti debba essere impiegato nello svolgimento dei compiti affidati alla stessa dalla pubblica amministrazione e completando la disposizione con il richiamo ai criteri di economicità ed efficienza da assumere a guida della gestione.⁴⁹ Viene in questo modo confermata la *ratio* stessa della definizione e disciplina di questo tipo societario, compiutamente e dettagliatamente disciplinato dal Testo Unico in ottemperanza del quale, peraltro, è stato previsto un meccanismo di sanatoria delle irregolarità nel caso in cui i requisiti sopra indicati non vengano rispettati.⁵⁰

⁴² D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 2, co. 1, lett. d).

⁴³ G. Piperata, "La Partecipazione delle P.A. a società di capitali nel nuovo sistema della riforma" in F. Cerioni (e altri), "Le società pubbliche nel Testo Unico" (Giuffrè Editore, 2016), pg. 31.

⁴⁴ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 16, co. 1.

⁴⁵ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 16, co. 1.

⁴⁶ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 16, co. 2, lett. a) che prevede la possibilità di deroga agli artt. 2380-bis c.c. e 2409-novies c.c.

⁴⁷ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 16, co. 2, lett. b) che prevede specificatamente la possibilità di avvalersi del dettato normativo dell'art. 2468 co. 3 c.c.

⁴⁸ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 16, co. 2, lett. c) in forza del quale è possibile derogare alle previsioni dell'art. 2341-bis c.c.

⁴⁹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 16, co. 3.

⁵⁰ G. Piperata, "La Partecipazione delle P.A. a società di capitali nel nuovo sistema della riforma" in F. Cerioni (e altri), "Le società pubbliche nel Testo Unico" (Giuffrè Editore, 2016), pg. 33.

La società mista, infine, trova la sua disciplina nell'articolo 17 del Testo Unico, disposizione grazie alla quale la stessa ha assunto la configurazione di modello di partenariato pubblico-privato regolato e riconosciuto dal nostro ordinamento.⁵¹ Queste, che tradizionalmente si inseriscono nel paradigma della fornitura di servizi pubblici locali, sono state oggi riconosciute dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato come modelli adeguati anche al di fuori dell'attività loro affidata originariamente,⁵² in particolare per la realizzazione di lavori o gestione delle opere pubbliche. È lo stesso Consiglio di Stato ad aver definito quelle che sono le regole sulla base delle quali è possibile per la pubblica amministrazione affidare direttamente servizi ad una società mista, stabilendo tra le altre che debba esistere una norma di legge che autorizzi la pubblica amministrazione in tal senso, che il partner privato debba essere scelto a seguito di una procedura ad evidenza pubblica e che la stessa per essere validamente portata a termine debba definire l'oggetto dei servizi medesimi.⁵³ Il primo comma dell'articolo 17 conferma quanto sopra esposto, stabilendo peraltro i criteri sulla base dei quali condurre la gara,⁵⁴ completando la previsione normativa con la definizione dei requisiti che devono essere soddisfatti per condurre legittimamente la procedura⁵⁵ e con la limitazione temporale di tale rapporto pubblico-privato che non deve superare il periodo di durata del contratto concluso al termine della stessa.⁵⁶

Definita in questo modo la disciplina contenuta nel d.lgs. 175/2016 per i diversi tipi di società pubblica, è opportuna, a questo punto della trattazione, una considerazione. L'obiettivo primario del Testo Unico, come precedentemente ricordato, è stato quello di regolare in modo completo e uniforme la materia delle società pubbliche, disciplinandone ogni aspetto, in modo tale da riuscire ad avere un unico testo legislativo su cui fare affidamento non solamente per quando concerne la possibilità pratica per la pubblica amministrazione di partecipare come socio alle società di diritto comune o quella di controllarne altre, ma anche per quanto concerne il sistema dei controlli sulle stesse. Proprio su questo ultimo aspetto vuole concentrarsi questo lavoro, che si pone come obiettivo non soltanto quello di analizzare la struttura del sistema così come delineato nel TUSP ma anche confrontarsi con la realtà dei controlli stessi, così come questi sono stati resi operativi nella realtà fattuale, cercando di applicare nel modo più efficace possibile il dettato legislativo in esame.

Una prima *summa divisio* dei controlli che hanno come oggetto le società disciplinate dal Testo Unico vede in contrapposizione i controlli di tipo interno e quelli esterni. Con il primo termine è possibile riferirsi a tutta l'attività di monitoraggio svolta all'interno degli enti societari stessi, che ha il compito di verificare, a seconda del soggetto titolare della funzione di monitoraggio, l'adeguatezza del lavoro svolto all'interno della società, la legittimità dell'operato dei suoi managers, la capacità dell'assetto societario nel fronteggiare situazioni di crisi aziendale e, non in ultimo, che siano rispettati gli standard delineati dal d.lgs. 231/2001 e l. 190/2012,

⁵¹ G. Piperata, "La Partecipazione delle P.A. a società di capitali nel nuovo sistema della riforma" in F. Cerioni (e altri), "Le società pubbliche nel Testo Unico" (Giuffrè Editore, 2016), pg. 33.

⁵² Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2009, n. 1555.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 17, co. 1.

⁵⁵ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 17, co. 2.

⁵⁶ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 17, co. 3.

quest'ultima recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”, spesso rinominata “Legge Severino”, per evitare di incorrere in responsabilità penale o amministrativa. Possiamo quindi suddividere ulteriormente i controlli interni in controlli interni aziendali,⁵⁷ controlli nel contesto della crisi di impresa e,⁵⁸ infine, quelli finalizzati alla prevenzione dei reati.⁵⁹

Per quanto concerne i primi, la materia si intreccerà inevitabilmente, in questa trattazione, con i principi di *corporate governance* ispirati alla corretta amministrazione e al dovere di agire informati. Verranno esaminati prima di tutto i presidi che il Testo Unico prevede per le società controllate,⁶⁰ il cui controllo come si intuisce assurge a garanzia dell’attività di interesse pubblico svolta dalle società in discorso. La trattazione non mancherà di evidenziare i tratti essenziali delle funzioni di *audit* e *compliance*, confrontandosi con le *best practices* internazionali, così “chiudendo il cerchio” del sistema di monitoraggio analizzando anche le realtà nelle quali la Pubblica Amministrazione detiene partecipazioni aziendali, che ha il dovere di gestire nel rispetto della provenienza pubblica del capitale e dunque di garantire un corretto impiego delle stesse risorse.

La trattazione si focalizzerà poi sulle previsioni del d.lgs. 175/2016 per le quali il legislatore si è ispirato sistema di controllo approntato nelle società quotate arrivando in tal modo ad analizzare lo strumento del Codice di Autodisciplina, la cui prima versione del 1999 è stata aggiornata proprio nel gennaio del 2020 e che prevede e regola la presenza necessaria di un comitato controllo e rischi.⁶¹ Tra gli aspetti più rilevanti in questo senso si segnalano qui e si analizzeranno più avanti i requisiti di indipendenza dei membri componenti il comitato stesso posti a garanzia di un controllo che possa dirsi efficace ed adeguato. Proprio attraverso le previsioni contenute nel Codice, infatti, siamo in grado di ricostruire una serie di “filtri all’ingresso” dell’organo prevedendo che, per l’elezione dei suoi membri, vengano scelte solamente figure in grado di rispettare requisiti di “estraneità” rispetto agli interessi degli altri componenti della compagine sociale, assicurando all’esterno che il monitoraggio svolto da questi possa dirsi al di là di ogni interesse di parte e sia, dunque, adeguato ed imparziale.⁶²

Proseguendo nella presentazione del complesso quadro del sistema dei controlli si giunge a menzionare i controlli previsti dalla legge nel caso di crisi di impresa. Per quanto concerne questi ultimi, infatti, nell’*iter* applicativo delle previsioni del Testo Unico e il suo coordinarsi con le previsioni del codice civile sulle società di diritto comune, è di notevole rilevanza la questione circa l’applicabilità alle società a partecipazione

⁵⁷ D. Rossano, “*I controlli nelle società pubbliche*” (“federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo” – ottobre 2018), pg. 4.

⁵⁸ D. Rossano, “*I controlli nelle società pubbliche*” (“federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo” – ottobre 2018), pg. 6.

⁵⁹ D. Rossano, “*I controlli nelle società pubbliche*” (“federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo” – ottobre 2018), pg. 10.

⁶⁰ D.Lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), artt. 6 – 11.

⁶¹ Codice di Autodisciplina (Comitato per la Corporate Governance, 2020).

⁶² F. Riganti, “*I controlli interni nelle società pubbliche*” in F. Auletta, “*I controlli nelle società pubbliche*” (Zanichelli Editore, 2017) – Parte Terza, Capitolo VIII, pg. 226.

pubblica del sistema di controlli previsto nel caso di crisi di impresa dal codice civile.⁶³ L'articolo 14 del d.lgs. 175/2016, infatti, ha risolto in senso positivo questo punto definendo anche per le società regolate dal Testo Unico l'assoggettamento alle previsioni codicistiche fallimentari.⁶⁴ Nel 2017, tuttavia, il nuovo "*Codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*" (d.lgs. 155/2017) ha introdotto importanti innovazioni in questo campo, prevedendo non solo nuove forme di controllo per le società ma anche nuove procedure da azionare nel caso in cui gli organi sociali restino inerti di fronte alla crisi imminente e non si occupino, quindi, di fronteggiarla in modo adeguato e con gli opportuni provvedimenti. La riforma Rordorf, infatti, ha tra gli altri il merito di affrontare il tema della crisi di impresa non soltanto in termini di provvedimenti successivi al verificarsi dello stato di insolvenza ma anche in termini di prevenzione e composizione di quest'ultima.⁶⁵

Ultimi, ma non certo per importanza, sono i controlli interni finalizzati alla previsione dei reati. Anche per questo tipo di monitoraggio, come per i controlli interni nel contesto della crisi di impresa, il primo ostacolo nella definizione di un regime unitario da applicare alle società a partecipazione pubblica è da rinvenirsi nella questione sull'applicabilità a queste ultime della l. 231/2001, le cui previsioni come è noto mirano ad evitare che le società di diritto comune incorrano in responsabilità amministrativa o, nel peggiore dei casi, penale.⁶⁶ Come si vedrà nel primo capitolo, infatti, la Corte di Cassazione⁶⁷ è giunta ad affermare l'opportunità dell'estensione anche alle società regolate dal Testo Unico delle previsioni contenute nel suddetto testo legislativo per impedire che queste potessero sfuggire al dovere di fornirsi di un sistema di controllo adeguato con riguardo alla prevenzione dei reati.⁶⁸ In ragione di quanto appena sostenuto, gli enti societari disciplinati dal Testo Unico sono tenuti ad approntare al loro interno un organo di vigilanza ai sensi delle previsioni della l. 231/2001, modellando lo stesso sulle esigenze di controllo peculiari di tali società, stante il loro legame con la pubblica amministrazione e, dunque, la finalità pubblica del loro operato.⁶⁹

Tuttavia, la l. 231/2001 non è l'unico testo legislativo rilevante in questo senso. La trattazione non può essere completa, infatti, senza il riferimento alla l. 190/2012 che ha avuto il merito di introdurre nuovi presidi per il controllo anticorruzione da attivare anche negli enti disciplinati dal Testo Unico, come si vedrà, ed un nuovo metodo di controllo, il *whistleblowing*,⁷⁰ non soltanto aggiungendo un momento fondamentale nel sistema del monitoraggio delle società pubbliche ma anche innovando il significato stesso del controllo. Il "segnalatore di illeciti", infatti, è tutt'altro che un controllore esterno che, potremo dire, "dall'alto" monitora la vita aziendale

⁶³ F. Goisis e E. Codazzi, "*Crisi d'Impresa di società a partecipazione pubblica*" in F. Cerioni (e altri), "*Le società pubbliche nel Testo Unico*" (Giuffrè Editore, 2016) – Capitolo X, pg. 395.

⁶⁴ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 17 co. 1.

⁶⁵ D.lgs. 155/2017 (Codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza), art. 4.

⁶⁶ D. Rossano, "*I controlli nelle società pubbliche*" ("federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo" – ottobre 2018), pg. 10.

⁶⁷ Cfr. Cass. Pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, Cass. Pen., sez. II, 10 gennaio 2011, n. 234.

⁶⁸ G. Strampelli "*Il sistema dei controlli e l'organismo di vigilanza*" in F. Auletta, "*I controlli nelle società pubbliche*" (Zanichelli Editore, 2017), pg. 113.

⁶⁹ G. Strampelli "*Il sistema dei controlli e l'organismo di vigilanza*" in F. Auletta, "*I controlli nelle società pubbliche*" (Zanichelli Editore, 2017), pg. 115.

⁷⁰ A. Ruganti, "*I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 Novembre 2017 n. 179*" in "*La legislazione penale*" (3 Dicembre 2018), pg. 5.

e il suo essere conforme alla legge ma mira invece a far divenire il controllo un momento “quotidiano” dell’attività societaria, dando ad ogni dipendente la possibilità di segnalare comportamenti avvenuti all’interno della società che possono integrare la fattispecie corruttiva.⁷¹ Potremmo definirla una rivoluzione nel sistema dei controlli che mette al centro il lavoratore, in modo da costruire, peraltro, un monitoraggio continuo ad opera di più soggetti, tutti i dipendenti, attivo contemporaneamente e in ogni settore in cui l’attività aziendale si ramifica. Il momento “operativo” del nuovo meccanismo di controllo introdotto dalla Legge Severino si ravvisa nella circostanza del dialogo fra il dipendente e l’ANAC,⁷² alla quale lo stesso riporta il presunto illecito e che trasforma, dunque, un controllo intrasocietario in un’azione di monitoraggio operata da un ente esterno alla società stessa. Il momento di dialogo fra il lavoratore e l’Autorità Nazionale Anticorruzione ha il compito di spostare il monitoraggio dall’interno all’esterno dell’ente societario stesso, trasformando quest’ultimo al primo tipo di controllo al secondo.⁷³

Questa linea di ragionamento ci porta ad analizzare le tipologie di controllo la cui titolarità spetta a soggetti giuridici esterni alle società pubbliche. Un importante ramo di questa struttura è l’attività di monitoraggio svolta dalla Corte dei Conti. A questo proposito verranno esaminate le fonti normative che attribuiscono a questo organo il potere di monitorare le partecipazioni detenute dallo Stato in società operanti sul mercato, attraverso la figura del controllo concomitante, grazie al quale la Corte dei conti opera in due direzioni: il monitoraggio sulle partecipazioni “ordinarie” detenute dallo Stato in società di diritto comune, attraverso le previsioni delle norme di legge contenute nella l. 259/1958⁷⁴ e quello sulle gestioni pubbliche, attuato grazie alla l. 15/2009.⁷⁵ La trattazione si occuperà inoltre di esaminare il ruolo della Corte rispetto alle società disciplinate dal Testo Unico proprio con riguardo alle disposizioni contenute in quest’ultimo testo legislativo, attraverso le quali sarà possibile delineare una panoramica completa del potere di controllo attribuito alla stessa nei confronti degli enti societari in discorso.

Successivamente verranno analizzati i profili di maggior interesse caratterizzanti il controllo svolto dal Ministero dell’Economia e Finanze, emblema di questo tipo di monitoraggio dall’esterno.⁷⁶ Tale tipo di controllo, il cui esercizio è stato reso possibile e doveroso dall’articolo 15 del Testo Unico, opera attraverso la “Struttura di Monitoraggio” organismo istituito con la finalità di vigilare, appunto, sull’attività imprenditoriale svolta dalla Pubblica Amministrazione.⁷⁷ La particolarità di questo tipo di controllo rispetto a tutti quelli

⁷¹ A. Ruganti, “*I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 Novembre 2017 n. 179*” in “*La legislazione penale*” (3 Dicembre 2018), pg. 8.

⁷² L. 190/2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione), art. 54-bis, co. 1.

⁷³ G. Strampelli “*Il sistema dei controlli e l’organismo di vigilanza*” in F. Auletta, “*I controlli nelle società pubbliche*” (Zanichelli Editore, 2017), pg. 125.

⁷⁴ A. Luberti, “*I controlli della Corte dei conti sulle società pubbliche*” in F. Cerioni (e altri), “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2016) – Capitolo IX, pg. 372.

⁷⁵ A. Luberti, “*I controlli della Corte dei conti sulle società pubbliche*” in F. Cerioni (e altri), “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2016) – Capitolo IX, pg. 376-377.

⁷⁶ A. Luberti, “*I controlli della Corte dei conti sulle società pubbliche*” in F. Cerioni (e altri), “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2016) – Capitolo IX, pg. 371.

⁷⁷ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 15, co. 1.

precedentemente esaminati risiede nell'obiettivo perseguito attraverso l'attività di monitoraggio, che è quella di verificare che il Testo Unico trovi applicazione nelle sue previsioni nel contesto delle diverse società dallo stesso disciplinate.⁷⁸ Potremmo dire, dunque, che i compiti della Struttura di Monitoraggio costituiscono la fase attuativa delle norme di legge contenute nel d.lgs. 175/2016 ed è dunque evidente la rilevanza dell'analisi di questo tipo di attività a fronte del tema esaminato in questa trattazione.

Ultimo, ma non certo per importanza, è il monitoraggio esercitato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nei confronti della peculiare tipologia di società definite "*in house providing*" che si ricollega alla possibilità, già accennata in precedenza, che queste risultino destinatarie di affidamenti diretti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici che le controllano e che in forza di tale rapporto possano beneficiare della deroga al regime delle procedure ad evidenza pubblica per la conclusione di contratti per lavori, servizi o forniture così come disciplinati dal d.lgs. 50/2016, per questo denominato "*Codice dei Contratti Pubblici*". Questa tipologia di monitoraggio si distingue da quelle già presentate in questa sede per particolarmente specifica, finalizzata cioè alla verifica del soddisfacimento dei requisiti prescritti per legge in forza dei quali una società possa qualificarsi come aderente al modello *in house providing* e, di conseguenza, possa beneficiare della deroga ad un regime tanto stringente come quello delineato per la contrattazione pubblica mirato ad assicurare che gli operatori economici possano confrontarsi in modo trasparente ed equo attraverso le procedure di gara.

Il sistema dei controlli, così come delineato, appare dall'esterno come una rete di complesse ramificazioni, in grado di monitorare ogni aspetto dell'operare dello Stato come imprenditore. La ratio stessa del controllo, nel caso di partecipazioni detenute dalla pubblica amministrazione in enti societari, può dirsi costituire il filo rosso del lavoro di ricerca svolto. Come oramai chiaro in questa analisi, infatti, lo scopo ultimo perseguito dal socio pubblico attraverso la detenzione e la gestione delle partecipazioni è quello di fornire servizi di interesse collettivo grazie l'uso dello strumento economico societario. Ciò che caratterizza il fenomeno, dunque, è il suo essere teso verso il soddisfacimento delle esigenze pubbliche ed il monitoraggio dell'attività assicura che essa sia svolta in questi termini e possa dirsi conforme al dettato legislativo.⁷⁹

Tuttavia, la ratio sottostante il sistema di monitoraggio non si esaurisce nella verifica del rispetto della finalità collettiva dell'attività imprenditoriale della pubblica amministrazione e della corretta attuazione del dettato normativo, ma si spinge su un piano ulteriore. L'utilizzo di risorse pubbliche, infatti, assume qui un ruolo determinante nella definizione delle finalità del controllo.⁸⁰ Per acquisire partecipazioni in società o costituirne di nuove, come è facile immaginare, lo Stato si serve delle risorse che vanno a comporre il bilancio dello stesso ma la stessa provenienza pubblica dei capitali ci porta ad una considerazione: come è facile immaginare, tali

⁷⁸ D. Rossano, "*I controlli nelle società pubbliche*" ("federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo" – ottobre 2018), pg. 11.

⁷⁹ D. Rossano, "*I controlli nelle società pubbliche*" ("federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo" – ottobre 2018), pg. 2.

⁸⁰ H. Bonura, G. Fonderico, "*Brevi note su società pubbliche e libertà di iniziative economica delle P.A.*" (Astrid Rassegna – n. 9/2019), pg. 6.

risorse non possono essere utilizzate per finalità diverse da quella di fornire servizi alla collettività da cui le stesse in parte provengono o, in generale, muovendosi nell'interesse di questa. In ragione di ciò, il testo costituzionale prevede che l'attività dello Stato sia sempre svolta in accordo ai requisiti di imparzialità e buon andamento, secondo le previsioni dell'articolo 97.⁸¹

Una ratio, quella dei controlli, che si ricollega dunque persino al dettato costituzionale confermandone l'incidenza nel nostro ordinamento, inserendosi a pieno titolo nel tessuto normativo. Come si sa, tuttavia, l'aspirante giurista non può più limitare lo sguardo, oggi, al solo territorio nazionale non espandendo il suo studio al di fuori dei confini "domestici". Questa esigenza si unisce, nel contesto del lavoro esposto, con la possibilità di spendere un periodo di studio nei Paesi Bassi, rendendo naturale la scelta di espandere la ricerca anche alle previsioni legislative sul tema vigenti in questo Paese. Un motivo in più, dunque, per affrontare una ricerca che fosse anche comparativa e non si limitasse all'approfondimento del diritto amministrativo italiano ma "varcasse i confini" e si confrontasse con una realtà diversa ed inevitabilmente con una regolamentazione differente dell'apparato amministrativo.

La trattazione si suddivide idealmente in due sezioni, la prima dedicata al sistema legislativo italiano, contenente l'analisi delle disposizioni del Testo Unico che delineano il sistema dei controlli sulle società a partecipazione pubblica e la seconda che si occupa di analizzare le previsioni del *bestuursrecht* (diritto amministrativo olandese) che regolano lo stesso tema affrontato nella prospettiva italiana, in modo tale da assicurare una comparazione dei due sistemi di diritto nazionale.

La trattazione si sviluppa con l'intento di fare chiarezza in merito a quello che potremmo definire un "mosaico" di previsioni normative che seppure saldamente fondato su basi legislative che hanno come obiettivo primario quello di creare un sistema omogeneo e ordinato di disposizioni per la regolamentazione del sistema dei controlli interni ed esterni delle società pubbliche e partecipate, appare all'esterno ancora un insieme di previsioni normative composito e poco organico.

Al termine di questa trattazione, il *fil rouge* del percorso argomentativo perseguito durante lo svolgimento del lavoro avrà come punto di arrivo la riflessione circa l'aspetto operativo delle disposizioni che caratterizzano l'operare dello Stato come imprenditore, concentrandosi sugli aspetti più innovativi e peculiari del sistema dei controlli. Nella fase conclusiva, infatti, l'intento è quello di ragionare sulle modalità con le quali tali meccanismi trovano attuazione, non tralasciando considerazioni su come il sistema possa essere ulteriormente implementato per garantire un monitoraggio sempre efficiente ed efficace. In ragione di ciò, sembra naturale confrontarsi anche con la prospettiva estera del *bestuursrecht* soprattutto con riguardo al modello vigente per

⁸¹ F. Campofiloni, "Interesse pubblico e causa societaria: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse" in F. Fimmanò, A. Catricalà, "Le Società Pubbliche" (Universitas Mercatorum Press, ed. II, 2017) – Tomo I, Capitolo XIX, pg. 427.

il *whistleblowing*, al quale il nostro ordinamento potrebbe guardare con favore in un'ottica di aggiornamento e riforma delle disposizioni che ad oggi regolano la materia.

“I CONTROLLI INTERNI”

1.1 I controlli interni aziendali. Le disposizioni particolari previste per le società del Testo Unico, le funzioni di *audit* e di *compliance* e le *best practices* internazionali

Fra gli ambiti legislativi rispetto ai quali l’emanazione del Testo Unico ha cercato di “mettere ordine” rileva ai fini di questa trattazione quello dei controlli interni, tema che si intreccia inevitabilmente con quello della *corporate governance* e dal quale conviene partire per l’analisi del complesso sistema dei controlli degli enti societari partecipati e controllati, disciplinati dal d.lgs. 175/2016.

Il Testo Unico, infatti, risponde all’intento di regolamentare compiutamente l’intero sistema di monitoraggio delle società oggetto delle sue previsioni, armonizzando il tessuto legislativo previgente che risultava poco omogeneo proprio rispetto a questi enti societari e che non consentiva di delineare un quadro chiaro di quelli che fossero i principi secondo i quali condurre le attività societarie in modo tale da assicurare una gestione sana e prudente delle stesse.⁸² In questo senso, il testo normativo regola la materia del sistema dei controlli interni da approntare nelle società che svolgono attività di interesse collettivo attraverso gli articoli 6 e 11, le cui previsioni si preoccupano, da una parte, di stabilire i principi di *corporate governance* adeguati alla gestione di questi enti e dall’altra di disciplinare le caratteristiche dell’organo amministrativo attraverso il quale le società operano.⁸³ Prima di analizzare nel dettaglio il sistema dei controlli regolamentato da queste due disposizioni, giova soffermarsi sull’ambito di applicabilità delle stesse. Gli articoli in discorso trovano specificatamente applicazione con riguardo alle società in controllo pubblico, testimoniando la scelta del legislatore di deviare dalle norme di diritto comune sui controlli societari solamente rispetto alle imprese che la Pubblica Amministrazione controlla lasciando operare, per quelle partecipate, le norme del codice civile.⁸⁴ Per questa ragione, sembra opportuno soffermarsi in primo luogo sugli obblighi connessi ai principi di corretta gestione disposti per le società controllate che risultano “rafforzati” dal dettato del Testo Unico, in ragione dell’interesse collettivo sotteso alle attività svolte da questi enti e alle risorse pubbliche impiegate.⁸⁵

La trattazione sul tema si preoccuperà di definire il sistema dei controlli interni analizzando proprio le disposizioni sopra menzionate a partire dal dettato normativo dell’articolo 6 attraverso il quale si può delineare un reticolato di principi di corretta amministrazione degli enti societari dai quali conviene partire per affrontare la materia. Per questi enti, la previsione raccomanda che l’organizzazione aziendale venga integrata con

⁸² F. Riganti, “I controlli interni nelle società pubbliche quotate”, in (opera diretta da) F. Auletta, “I controlli nelle società pubbliche” (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo VIII, pg. 197-198.

⁸³ C. Ingenito “La corporate governance delle società pubbliche” in “federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo”, n. 6/2018, pg. 2.

⁸⁴ L. Furgiele, “I controlli interni nella società per azioni a partecipazione pubblica”, in (a cura di) G. Guizzi, “La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016” (Giuffrè Editore, 2017), Cap. V, pg. 224.

⁸⁵ L. Picardi, “Strutture e Principi di Governance”, in (a cura di) G. Guizzi, “La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016” (Giuffrè Editore, 2017), cap. I, pg. 23.

l'adozione di un regolamento interno, di un ufficio di controllo interno, un adeguato codice di condotta e un programma di responsabilità sociale d'impresa.⁸⁶

Analizzando nel dettaglio le previsioni della norma, non può non sfuggire come sia nell'interesse del legislatore definire in primo luogo l'obbligo vigente per le società del Testo Unico di adottare “*sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività*”⁸⁷ con ciò garantendo un regime di trasparenza in merito non solo ai rapporti economici intercorrenti tra la società e l'ente pubblico che vi partecipa ma anche, in generale, all'utilizzo delle risorse da parte della società in relazione a ciascuna attività da questa svolta.⁸⁸

Con riguardo agli strumenti menzionati precedentemente che vengono regolati dal secondo comma dell'articolo 6, giova prima di tutto sottolineare come la norma intenda lasciare ai singoli enti societari la possibilità di adottare gli strumenti di governo ritenuti maggiormente idonei ad assicurare un assetto di *governance* che consenta una gestione efficace ed efficiente della società stessa, permettendo a questi ultimi di non aderire completamente al modello proposto dalla norma ma imponendo, laddove questi ritengano che non sia necessario conformarsi alle raccomandazioni prescritte, che tale scelta venga motivata nella Relazione sul governo societario secondo il noto principio *comply or explain*.⁸⁹ In mancanza di un'indicazione in tal senso, peraltro, si deve ritenere che il documento da pubblicare congiuntamente con il bilancio di esercizio debba consentire la piena conoscenza degli strumenti di *governance* utilizzati e delle motivazioni per le quali questi sono stati adottati nella realtà societaria di riferimento, in modo tale che l'organo amministrativo rispetti l'obbligo informativo previsto sul tema.⁹⁰ Gli strumenti descritti dall'articolo 6 rispondono ognuno a necessità differenti. L'adozione del regolamento interno, infatti, mira ad assicurare che non vengano violate le norme sulla concorrenza tra operatori economici e quelle sulla tutela della proprietà intellettuale ed industriale⁹¹ mentre, ad esempio, i codici di condotta e i programmi di responsabilità di impresa incidono sul comportamento cui devono attenersi gli esponenti della società nei rapporti che questa intrattiene verso l'esterno secondo quanto prescritto dalla Commissione Europea sul tema della *corporate social responsibility*.⁹²

⁸⁶ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 6, co. 3.

⁸⁷ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 6, co. 1.

⁸⁸ C. Ingenito, “*La corporate governance delle società pubbliche*” in “federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo”, n. 6/2018, pg. 9.

⁸⁹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 6, co. 5.

⁹⁰ L. Picardi, “*Strutture e Principi di Governance*”, in (a cura di) G. Guizzi, “*La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016*” (Giuffrè Editore, 2017), cap. I, pg. 26.

⁹¹ C. Ingenito, “*La corporate governance delle società pubbliche*” in “federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo”, n. 6/2018, pg. 9.

⁹² Nel Libro Verde l'essere socialmente responsabili viene definito come la situazione in cui si riesce “*solo soddisfare pienamente gli obblighi giuridici applicabili, ma anche andare al di là investendo “di più” nel capitale umano, nell'ambiente e nei rapporti con le altre parti interessate.*” Commissione Europea, “*Libro Verde: Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*”, Bruxelles, 2001, da pg. 7, para. 21.

Ai fini di questa trattazione, merita particolare attenzione la previsione circa la necessità di dotarsi di un ufficio di controllo interno che sembra avvicinare la disciplina del sistema dei controlli interni di tali società al reticolato di garanzie già previste per le società quotate, con particolare riferimento alla funzione di *audit*.⁹³ Il controllo costante sui processi societari⁹⁴ ed il corretto e puntuale flusso informativo in merito a questi che consenta a tutti gli organi della struttura di operare adeguatamente, infatti, sembra proprio essere la ratio alla base della previsione di un simile ufficio in osservanza e adozione dei principi di governance delle società a controllo pubblico diffusi dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (di seguito anche indicata come OCSE), che sottolinea la necessità che proprio in questi enti societari sia garantita la presenza di un sistema di *internal audit*.⁹⁵

La disciplina legislativa in merito all'ufficio per il controllo interno, inoltre, assume particolare rilevanza per comprendere adeguatamente la portata applicativa del principio di *comply or explain* previsto per l'adozione degli strumenti elencati dall'articolo 6. Il legislatore, infatti, prevede che tale organismo societario sia strutturato tenendo conto delle necessità di monitoraggio di ogni impresa nel quale opera, in modo tale che risulti adeguato alla realtà nella quale si inserisce.⁹⁶ È naturale concludere, dunque, che gli scostamenti dal modello prescritto dal legislatore siano possibili in virtù della necessità di approntare un sistema di controllo adeguato al caso di specie ma, proprio in ragione di tale bisogno, queste differenze vadano poi esplicate nella Relazione sul governo societario.

Il principio di *comply or explain* si applica in questa circostanza in modo pieno, permettendoci di operare un'ulteriore considerazione. Per essere in grado di spiegare compiutamente le ragioni per le quali ci si discosta dalle previsioni del Testo Unico, è giocoforza valutare previamente la possibilità di adottare tale strumento così come indicato dal modello, ed operare quindi una verifica di compatibilità dello stesso rispetto alla realtà societaria di riferimento.⁹⁷ Per farlo è tuttavia indispensabile analizzare la struttura e le attività svolte dall'impresa e quindi passare per una fase di controllo degli stessi assetti, valutando l'opportunità di istituire tale ufficio sulla base di quanto emerso dall'analisi sopradetta. Solo attraverso tale *iter* il contenuto della Relazione sul governo societario potrà risultare completa e adeguatamente motivata nelle scelte organizzative che riporta.⁹⁸ Conseguentemente, anche nell'ambito di applicabilità del principio di *comply or explain* risulta necessario fondare le proprie analisi sulla base di un controllo interno sugli assetti che sia teso non soltanto ad un'analisi teorica dei sistemi di governance adottati ma si spinga fino a considerare il loro aspetto "dinamico"

⁹³ F. Riganti, "I controlli interni nelle società pubbliche quotate", in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo VIII, pg. 244.

⁹⁴ La funzione di *audit* che sembra essere affidata per le società in controllo pubblico all'ufficio per il controllo interno viene così sinteticamente ma efficacemente definita da F. Riganti, "I controlli interni nelle società pubbliche quotate", in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo VIII, pg. 213.

⁹⁵ OECD, "Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises", 2005, reperibile su www.oecd.org, pg. 43.

⁹⁶ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 6, co. 3, lett. b).

⁹⁷ C. Ingenito "La corporate governance delle società pubbliche" in "federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo", n. 6/2018, pg. 11.

⁹⁸ L. Picardi, "Strutture e Principi di Governance", in (a cura di) G. Guizzi, "La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016" (Giuffrè Editore, 2017), cap. I, pg. 28.

e valuti, in definitiva, il loro concreto funzionamento rispetto alle attività svolte dall'ente societario.⁹⁹ È in ragione di tali caratteristiche del sistema di adozione di tali strumenti che la valenza del tema dei controlli può essere apprezzata nella realtà dell'impresa, confermando come questo permei ogni aspetto delle scelte organizzative aziendali.

Tramite l'istituzione dell'ufficio di controllo interno, l'organizzazione societaria tende a raggiungere l'obiettivo della predisposizione di un "*ambiente di controllo*" in ragione del quale sembra naturale concludere che vi sia la necessità di assicurare che i membri dell'ufficio debbano possedere requisiti tecnici e professionali che garantiscano l'efficacia del monitoraggio stesso.¹⁰⁰ La funzione dell'ufficio, nelle società controllate dalle pubbliche amministrazioni, è quella di coadiuvare il rapporto tra l'organo amministrativo ed il collegio sindacale assicurando che le informazioni destinate al secondo circa le operazioni svolte dagli amministratori siano complete e puntuali,¹⁰¹ accentuando così ancora una volta la rilevanza del flusso informativo endosocietario in realtà come quelle disciplinate dal d.lgs. 175/2016. Come è facile intuire, la funzione di monitoraggio dell'ufficio incide sull'operato concreto della società ed il controllo da questo svolto costituisce un ulteriore garanzia rispetto alla correttezza delle modalità con cui vengono svolte le attività aziendali consentendo, peraltro, alla società stessa di correggersi laddove vengano riscontrate irregolarità.¹⁰² Viene così in luce una funzione fondamentale del controllo aziendale con riguardo all'attività imprenditoriale del socio pubblico. Attraverso la possibilità di "rimediare" agli errori di gestione, infatti, l'attività di monitoraggio diventa parte integrante dell'esercizio del potere amministrativo nella gestione delle partecipazioni, elevando la funzione di controllo non solamente a mera verifica dell'operato della società controllata ma anche, e soprattutto, come momento costruttivo dell'attività imprenditoriale volta al soddisfacimento di un interesse a rilevanza pubblicistica.¹⁰³

La previsione circa l'opportunità di dotarsi di tale ufficio risponde alla duplice esigenza di predisporre idonei assetti organizzativi e di assicurare un soddisfacente flusso di informazioni circa la gestione delle attività aziendali evidenziata anche per le società di diritto comune dall'articolo 2381 co. 6 cc.¹⁰⁴ Negli enti disciplinati dal Testo Unico, tuttavia, la necessità di approntare strumenti informativi efficienti mira anche a garantire un adeguato monitoraggio sul rispetto degli interessi pubblici sottesi all'attività aziendale. Non può dimenticarsi, infatti, come la ratio del sistema di controllo e degli strumenti che ne consentono il funzionamento e il

⁹⁹ L. Picardi, "*Strutture e Principi di Governance*", in (a cura di) G. Guizzi, "*La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016*" (Giuffrè Editore, 2017), cap. I, pg. 26.

¹⁰⁰ D. Rossano, "*I controlli nelle società pubbliche*" in "federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo", n. 19/2018, pg. 8-9.

¹⁰¹ F. Riganti, "*I controlli interni nelle società pubbliche quotate*", in (opera diretta da) F. Auletta, "*I controlli nelle società pubbliche*" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo VIII, pg. 202.

¹⁰² F. Riganti, "*I controlli interni nelle società pubbliche quotate*", in (opera diretta da) F. Auletta, "*I controlli nelle società pubbliche*" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo VIII, pg. 203.

¹⁰³ F. Riganti, "*I controlli interni nelle società pubbliche quotate*", in (opera diretta da) F. Auletta, "*I controlli nelle società pubbliche*" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo VIII, pg. 209.

¹⁰⁴ S. Cicchinelli, "*I controlli interni nella società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica*", in (a cura di) G. Guizzi, "*La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016*" (Giuffrè Editore, 2017), Cap. VI, pg. 254.

rafforzamento sia quella di garantire che l'interesse collettivo per il quale lo Stato agisce come imprenditore venga correttamente tutelato attraverso l'adempimento dell'obbligo di agire informati da parte di chi opera in tali enti.¹⁰⁵

Proseguendo nella disamina delle previsioni del Testo Unico sul tema e analizzando in particolare le norme contenute nell'articolo 11, si deve evidenziare anche in questo caso come il testo legislativo si focalizzi ancora una volta sugli enti controllati dalle pubbliche amministrazioni,¹⁰⁶ imponendo un regime stringente in merito alla composizione dell'organo amministrativo per queste società. Per assicurare la corretta gestione delle attività di interesse collettivo svolte, la norma si preoccupa in primo luogo di stabilire che i componenti degli organi amministrativi debbano possedere i requisiti di “*onorabilità, professionalità e autonomia stabiliti con Decreto del Presidente del Consiglio*”¹⁰⁷ confermando ancora una volta la scelta di operare una rigida selezione sulle possibili candidature a componenti degli organi amministrativi, in questo modo garantendo un controllo, potremmo dire, preventivo rispetto alla possibilità di dotarsi di esponenti non adeguati al ruolo o, ancor peggio, che si trovino in situazioni di conflitto di interesse.

Il secondo comma della norma in esame rappresenta certamente uno dei tratti più innovativi del Testo Unico. Ispirandosi alla necessità di riduzione della spesa pubblica e semplificazione delle pubbliche amministrazioni,¹⁰⁸ infatti, l'articolo 11 prevede che l'organo amministrativo delle società controllate dallo Stato sia di regola composto da un solo amministratore.¹⁰⁹ Si sottolinea, a questo proposito, come seppure la composizione monocratica dell'organo di gestione sia da considerarsi come quella *standard* per le società controllate, non è esclusa la possibilità che le stesse adottino i sistemi alternativi di *governance*,¹¹⁰ confermando anche per gli enti disciplinati dal Testo Unico l'opportunità di scelta prevista per quelle di diritto comune.¹¹¹ Tale possibilità è confermata dal terzo comma che stempera la rigidità dei primi due, laddove il legislatore prevede la possibilità che la società, pur contenendo per quanto possibile i costi, si doti di un organo amministrativo composto da tre o cinque membri secondo il sistema tradizionale o adottando uno dei sistemi alternativi di *governance*.¹¹² Con riguardo all'organo competente per la decisione in discorso, è opportuno evidenziare come il testo legislativo si riferisca all'assemblea, senza specificare ulteriormente se questa sia da intendere come ordinaria o straordinaria. Nel silenzio del legislatore, tuttavia, sembra adeguato ritenere che laddove la decisione riguardi il carattere monocratico o collegiale dell'organo amministrativo del sistema

¹⁰⁵ S. Cicchinelli, “*I controlli interni nella società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica*”, in (a cura di) G. Guizzi, “*La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016*” (Giuffrè Editore, 2017), Cap. VI, pg. 255-256.

¹⁰⁶ Basti guardare alla rubrica della disposizione in esame, “*Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico*” (D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 11).

¹⁰⁷ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 11, co. 1.

¹⁰⁸ L. Picardi, “*Strutture e Principi di Governance*”, in (a cura di) G. Guizzi, “*La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016*” (Giuffrè Editore, 2017), cap. I, pg. 30.

¹⁰⁹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 11, co. 2.

¹¹⁰ L. Picardi, “*Strutture e Principi di Governance*”, in (a cura di) G. Guizzi, “*La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016*” (Giuffrè Editore, 2017), cap. I, pg. 33.

¹¹¹ Come è noto, dal 2004 è possibile per le società disciplinate dal Codice Civile dotarsi alternativamente del sistema tradizionale, dualistico o monistico.

¹¹² D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 11, co. 3.

tradizionale questa possa essere affidata all'assemblea ordinaria, trattandosi di una decisione che non rischia di alterare gli assetti di potere ma rappresenta solamente una scelta da operare sulla base di un'alternativa generalmente già prevista dallo statuto societario.¹¹³ Quando, invece, la decisione assume il carattere di modifica della struttura governativa tradizionale in favore del sistema monistico o dualistico, appare evidente come la necessità di modificare lo statuto delle società conduca alla necessità di essere approvata dall'assemblea straordinaria.¹¹⁴

L'opportunità di dotarsi di un struttura organizzativa diversa da quella tradizionale deve essere ispirata, come sempre, a criteri di adeguatezza¹¹⁵ e costituisce un ulteriore aspetto di rilievo rispetto al sistema dei controlli: anche in questo caso, infatti, devono essere operate le necessarie verifiche che consentano di motivare, nella Relazione sul governo societario, la scelta di discostarsi da un lato dal modello *standard* caratterizzato dall'organo amministrativo monocratico prescritto dall'articolo 11 co. 2 e dall'altro dal sistema tradizionale *in toto*, essendo possibile anche rimanere in questo schema organizzativo ma prevedendo un numero di amministratori pari a tre o a cinque. Si deve concludere dunque che anche con riguardo a quest'ultimo aspetto si debba apprezzare la portata applicativa del principio di *comply or explain* che sembra costituire la garanzia posta al termine di ogni decisione riguardante la *corporate governance*, tesa ancora una volta ad assicurare che le scelte siano assunte sulla base di valide ragioni e permettendo, attraverso l'esposizione delle stesse nella Relazione, il controllo sull'adeguatezza delle motivazioni rispetto alle attività svolte dalla società.

Quanto detto in precedenza circa l'applicabilità delle disposizioni appena esaminate alle società controllate dalla Pubblica Amministrazione non deve trarre in inganno e non deve interpretarsi come un'assenza di potere di controllo del socio pubblico sulle sue partecipazioni. Basti pensare all'articolo 9, co. 7 del d.lgs. 175/2016 che prevede la facoltà dello Stato di nominare "*uno o più componenti di organi interni della società*"¹¹⁶ se lo statuto lo prevede ai sensi dell'articolo 2449 c.c. a testimonianza del fatto che i presidi previsti dal codice civile sono comunque utilizzati dal socio pubblico, nelle società partecipate, come strumenti di salvaguardia degli interessi collettivi per i quali la partecipazione è detenuta.¹¹⁷ In ragione di ciò, l'articolo 3 del d.lgs. 175/2016 prevede discipline distinte per le società per azioni e a responsabilità limitata partecipate circa il sistema dei controlli disponendo che per le prime la revisione legale dei conti debba essere affidata necessariamente ad un revisore esterno e per il secondo tipo societario che gli enti debbano in ogni caso dotarsi di un organo di controllo, sia questo un collegio sindacale o un revisore.¹¹⁸ In merito alla facoltà dello Stato di nominare e revocare uno o più membri degli organi di controllo, è interessante constatare come questo potere

¹¹³ L. Picardi, "*Strutture e Principi di Governance*", in (a cura di) G. Guizzi, "*La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016*" (Giuffrè Editore, 2017), cap. I, pg. 35-36.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ C. Ingenito "*La corporate governance delle società pubbliche*" in "federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo", n. 6/2018, pg. 12.

¹¹⁶ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 9, co. 7.

¹¹⁷ L. Furgiele, "*I controlli interni nella società per azioni a partecipazione pubblica*", in (a cura di) G. Guizzi, "*La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016*" (Giuffrè Editore, 2017), Cap. V, pg. 196-197.

¹¹⁸ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 3, co. 2.

possa essere esercitato senza il tramite dell'assemblea e il suo esercizio sia strumentale rispetto alla protezione degli interessi pubblicistici connessi alla detenzione delle partecipazioni societarie.¹¹⁹ Per questo, inoltre, i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza che devono necessariamente possedere i membri dell'esaminato ufficio per il controllo interno nelle società controllate, devono sussistere anche per i membri del collegio sindacale nominati dallo Stato a garanzia dell'effettività della funzione di vigilanza che svolgeranno.¹²⁰

Con riguardo ai compiti svolti dall'organo di controllo interno questi non differiscono rispetto a quelli previsti dal codice civile per le società di diritto comune, ragione per la quale da un lato è stata prevista la possibilità per il socio pubblico di nominare e revocare direttamente uno o più membri a garanzia di protezione delle finalità pubblicistiche dell'attività svolta dagli enti societari in esame,¹²¹ e dall'altro sono state previste le disposizioni particolari contenute negli articoli 6 e 11 per le società controllate. Sebbene quindi le società partecipate siano formalmente considerate enti privati e in ragione di ciò disciplinati dalle norme di diritto comune, non sempre i controlli societari prescritti dal codice civile sono sufficienti ad assicurare un monitoraggio che tenga conto degli interessi di natura collettiva che guidano la gestione delle partecipazioni in tali società.¹²² Avere delle linee guida che dettino in che modo monitorare la *performance* di tali imprese è di fondamentale importanza per garantire che le risorse pubbliche impiegate, spesso ingenti, vengano gestite in accordo con le finalità cui sono strumentali. Nasce con questo intento il sistema di *compliance*, funzione aziendale che mira a verificare la conformità dell'attività societaria rispetto alle norme prescritte per garantire una corretta gestione e quelle etiche adottate, come sopra indicato, grazie alla predisposizione di un apposito codice etico o all'adesione a codici già esistenti.¹²³ La funzione esaminata deve guidare gli adempimenti societari in materia di controlli, soprattutto negli enti a rilevanza pubblicistica per le ragioni già esaminate.

Non a caso, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) ha aggiornato nel 2015 le sue *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises* che si pongono l'obiettivo di raccogliere le *best practices* in tema di gestione delle partecipazioni societarie da parte del socio pubblico con particolare attenzione al tema del monitoraggio delle stesse e che guideranno questa trattazione anche nello studio del panorama delle società pubbliche olandesi, ponendosi come obiettivo quello di tracciare delle linee guida valedoli internazionalmente.¹²⁴

¹¹⁹ F. Cossu, "L'organo di controllo interno delle società pubbliche", in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, "Le società pubbliche" (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I, Cap. XXIV, pg. 517.

¹²⁰ F. Cossu, "L'organo di controllo interno delle società pubbliche", in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, "Le società pubbliche" (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I, Cap. XXIV, pg. 518.

¹²¹ F. Cossu, "L'organo di controllo interno delle società pubbliche", in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, "Le società pubbliche" (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I, Cap. XXIV, pg. 521.

¹²² F. Capalbo, "La compliance della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE", in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo IX, pg. 258-259.

¹²³ V. Sarcone, "L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche", Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, "Le società pubbliche nel Testo Unico" (Giuffrè Editore, 2017), pg. 226-227.

¹²⁴ OCSE, "Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprise", 2015. Le Linee Guida sono consultabili su <https://www.oecd.org/corporate/guidelines-corporate-governance-soes.htm>.

Le *Guidelines* costituiscono uno strumento fondamentale rispetto al tema in esame, permettendoci di confrontare la normativa italiana sul tema dei controlli e la sua attuazione nelle società del Testo Unico rispetto alle *best practices* internazionali secondo il modello della *compliance* verificando in quali ambiti questa aderisce alle suddette e in quali il sistema sia da implementare, consentendo, potremmo dire “un controllo sul controllo”. Le linee guida OCSE, infatti, sono da utilizzare come un *benchmark* che permette di misurare “la qualità” del controllo approntato nelle società controllate e partecipate dallo Stato, delineando quattro livelli in cui inquadrare ogni aspetto della *corporate governance* e rispetto ai quali misurare il livello di *compliance*. Il sistema si definisce, alternativamente, *compliant* laddove ci sia una perfetta aderenza rispetto alle *best practices* internazionali, *largely compliant* se sono ravvisabili solamente moderate divergenze, *non compliant* nei casi in cui il discostamento tra i modelli sia considerevole ed infine *not applicable* laddove non sia possibile applicare le *best practices* alla luce del tessuto normativo dello Stato di riferimento.¹²⁵

Come accennato in precedenza in merito all’obbligo di separazione contabile per le società controllate dallo Stato, previsto dall’articolo 6, co. 2 del testo legislativo, il tema del monitoraggio attraverso i documenti contabili degli enti societari in esame assume un ruolo rilevante rispetto al sistema dei controlli considerata la provenienza pubblica delle risorse impiegate. I capitali investiti dallo Stato nelle società partecipate o controllate, come si è già ricordato, devono considerarsi strumentali al raggiungimento di finalità di interesse collettivo. Queste, a loro volta, devono essere riportate nella Relazione sul governo societario di cui al co. 4 dell’articolo 6, che permette di valutarne all’esterno la validità e, in definitiva, permette di “misurare” la *performance* aziendale, verificando quindi se gli obiettivi prefissati sono stati raggiunti o meno.¹²⁶ Il controllo qui descritto, non a caso, incide sull’ambito della *performance* e rispetto a questo l’International Public Sector Accounting Standards Board (di seguito a tale organismo ci si riferirà anche semplicemente come IPSASB) richiede che nel bilancio annuale delle partecipate vengano riportati i criteri sulla base dei quali misurare questo aspetto, le finalità per le quali le risorse sono impiegate e i relativi costi.¹²⁷ I *performance indicators*, in particolare, non devono essere immaginati necessariamente come criteri finanziari, potendo anche avere contenuto descrittivo nei casi in cui la tipologia del servizio fornito dalla società lo richieda.¹²⁸ Tuttavia, nonostante questa flessibilità del modello, rispetto a tale obbligo la normativa italiana deve definirsi *non compliant*:¹²⁹ non si ravvisa la presenza di disposizioni che impongano un tale livello di trasparenza nel bilancio delle società partecipate o controllate dalla Pubblica Amministrazione, tale da rendere possibile la

¹²⁵ F. Capalbo, “La compliance della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE”, in (opera diretta da) F. Auletta, “I controlli nelle società pubbliche” (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo IX, pg. 261.

¹²⁶ F. Capalbo, “La compliance della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE”, in (opera diretta da) F. Auletta, “I controlli nelle società pubbliche” (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo IX, pg. 263.

¹²⁷ Tali indicazioni sono contenute nelle *Recommended Practice Guideline n. 3/2015* emanate per le “Government Business Enterprises” riferendosi, con tale dicitura, alle società nelle quali vengono impiegate risorse pubbliche e che giustificano per questo l’adozione di misure rafforzate in tema di disclosure sugli obiettivi aziendali.

¹²⁸ I *performance indicators* sono definiti non solo come “quantitative measures, qualitative measures” ma anche come “qualitative descriptions of the nature and extent to which an entity is using resources, providing services, and achieving its service performance objectives” (IPSASB, “Recommended Practice Guideline n. 3/2015”, pg. 5).

¹²⁹ F. Capalbo, “La compliance della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE”, in (opera diretta da) F. Auletta, “I controlli nelle società pubbliche” (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo IX, pg. 265.

misurazione puntuale della *performance* che rappresenta il settore rispetto al quale i controlli sono meno aderenti al modello internazionale.¹³⁰ A conferma di quanto appena sostenuto, si registra una carenza nei bilanci delle partecipate delle indicazioni circa i supporti forniti dalla Pubblica Amministrazione in ragione di specifici accordi tra queste parti, informazione che l'OCSE ritiene debba essere fornita in modo dettagliato¹³¹ e rispetto alla quale è previsto, nel nostro ordinamento, solamente un obbligo di indicazione separata di contributi i conto di esercizio e in conto capitale con relativa descrizione in nota integrativa delle garanzie di terzi.¹³²

Il quadro appena delineato che vede la nostra normativa non aderire alle *best practice* internazionali, non deve scoraggiare. Se è vero che con riguardo all'ambito del controllo della *performance* aziendale l'ordinamento italiano pare *non compliant*, ciò non si verifica rispetto alle *best practices* in materia di *governance*, rispetto alle quali il confronto ha un esito positivo.¹³³ In ragione della particolare rilevanza di questo profilo ai fini della trattazione seguente in merito ai controlli atti a prevenire il verificarsi di fattispecie corruttive, si esamina specificatamente l'ambito dell'individuazione dei rischi nei quali la società partecipata o controllata può incorrere nella gestione delle sue attività e le misure necessarie per fronteggiarli. La fase di "mappatura del rischio", come si vedrà, permette alla società di valutare i settori più esposti al verificarsi di fenomeni corruttivi e costituisce un primo fondamentale *step* nella strutturazione di adeguati presidi di controllo finalizzati alla prevenzione degli stessi. Non a caso, infatti, sia il codice civile che il d.lgs. 175/2016 impongono agli enti societari di predisporre un sistema di controlli adeguati, idoneo a rispondere all'eventualità che tali problematiche insorgano.

Per quanto riguarda le società partecipate, è l'articolo 2428 c.c. a prevedere la necessità che le imprese identifichino i principali rischi connessi alle attività svolte nella Relazione sul governo societario, analisi che deve essere l'organo amministrativo a compiere.¹³⁴ Il Testo Unico, invece, nel già citato articolo 6, impone alle società a controllo pubblico che vengano predisposti programmi di valutazione del rischio aziendale,¹³⁵ disposizione che verrà diffusamente esaminata in seguito, nell'ambito della trattazione sulla prevenzione della corruzione in queste realtà societarie. La normativa italiana può dirsi in definitiva *compliant* rispetto al modello OCSE, laddove questo raccomanda di individuare tutti i "*financial and operational risks*" approntando un sistema che permetta di prevenirli attraverso l'istituzione di adeguati meccanismi e procedure.¹³⁶

¹³⁰ F. Capalbo, "La compliance della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE", in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo IX, pg. 281.

¹³¹ Nelle Guidelines del 2015 emanate dall'OCSE si precisa che "*sharing mechanisms between the state and SOEs are appropriately disclosed*" indicando dettagliatamente in questa sezione come debbano essere adempiuti gli obblighi di trasparenza in materia di aiuti di Stato (OCSE, "Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprise", 2015, pg. 64-65.)

¹³² F. Capalbo, "La compliance della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE", in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo IX, pg. 267.

¹³³ F. Capalbo, "La compliance della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE", in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo IX, pg. 268.

¹³⁴ Codice Civile, art. 2428.

¹³⁵ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 6 co 2.

¹³⁶ OCSE, "Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprise", 2015, pg. 70.

L'articolo 3 del Testo Unico, inoltre, costituisce la disposizione che segna l'adesione della normativa italiana rispetto alle *best practices* delineate dall'OCSE in tema di revisione e controllo. L'Organismo internazionale enfatizza l'importanza che le società partecipate e controllate dallo Stato siano monitorate anche da un revisore esterno. In questo senso, l'introduzione della disposizione in esame ha definitivamente stabilito che nelle società a responsabilità controllate dal socio pubblico sia obbligatorio istituire un organo di controllo ed ha escluso la possibilità che la revisione legale dei conti venga affidata al collegio sindacale laddove l'ente sia costituito in forma di società per azioni.¹³⁷ Come ulteriore garanzia rispetto alla funzione di *audit*, il Testo Unico ha introdotto gli strumenti già esaminati in precedenza e previsti dall'articolo 6, così confermando l'intenzione del legislatore nel conformarsi pienamente alle raccomandazioni internazionali.

In conclusione, pare opportuno focalizzarsi sul sistema dei controlli predisposto per le società quotate per due ragioni. La prima è di semplice deduzione: tra gli enti partecipati e controllati ci sono anche società di questo tipo ed è quindi ragionevole esaminare anche il sistema dei controlli approntato in queste. Il secondo motivo, invece, è di ordine "accademico": come si è già accennato, il legislatore del Testo Unico si è ispirato alla regolamentazione di queste per le garanzie di indipendenza dei soggetti deputati al monitoraggio soprattutto nelle società controllate e studiando questa disciplina è possibile comprendere al meglio anche la *ratio* dei controlli previsti dal d.lgs. 175/2016. Quanto appena sostenuto è comprensibile in ragione della similitudine di intenti perseguiti dal legislatore nella disciplina delle due materie, entrambi coincidenti con la necessità di riordinare la regolamentazione dei controlli delle società.¹³⁸

In ragione di ciò, il sistema di monitoraggio delle imprese quotate trova oggi fondamento normativo nel Testo Unico Finanziario (per brevità nel proseguo indicato semplicemente come TUF) e nel Codice di Autodisciplina,¹³⁹ fonte quest'ultima a cui ci si riferirà più diffusamente in questa fase conclusiva della trattazione sui controlli interni aziendali in ragione di alcune previsioni in esso contenute particolarmente rilevanti rispetto al tema trattato. Queste ultime, si precisa, assumo il carattere di "raccomandazioni", sottolineando con tale termine il loro carattere di *best practices* e la circostanza per la quale, laddove si decida di non conformarsi al loro contenuto, l'organo amministrativo deve motivare tale scelta nella Relazione sul governo societario in osservanza del già esaminato principio di *comply or explain*.¹⁴⁰

Il Codice pone al centro del sistema aziendale il consiglio di amministrazione, prevedendo la necessità che al suo interno ci siano almeno due amministratori indipendenti e non esecutivi¹⁴¹ che possano assicurare la

¹³⁷ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 3.

¹³⁸ F. Riganti, "I controlli interni nelle società pubbliche quotate", in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo VIII, pg. 222.

¹³⁹ Il Codice di Autodisciplina è stato emanato nel 1999 e riformato nel 2011. Nel 2015 è stata approvata una versione aggiornata fino a giungere alla versione a cui ci si riferisce in questa trattazione, quella approvata dal Comitato per la Corporate Governance (Borsa Italiana) nel dicembre del 2019 e pubblicato nel gennaio del 2020. Il Codice è consultabile al seguente link: <https://www.borsaitaliana.it/comitato-corporate-governance/codice/2020.pdf>.

¹⁴⁰ Codice di Autodisciplina (Comitato per la Corporate Governance, 2020), pg. 1.

¹⁴¹ Codice di Autodisciplina (Comitato per la Corporate Governance, 2020), pg. 7.

correttezza della gestione e delle deliberazioni dell'organo.¹⁴² In ragione della necessità di assicurare un controllo così pervasivo delle decisioni adottate dal consiglio di amministrazione, il Codice di Autodisciplina prevede che all'interno dell'organo venga designato il Comitato controllo e rischi la cui denominazione è già esplicativa rispetto alle funzioni da questo svolte. L'organismo endoconsiliare, infatti, ha il compito di monitorare ulteriormente l'operato del consiglio di amministrazione rispetto alle decisioni da questo assunte in tema di controlli interni aziendali, mappatura dei rischi e sulle relazioni finanziarie e gestorie,¹⁴³ redatte con la finalità di informare il collegio sindacale sulle deliberazioni assunte per garantire una corretta gestione e sulle motivazioni del suo operato. Il flusso informativo tra l'organo di controllo e il comitato in discorso, infatti, deve essere tempestivo e completo al fine di garantire l'effettività e costanza del monitoraggio in ragione del quale si prevede anche che il Presidente del primo collabori attivamente con il secondo.¹⁴⁴

Soffermando lo sguardo su quanto appena sostenuto, sembra opportuno evidenziare come il Comitato in discorso operi un "controllo sul controllo": tra le sue funzioni principali si annovera quella di supportare e monitorare il consiglio di amministrazione nelle decisioni circa il controllo interno, a testimonianza della ratio garantista per la quale la costituzione del comitato stesso è stata prevista. In ragione di quanto appena detto, il Codice di Autodisciplina prescrive che questo debba essere composto interamente da amministratori non esecutivi, almeno in maggioranza indipendenti e che il Presidente debba possedere a sua volta tale caratteristica.¹⁴⁵ A questo punto della trattazione risulta chiaro come la normativa, sia di rango primario che secondario, ponga l'accento sulla necessità che il monitoraggio venga svolto da soggetti indipendenti a garanzia della correttezza e serietà del controllo stesso. Il Codice di Autodisciplina definisce il requisito dell'indipendenza "in negativo", elencando le situazioni al ricorrere delle quali un amministratore non possa essere definito tale e che comprendono, ad esempio, quella in cui il soggetto sia azionista "*significativo*" dell'impresa,¹⁴⁶ o il caso in cui questo abbia ricoperto la carica amministrativa per più di nove esercizi negli ultimi dodici.¹⁴⁷

Tra i presidi di monitoraggio interno previsti dal Codice di Autodisciplina e che si aggiungono rispetto a quelli previsti dal codice civile per gli enti societari, merita attenzione anche la figura del "Responsabile della funzione di *internal audit*" (RIA) cui spetta il compito di verificare la conformità del controllo rispetto alle decisioni sul tema assunte dall'organo amministrativo.¹⁴⁸ Nel proseguo di questa trattazione che si occuperà della disciplina del d.lgs. 231/2001 si vedrà come il Responsabile sia funzionalmente collegato all'Organismo di Vigilanza, per il monitoraggio da esso svolta che suggerisce la possibilità che sia nominato proprio fra i componenti di quest'ultimo. Per svolgere adeguatamente il compito a lui affidato, la figura in esame redige

¹⁴² F. Riganti, "*I controlli interni nelle società pubbliche quotate*", in (opera diretta da) F. Auletta, "*I controlli nelle società pubbliche*" (Zanichelli, 2017), Parte III, Capitolo VIII, pg. 229.

¹⁴³ Codice di Autodisciplina (Comitato per la Corporate Governance, 2020), Raccomandazione n. 32 lett. c), pg. 18.

¹⁴⁴ Codice di Autodisciplina (Comitato per la Corporate Governance, 2020), Raccomandazione n. 37, co. 2, pg. 20.

¹⁴⁵ Codice di Autodisciplina (Comitato per la Corporate Governance, 2020), Raccomandazione n. 35, pg. 19.

¹⁴⁶ Codice di Autodisciplina (Comitato per la Corporate Governance, 2020), Raccomandazione n. 7, lett. a), pg. 8.

¹⁴⁷ Codice di Autodisciplina (Comitato per la Corporate Governance, 2020), Raccomandazione n. 7, lett. e), pg. 8.

¹⁴⁸ Codice di Autodisciplina (Comitato per la Corporate Governance, 2020), Raccomandazione n. 32, lett. d), pg. 18.

annualmente un Piano di Audit che è destinato a passare il vaglio del giudizio del consiglio di amministrazione e che descrive operato e obiettivi di tale funzione aziendale.¹⁴⁹ Al fine di assicurare l'efficacia del suo lavoro, infatti, è previsto che il responsabile informi e venga informato tempestivamente degli accadimenti societari rilevanti ai fini della pianificazione di futuri interventi sempre nell'ottica di implementazione della funzione di controllo da questo svolta.¹⁵⁰ Perché il sistema di monitoraggio interno sia efficace, inoltre, è necessario che gli organi collaborino. In ragione di ciò, il Codice di Autodisciplina si preoccupa di definire come anche il responsabile dell'*internal audit* e il comitato controllo e rischi debbano cooperare. In particolare, l'organismo interno al consiglio di amministrazione ha l'ulteriore compito di verificare che il RIA svolga adeguatamente la funzione ad esso affidata e ha facoltà di richiedere che questo operi rispetto a specifiche problematiche insorte, portando a conoscenza contestualmente il Presidente del collegio sindacale di quanto richiesto¹⁵¹ in questo modo "chiudendo il cerchio" del sistema del controllo, caratterizzato come si può notare ancora una volta, dal flusso informativo endosocietario.

Sulla base del quadro appena delineato concernente il Comitato controllo e rischi e il responsabile per l'*internal audit*, le loro funzioni e caratteristiche principali, possiamo constatare come il legislatore del Testo Unico si sia ispirato a tali organismi per la previsione di cui all'articolo 6 del d.lgs. 175/2016 nella parte in cui dispone circa l'ufficio per il controllo interno, a mente della funzione svolta da quest'ultimo di intermediazione e supporto degli organi amministrativo e di controllo e di garanzia della correttezza ed efficacia del sistema di monitoraggio interno societario. Quanto appena ricordato, conferma quanto sostenuto in apertura della trattazione sulle società quotate in merito alla vicinanza di intenti e di risultati del legislatore del TUF e del Codice di Autodisciplina da una parte e del Testo Unico sulle società pubbliche e partecipate dall'altra.

In conclusione, non si può non riflettere nuovamente su come la necessità di garantire un controllo efficace all'interno delle società quotate così come "tradotta" nelle norme sopra esaminate abbia guidato anche il legislatore del d.lgs. 175/2016 seppur in quest'ultimo caso la finalità cui tali garanzie rispondono risulta differente rispetto a quella perseguita per le imprese con quotazioni in Borsa. Per le società del Testo Unico, come già più volte affermato, la necessità di approntare un sistema di controllo efficiente coincide con quella di proteggere gli interessi pubblici per il perseguimento dei quali lo Stato opera nei panni di imprenditore e per assicurare che le risorse pubbliche impiegate siano gestite per le finalità suddette. La differenza di intenti, però, non osta all'adozione di misure e garanzie simili nelle due legislazioni, a testimonianza della duttilità dello strumento normativo, che sa adattarsi ai diversi interessi da proteggere e alle esigenze di tutela che le diverse strutture normative impongono.

¹⁴⁹ Price Waterhouse and Coopers, "*Internal Auditing nelle società quotate - Approfondimenti sull'informativa fornita al mercato*" (ed. III) reperibile al link: <https://www.pwc.com/it/it/services/audit-assurance/assets/docs/internal-audit-survey.pdf>, pg. 23.

¹⁵⁰ Price Waterhouse and Coopers, "*Internal Auditing nelle società quotate - Approfondimenti sull'informativa fornita al mercato*" (ed. III) reperibile al link: <https://www.pwc.com/it/it/services/audit-assurance/assets/docs/internal-audit-survey.pdf>, pg. 27.

¹⁵¹ Price Waterhouse and Coopers, "*Internal Auditing nelle società quotate - Approfondimenti sull'informativa fornita al mercato*" (ed. III) reperibile al link: <https://www.pwc.com/it/it/services/audit-assurance/assets/docs/internal-audit-survey.pdf>, pg. 35.

1.2 I controlli nel contesto della crisi di impresa per le società pubbliche

L'emanazione del Testo Unico in materia di società pubbliche e a partecipazione pubblica ha avuto, fra gli altri, il merito di fissare normativamente l'assoggettabilità delle società in esame al regime delle crisi di impresa valevole per gli enti societari di diritto comune. L'articolo 14 del d.lgs. 175/2016, infatti, nella sua versione aggiornata a seguito delle modificazioni intervenute con il d.lgs. 100/2017, afferma il principio secondo cui alle società a partecipazione pubblica sono applicabili le norme di diritto fallimentare inerenti le procedure concorsuali comprese, laddove ci siano i presupposti, quelle di amministrazione straordinaria.¹⁵²

La disposizione normativa in esame ha risposto quindi all'esigenza di fugare ogni dubbio in merito alla possibilità che le società partecipate dal socio pubblico potessero sfuggire alla disciplina delle procedure concorsuali, orientamento che si era affermato prima dell'emanazione del Testo Unico sulla base di un duplice argomento: da un lato la considerazione che gli enti in questione svolgessero servizi pubblici essenziali, i quali avrebbero subito una possibile interruzione a causa delle procedure concorsuali, e dall'altro il pericolo che attraverso queste venisse posta in secondo piano la finalità collettiva delle attività a favore di una prospettiva orientata al soddisfacimento dei creditori.¹⁵³

L'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali è stata affermata dalla Corte di Cassazione in forza della considerazione che, seppure l'ente svolga un'attività di interesse collettivo e sebbene vi sia nella sua compagine societaria un socio avente natura pubblicistica, ciò che impone che in caso di insolvenza la crisi sia affrontata con gli strumenti di diritto comune è la struttura organizzativa tipica delle società del codice civile ed in forza di questa debba essere assicurata sempre la solvenza nei confronti dei creditori.¹⁵⁴

Stabilita l'applicabilità alle società del Testo Unico del fallimento e delle altre procedure di insolvenza, giova qui ricordare che la materia della trattazione si declinerà in questa fase con riguardo ai controlli preventivi ed interni per fronteggiare il rischio di insolvenza nelle società che svolgono attività di interesse collettivo e per le quali, come si sa, è fondamentale garantire una corretta amministrazione delle risorse economiche pubbliche.

A questo proposito, il Testo Unico si preoccupa di stabilire la necessità che vengano predisposti “*programmi di valutazione del rischio*” di crisi aziendale¹⁵⁵ che rispondo proprio a questa esigenza, quella di garantire una prevenzione dell'eventuale costituirsi di uno stato di insolvenza e la cui strutturazione rientra, come è naturale concludere, nel più ampio dovere di corretta amministrazione degli enti partecipati. Sulla base di tali programmi, laddove emergano indicatori circa lo stato di crisi aziendale imminente, è obbligo della società

¹⁵² D.Lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 14, co. 1.

¹⁵³ G. Guizzi, M. Rossi, “*La crisi di società a partecipazione pubblica*” in R. Garofoli, A. Zoppini, “*Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica*” (Nel Diritto Editore, 2018), pg. 594.

¹⁵⁴ Corte di Cass., I sez., 27 settembre 2013, n. 22209.

¹⁵⁵ D.Lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 6, co. 2.

adottare provvedimenti idonei a fronteggiarli in tempo,¹⁵⁶ per evitare l'aggravarsi dello stato di insolvenza. Sono i cosiddetti "*piani di risanamento*" su cui questa trattazione si focalizzerà in una seconda fase e che costituiscono il momento attuativo dei preventivi programmi di valutazione del rischio.¹⁵⁷

È proprio dall'analisi di tali programmi che conviene partire per analizzare i doveri di monitoraggio sui rischi di insolvenza cui devono adempiere le società in discorso, senza tralasciare le ultime novità sorte in materia di procedure per l'emersione e la composizione della crisi nel nuovo "*Codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*" (d.lgs. 14/2019 che accoglie le novità della l. 155/2017) che ha riformato la materia e al quale è d'obbligo riferirsi per delineare un quadro completo ed aggiornato dei controlli di questa specie.

I documenti societari sopramenzionati sono da intendersi come veri e propri strumenti di controllo. Per strutturarli in modo adeguato, infatti, è naturalmente necessario che venga operata un'analisi della situazione societaria anche in virtù di una visione "dinamica" della stessa: i programmi di valutazione del rischio, avendo la funzione di prevenire lo stato di crisi, devono necessariamente prendere in considerazione non soltanto l'assetto finanziario e societario attuale dell'ente a cui si riferiscono ma anche, e soprattutto, gli sviluppi futuri degli stessi parametri in modo da riuscire a prevedere, e quindi prevenire, eventuali stati di insolvenza. Prima di procedere all'esame del contenuto di tali strumenti, quindi, conviene precisare che il sistema previsto dagli articoli 6 e 14 del Testo Unico configura dei veri e propri doveri di monitoraggio e prevenzione da parte degli amministratori.¹⁵⁸ Proprio in ragione del sistema di controllo sviluppato attraverso i programmi di valutazione del rischio, inoltre, è possibile concludere che questi svolgano molteplici funzioni. In primo luogo, hanno certamente un contenuto informativo per l'Assemblea societaria in merito alle attività svolta dall'impresa e, soprattutto, ai potenziali rischi che questa incorre nella gestione delle stesse ed inoltre costituiscono il fondamento di successivi adempimenti da parte degli organi amministrativi nel caso in cui la temuta situazione di insolvenza risulti prospettabile.¹⁵⁹

In merito al contenuto dei programmi, deve da subito sottolinearsi come nel testo legislativo manchi una previsione che consenta di delineare come debba essere condotta l'analisi del rischio e tale lacuna è stata analizzata da autorevole dottrina nelle sue negative implicazioni, in particolare con riguardo al pericolo di eventuali sprechi di risorse economiche nelle società di piccole dimensioni, dove la valutazione possa essere condotta più sommariamente.¹⁶⁰

Nella prassi, tuttavia, è stato possibile delineare le caratteristiche fondamentali che i programmi devono rispettare. Prima di tutto, in ragione della funzione primaria di controllo dell'attività societaria svolta da questi

¹⁵⁶ D.Lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 14, co. 2.

¹⁵⁷ F. Ciaralli, "*Prime considerazioni sulla nuova disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche*" (Luiss Law Review n. 1/2017), pg. 72.

¹⁵⁸ D'Attore G., "*I Piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*" in IPSOA, "*Il Fallimento e altre procedure concorsuali*", n. 2/2018 (Wolters Kluwer 2018).

¹⁵⁹ E. Sciarra, "*L'insolvenza delle società partecipate a un anno dal T.U.*" ("*Aperta Contrada*", 2017), pg. 15.

¹⁶⁰ M. Libertini, "*I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*" in "federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo", n. 2/2016, pg. 12.

documenti, l'analisi dello stesso rischio ne costituisce certamente la parte essenziale. A questi fini, inoltre, non può considerarsi sufficiente identificarlo ma sarà necessario "misurarlo", affinché il monitoraggio possa dirsi adeguato ed efficace.¹⁶¹ La dottrina ha inoltre specificato che l'analisi del rischio vada operata sotto un duplice profilo, da una parte considerando a quale categoria tipologica possono essere ricondotti tali rischi e dall'altra valutando gli stessi dal punto di vista qualitativo. È cosa diversa, infatti, prevedere l'emersione di un rischio di tipo finanziario da uno legato all'attività lavorativa quotidiana, così come deve esser diversa l'analisi di una vera e propria insolvenza rispetto alla previsione di una temporanea impossibilità di ripagare i creditori.¹⁶²

L'articolo 6 co. 2 del Testo Unico in materia di società pubbliche e partecipate contiene la previsione legislativa che costituisce il fondamento giuridico della predisposizione dei programmi di valutazione del rischio e rimanda, con un finale rinvio, alla Relazione sul governo societario quale strumento attraverso il quale esporre il contenuto dei programmi stessi.¹⁶³ La Relazione, già menzionata in precedenza con riguardo alle scelte di *corporate governance* qui motivate, deve essere pubblicata insieme al bilancio e deve quindi intendersi come comprensiva dei programmi di valutazione del rischio per le società del Testo Unico.¹⁶⁴ A norma dell'articolo 14 co. 2 del d.lgs. 175/2016, inoltre, la seconda fase delle procedure di controllo qui esaminate consistente nell'adozione dei piani di risanamento, trova il suo momento d'inizio nell'emersione degli "indicatori di crisi aziendale" a loro volta previsti nei programmi.¹⁶⁵ Questa previsione ci consente di definire l'analisi dei parametri sopramenzionati come un contenuto necessario dei documenti di valutazione, parte integrante della Relazione.

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (di seguito anche CNDCEC) ha delineato, in questo senso, precise indicazioni che possono essere considerate *best practices* in merito all'individuazione degli indicatori di crisi aziendale. Come precedentemente ricordato, i programmi di valutazione del rischio fanno parte della Relazione sulla gestione e sono da pubblicare, quindi, insieme al bilancio. Non a caso, infatti, è proprio dal contenuto del documento contabile che il CNDCEC parte per individuare gli indicatori da inserire nell'analisi del rischio. Il principio non deve trarre in inganno: la valutazione di quest'ultimo, ricorda il Consiglio, non deve essere una semplice ripresa degli indici di bilancio ma comporta necessariamente un'interpretazione degli stessi in funzione delle attività svolte dalla società in modo tale da "attualizzare" gli stessi dati meramente economici.¹⁶⁶

¹⁶¹ G. Guizzi, M. Rossi, "La crisi di società a partecipazione pubblica" in R. Garofoli, A. Zoppini, "Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica" (Nel Diritto Editore, 2018), pg. 602.

¹⁶² P. Montalenti, "La Gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale" (RDS, 2011), pg. 827 ss.

¹⁶³ D.Lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 6, co. 4.

¹⁶⁴ E. Sciarra, "L'insolvenza delle società partecipate a un anno dal T.U." ("Aperta Contrada", 2017), pg. 15.

¹⁶⁵ D.Lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 14, co. 2.

¹⁶⁶ CNDCEC, "Relazione sul governo societario: criteri per il corretto monitoraggio del rischio di crisi d'impresa", in Ipsoa Quotidiano (Wolters Kluwer 2019) reperibile in formato digitale al link: <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/contratti-dimpresa/quotidiano/2019/03/08/relazione-governo-societario-criteri-corretto-monitoraggio-rischio-crisi-impresa#>, pg. 1.

Ad avviso del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili deve essere sottolineata l'importanza, tra gli altri indici, del “*Debt Service Coverage Ratio*” (DSCR) che esprime il rapporto fra i flussi finanziari liberi per coprire l'eventuale debito societario e il debito stesso e che è in grado di fornire indicazioni circa l'equilibrio finanziario dell'ente: se il rapporto è superiore all'unità (il valore del rapporto deve essere superiore ad 1) allora la società può considerarsi “fuori pericolo” per quanto concerne il rischio di insolvenza.¹⁶⁷ Tuttavia, come è facile comprendere sulla base di quanto detto in precedenza, un indicatore non è certamente sufficiente per analizzare in modo completo il rischio di insolvenza nei programmi. Il CNDCEC, per questo motivo, raccomanda di riportare nei documenti di valutazione del rischio anche altri indicatori, finalizzati a determinare il patrimonio netto, la leva finanziaria e “*la capacità economica di sostenimento del costo dell'indebitamento*”¹⁶⁸ poiché solamente attraverso un'analisi incrociata di una molteplicità di indicatori può essere assicurato un monitoraggio adeguato dell'assetto economico dell'ente di riferimento. Ciò non vuol dire, ad avviso del CNDCEC, che l'adeguatezza di un programma di valutazione del rischio si basi solamente sul numero degli indicatori presentati. È irrilevante, e controproducente, presentare l'analisi di un numero eccessivo di indici laddove questi non siano significativi ai fini della valutazione del rischio e, al contrario, la presenza di un numero di indicatori molto superiore a quello che risulta utile rispetto alla realtà societaria, da valutare soprattutto con riguardo alle dimensioni dell'impresa, rischierebbe di minare l'efficienza del sistema di controllo stesso.¹⁶⁹ In conclusione pare opportuno ricordare un principio che costituisce il *fil rouge* della trattazione: qualsiasi sistema di controllo, nella sua strutturazione, deve “fare i conti” con la realtà societaria a cui si riferisce. Così, quelli che si studiano in questa sede devono tenere in considerazione da un lato l'interesse collettivo sotteso all'attività delle imprese del Testo Unico e dall'altro la provenienza pubblica delle risorse utilizzate ma, all'interno delle singole realtà, i sistemi di monitoraggio andranno poi adeguati seguendo diversi parametri che consentono di renderli sempre efficaci nella gestione quotidiana.

La definizione degli indicatori di crisi aziendale all'interno dei programmi di valutazione del rischio, come è stato accennato in precedenza, è funzionale alla seconda fase delle procedure di controllo in materia di crisi delle società partecipate o controllate dal socio pubblico. Come prescritto dall'articolo 14 co. 2 del d.lgs. 175/2016, infatti, laddove sulla base degli indicatori sia prevedibile o stia emergendo uno stato di crisi, vige l'obbligo di adottare adeguati piani di risanamento.¹⁷⁰ L'adozione di tali provvedimenti è resa un dovere dalla previsione contenuta nello stesso articolo secondo cui, laddove l'organo preposto non si attivi in tal senso, si determinerà una situazione di grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 c.c.¹⁷¹ che è dunque punibile con

¹⁶⁷ CNDCEC, “*Relazione sul governo societario: criteri per il corretto monitoraggio del rischio di crisi d'impresa*”, in Ipsos Quotidiano (Wolters Kluwer 2019) reperibile in formato digitale al link: <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/contratti-dimpresa/quotidiano/2019/03/08/relazione-governo-societario-criteri-corretto-monitoraggio-rischio-crisi-impresa#>, pg. 1.

¹⁶⁸ CNDCEC, “*Relazione sul governo societario: criteri per il corretto monitoraggio del rischio di crisi d'impresa*”, in Ipsos Quotidiano (Wolters Kluwer 2019) reperibile in formato digitale al link: <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/contratti-dimpresa/quotidiano/2019/03/08/relazione-governo-societario-criteri-corretto-monitoraggio-rischio-crisi-impresa#>, pg. 2.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ D.Lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 14, co. 2.

¹⁷¹ D.Lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 14, co. 3.

la revoca dei componenti amministrativi e fa sorgere in capo agli stessi responsabilità rispetto al danno patrimoniale eventualmente arrecato alla società.¹⁷²

Occorre precisare che il legislatore non descrive come debba essere strutturato un adeguato piano di risanamento ma prevede un limite ben preciso: il ripianamento delle perdite, seppur corredato da misure tese ad “assicurare” economicamente il capitale sociale, non è considerabile come un provvedimento adeguato a meno che, ed è l’unica eccezione prevista dalla norma, la misura economica non sia accompagnata da un piano di ristrutturazione aziendale.¹⁷³ Questo passaggio della disposizione pone un importante principio, già desumibile da quanto detto finora ma che qui giova ribadire. I piani di risanamento, infatti, per essere considerati adeguati ed efficaci devono rientrare necessariamente in un panorama di provvedimenti più ampio e, più in generale, essere emanati nell’ambito di un sistema di monitoraggio continuo ed aggiornato delle attività societarie perché solamente così sarà possibile fare in modo che questi costituiscano una pronta risposta alla emergente situazione di insolvenza.¹⁷⁴

A questo punto della trattazione sorge la necessità di definire cosa si intenda con “insolvenza” o “stato di crisi” in ragione del fatto che solamente conoscendo le condizioni alle quali tali piani di risanamento debbano essere attivati si è grado di valutare se essi sono stati adottati “in tempo” e l’organo amministrativo non sia incorso in grave irregolarità ai sensi dell’articolo 2409 c.c. Si inseriscono, su questo tema, le novità apportate dal nuovo Codice delle crisi d’impresa e dell’insolvenza che diverranno effettive nel prossimo futuro e che hanno avuto, tra gli altri, il merito di ampliare il concetto di “*stato di crisi*”¹⁷⁵ rispetto a ciò che era previsto dalla precedente legge fallimentare.¹⁷⁶

La nozione previgente trovava il suo fondamento dal combinato disposto dell’articolo 5 L.Fall. a norma del quale veniva identificato lo stato di crisi come quello in cui l’impresa risulta insolvente e dall’articolo 160 L.Fall. co. 3,¹⁷⁷ che specifica che la situazione immediatamente precedente all’insolvenza è da considerarsi rientrante nello stato di crisi. Per le società del Testo Unico, tuttavia, la nozione non poteva dirsi coincidente a quella precedente alla riforma Rordorf (d.lgs. 14/2019). Dal dettato normativo degli articoli 6 e 14 del d.lgs. 175/2016, infatti, emerge come gli strumenti approntati dal testo legislativo siano da attivare in un momento antecedente rispetto all’immediato approssimarsi dell’insolvenza, andando a qualificarsi come veri e propri strumenti preventivi che estendono la nozione di “*stato di crisi*” facendola risalire al momento in cui l’adozione di questi stessi risulta necessaria.¹⁷⁸ Nel panorama delineato si inserisce la riforma del diritto

¹⁷² F. Fimmanò, “*Insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento*” in (a cura di) F. Fimmanò, A. Catricalà “*Le società pubbliche*” (Universitas Mercatorum Press 2017), Tomo II, pg. 718.

¹⁷³ D.Lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 14, co. 4.

¹⁷⁴ D’Attore G., “*I Piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*” in IPSOA, “*Il Fallimento e altre procedure concorsuali*”, n. 2/2018 (Wolters Kluwer 2018).

¹⁷⁵ L. 155/2017, art. 2.

¹⁷⁶ Legge Fallimentare (così come modificata dal d.l. 273/2005 convertito con legge l. 51/2001, art. 160, ult. co.), art. 5.

¹⁷⁷ R.D. 273/1942, così come modificato dalla l. 51/2006 con l’art. 36.

¹⁷⁸ G. Guizzi, M. Rossi, “*La crisi di società a partecipazione pubblica*” in R. Garofoli, A. Zoppini, “*Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica*” (Nel Diritto Editore, 2018), pg. 605.

fallimentare, emanata con l. 155/2017 e codificata nel d.lgs. 14/2019 che ha avuto, fra gli altri, il merito di ridisegnare i confini della nozione di crisi societaria. Nel testo legislativo in esame, infatti, vengono introdotte per le società di diritto comune le “procedure di allerta”, strumenti che hanno come loro scopo principale quello di prevenire l’emergere dello stato di insolvenza e che, attraverso la loro adozione, segnano l’inizio delle operazioni societarie finalizzate a fronteggiare la crisi.¹⁷⁹ Non sfugge certamente come la nuova disciplina in merito al perimetro della crisi di impresa sembri convergere verso quanto stabilito, nel 2016, dal Testo Unico in discorso. Le procedure di allerta, infatti, sembrano poter essere facilmente paragonate ai programmi di valutazione del rischio e ai piani di risanamento già esaminati per le società partecipate e controllate dal socio pubblico, assurgendo entrambe le disposizioni normative alla finalità di prevenzione dell’insolvenza e di composizione della crisi in ragione del dovere di corretta amministrazione.¹⁸⁰

Appare opportuno in questa sede soffermarsi sulla nuova disciplina della crisi di impresa introdotta dal nuovo Codice, in particolare con riguardo alle procedure di allerta sopramenzionate che rispondono alla logica del controllo societario e che, dunque, non possono non essere materia di questa trattazione. In ragione della specificità del tema esaminato, si analizza l’incidenza che la codificazione di queste potrebbe esercitare sulla disciplina delle società del d.lgs. 175/2016, nell’ottica di verificare in che rapporto debbano intendersi le due regolamentazioni in materia di prevenzione dello stato di insolvenza.

Le procedure di allerta trovano compiuta regolamentazione nel Titolo II del d.lgs. 14/2019, emblematicamente rubricato “*Procedure di allerta e composizione assistita della crisi*” e che contiene le disposizioni rilevanti in materia. L’articolo 12 del predetto testo legislativo, infatti, delinea il sistema di prevenzione dell’insolvenza del nuovo Codice sulla base di “*indizi di crisi dell’impresa*” e “*sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione*”¹⁸¹ ad indicare, in apertura, che anche nel caso delle società di diritto comune la nuova disciplina sarà predisposta alla previsione del futuro stato di crisi sulla base di indicatori modellati sulle singole realtà societarie e su provvedimenti adeguati a fronteggiare la potenziale insolvenza.¹⁸² Tuttavia, a differenza di quanto avviene nel dettato del Testo Unico, nel nuovo Codice delle crisi d’impresa il legislatore individua quali siano gli indicatori rispetto ai quali valutare lo “stato di salute” economico della società,¹⁸³ da pubblicare nella nota integrativa allegata al bilancio,¹⁸⁴ lasciando comunque all’ente che ha l’obbligo di misurarli per la propria realtà societaria la possibilità di non adottarne alcuni se non lo ritiene opportuno in ragione delle

¹⁷⁹ L. 155/2017, art. 4, co. 1.

¹⁸⁰ M. Anesa, F. Puccio, “*Governance e misure di allerta tra riforma Madia e Codice della crisi d’impresa*” (57° Congresso Nazionale UNGDCEC, 03 Aprile 2019), in Ipsoa Quotidiano (Wolters Kluwer 2019) reperibile in formato digitale al seguente link: <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/04/03/governance-misure-allerta-riforma-madia-codice-crisi-impresa>, pg. 1.

¹⁸¹ D.lgs. 14/2019, art. 12, co. 1.

¹⁸² M. Anesa, F. Puccio, “*Governance e misure di allerta tra riforma Madia e Codice della crisi d’impresa*” (57° Congresso Nazionale UNGDCEC, 03 Aprile 2019), in Ipsoa Quotidiano (Wolters Kluwer 2019) reperibile in formato digitale al seguente link: <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/04/03/governance-misure-allerta-riforma-madia-codice-crisi-impresa>, pg. 1.

¹⁸³ D.lgs. 14/2019, art. 13, co. 1.

¹⁸⁴ D.lgs. 14/2019, art. 13, co. 3.

proprie caratteristiche.¹⁸⁵ Rispetto a questa ultima previsione, però, nella norma si adotta il principio di *comply or explain*: la società ha l'onere di motivare le ragioni per i quali gli indici non sono stati ritenuti significativi nel caso concreto e di esporre le stesse, ancora una volta, nella nota integrativa.¹⁸⁶

Il sistema dei controlli che consentono di prevenire l'insorgere della crisi è strutturato come un reticolato di obblighi di segnalazione e reciproco monitoraggio fra gli organi societari. A norma dell'articolo 14, infatti, tutti gli organi di controllo della società, compreso il revisore contabile e la società di revisione, devono vigilare sull'operato dell'organo amministrativo che a sua volta è tenuto a monitorare l'eventuale emersione degli indici di crisi sopra menzionati.¹⁸⁷ La norma non pone in primo piano gli organi amministrativi o quelli di controllo per quanto concerne il dovere di segnalazione nel caso in cui si avverta una potenziale crisi imminente: i primi dovrebbero ragionevolmente accorgersi subito di tale pericolo e renderlo noto in virtù del loro dovere di costante monitoraggio del rischio economico futuro ma la segnalazione può partire anche dai secondi e l'adempimento di tale obbligo consente di esonerarli da responsabilità nel corso delle procedure di risoluzione.¹⁸⁸

Questa prima fase di composizione della crisi si caratterizza per essere "interna". Le segnalazioni che sopra sono state menzionate mirano a rendere tutti gli organi societari consapevoli della necessità di agire immediatamente per evitare l'aggravarsi dello stato di potenziale insolvenza e, conseguentemente, l'avverarsi dalla crisi. Tuttavia, il testo legislativo designa un secondo ideale passaggio della procedura in virtù del quale il controllo, che fino a questo momento ha esclusivamente rilevanza endosocietaria, si sposta su un piano esterno, venendo affidato all'Organismo di Composizione della Crisi di Impresa (OCRI), che costituisce una novità introdotta dal Codice. Quest'ultimo, da istituire in ogni Camera di Commercio, svolge una funzione collaborativa rispetto all'impresa nella quale la crisi sta emergendo. Ha il compito di assistere la società nel superamento dell'insolvenza¹⁸⁹ attraverso la nomina di un referente, punto di riferimento per l'ente che attiva la procedura di composizione della crisi,¹⁹⁰ la predisposizione delle idonee misure per affrontare la situazione di potenziale insolvenza,¹⁹¹ e la gestione del "*procedimento di composizione assistita della crisi*", disciplinato dal Capo III del Titolo II, che ha la finalità di giungere ad un accordo fra la società insolvente e i suoi creditori.¹⁹²

Il carattere preventivo degli strumenti introdotti dal d.lgs. 14/2019, inoltre, emerge dalla previsione circa la possibilità di corrispondere incentivi premiali agli organi gestori che abbiano prontamente provveduto alla segnalazione dell'emersione degli indici della crisi e si siano, quindi, subito attivati per prevenirla.¹⁹³ In senso

¹⁸⁵ D.lgs. 14/2019, art. 13, co. 3.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ D.lgs. 14/2019, art. 14, co. 1.

¹⁸⁸ D.lgs. 14/2019, art. 14, co. 3.

¹⁸⁹ D.lgs. 14/2019, art. 16, co. 1.

¹⁹⁰ D.lgs. 14/2019, art. 16, co. 3-4.

¹⁹¹ D.lgs. 14/2019, art. 18, co. 4.

¹⁹² G. Fauceglia, "*Il nuovo Diritto della crisi e dell'insolvenza*", (Giappichelli Editore, 2019), Cap. IV, pg. 42.

¹⁹³ D.lgs. 14/2019, art. 25, co. 1.

contrario, il Testo Unico prevede, come già esaminato in precedenza, che la mancata adozione di piani di risanamento idonei a superare lo stato di insolvenza sia da classificare come grave irregolarità punibile ai sensi dell'articolo 2409 c.c. Sebbene le due disposizioni abbiano un contenuto “opposto”, prevedendo l'una il diritto ad un premio e l'altra l'insorgere di una responsabilità, è possibile identificare in queste la stessa finalità,¹⁹⁴ quella di incentivare l'imprenditore ad attivarsi in via preventiva rispetto alla situazione di insolvenza e questo, in definitiva, si traduce nella previsione di un dovere di controllo continuo e adeguato sull'attività societaria poiché solo attraverso il monitoraggio di quest'ultima si può essere in grado di prevederne momenti di crisi.

Delineata nelle sue linee essenziali la disciplina in merito alle procedure d'allerta introdotta dal nuovo Codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza, è opportuno studiarne l'incidenza rispetto alle società del d.lgs. 175/2016, per le quali il sistema dei controlli preventivi in materia trova fondamento proprio in questo testo legislativo. Il coordinamento delle due regolamentazioni pone non pochi problemi interpretativi.

Potrebbe sostenersi, in primo luogo, che le previsioni del d.lgs. 14/2019 andrebbero a sostituire le previsioni degli articoli 6 e 14 del Testo Unico sopra esaminate, introducendo così una procedura univoca per prevenire la crisi societaria. Seguendo questa ipotesi, tuttavia, si arriverebbe ad abrogare implicitamente le disposizioni del d.lgs. 175/2016 poste a presidio dei particolari interessi collettivi connessi alla gestione delle partecipazioni da parte del socio pubblico e le società disciplinate dal Testo Unico sarebbero parificate in questa materia a quelle di diritto comune, giungendo a non considerare particolari profili pubblicistici sottesi alle attività che queste svolgono e che giustificano, quando si tratta di risorse pubbliche, la previsione di una regolamentazione *ad hoc*.¹⁹⁵

Al contrario, potrebbe farsi largo la possibilità che le due discipline “convivino” senza interferire reciprocamente e che, quindi, i nuovi obblighi di controllo predisposti dal Codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza non debbano considerarsi vigenti per le società partecipate o controllate dal socio pubblico. D'altra parte, però, questo argomento porterebbe al risultato della non applicabilità a questi ultimi enti societari della nuova disciplina prevista per quelli di diritto comune che prevede obblighi rafforzati nel contesto della prevenzione della crisi di impresa. Si pensi ai doveri di segnalazione previsti per l'organo amministrativo e gli organi di controllo e di revisione contabile, non previsti dal d.lgs. 175/2016 e che non verrebbero in questo modo resi doverosi anche nelle società disciplinate da quest'ultimo testo legislativo. Non troverebbe applicazione, in queste, neanche la procedura di composizione assistita della crisi, svolta grazie al supporto dell'Organismo di Composizione della Crisi di Impresa e che rappresenta un'assoluta novità introdotta dal

¹⁹⁴ M. Anesa, F. Puccio, “Governance e misure di allerta tra riforma Madia e Codice della crisi d'impresa” (57° Congresso Nazionale UNGDCEC, 03 Aprile 2019), in Ipsoa Quotidiano (Wolters Kluwer 2019) reperibile in formato digitale al seguente link: <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/04/03/governance-misure-allerta-riforma-madia-codice-crisi-impresa>, pg. 4.

¹⁹⁵ D'Attore G., “I Piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche” in IPSOA, “Il Fallimento e altre procedure concorsuali”, n. 2/2018 (Wolters Kluwer 2018).

nuovo Codice.¹⁹⁶ Si giungerebbe, dunque, al paradosso della sussistenza di obblighi di monitoraggio più stringenti per le società a sola rilevanza privatistica rispetto a quelli vigenti per gli enti controllati o partecipati nei quali sono impiegate risorse pubbliche e per i quali è naturale concludere che il sistema di controlli debba essere ben strutturato ed efficiente.

Risulta quindi naturale concludere che nessuna delle due ipotesi interpretative circa il coordinamento fra le due discipline sembri rappresentare una soluzione adeguata. Le norme del Testo Unico rispetto al sistema dei controlli in merito alla prevenzione dello stato di crisi hanno avuto il merito, come sopra ricordato, di introdurre un vero e proprio sistema di monitoraggio preventivo sulla situazione economica e finanziaria della società che si traduce nella necessità di controllare le attività societarie rispetto agli indicatori della crisi e che, in definitiva, consentono di avere sempre una panoramica sui rischi futuri da fronteggiare. Il Testo Unico, potremmo dire, ha avuto il merito di “anticipare” la previsione di un tale sistema di monitoraggio sull’eventuale insolvenza che nel 2016, quando lo stesso è stato emanato, era ancora sconosciuto alla Legge Fallimentare. A questa lacuna il legislatore ha posto rimedio in occasione della riforma Rordorf ripresa in questa sede che non si è limitata a riprendere gli obblighi previsti per le società partecipate o controllate dal socio pubblico ed adeguarli a quelle di diritto comune, ma ha evidentemente costituito un nuovo sistema di controlli finalizzati a prevenire le crisi in tutte le imprese private.

Conseguentemente, il carattere puntuale di questi doveri societari, e le importanti novità introdotte dal Codice delle crisi di impresa e dell’insolvenza, suggeriscono l’opportunità di considerare la disciplina vigente in forza del Testo Unico su questa materia come da integrare, laddove questo sia possibile, con quella introdotta dal d.lgs. 14/2019.¹⁹⁷ Non sarebbe possibile, da una parte, rendere inefficace il sistema degli articoli 6 e 14 del d.lgs. 175/2016 che hanno il merito di ponderare adeguatamente la gestione quotidiana delle attività societarie senza mai trascurare la necessaria protezione degli interessi pubblicistici coinvolti nella stessa e dall’altra ignorare le novità introdotte in materia dalla riforma Rordorf che permetterebbero di introdurre obblighi di monitoraggio ancora più stringenti.

È proprio in ragione degli interessi collettivi sopra menzionati, infatti, che il quesito circa l’opportunità di integrare la disciplina del Testo Unico con quella del nuovo Codice delle crisi di impresa e dell’insolvenza dovrebbe trovare risposta positiva. Questa linea interpretativa consentirebbe certamente di rispettare la “specialità” delle società partecipate e controllate dal socio pubblico, caratteristica che necessita di essere tutelata adeguatamente se consideriamo la provenienza pubblica delle risorse economiche utilizzate: la crisi in queste società riguarderebbe questi capitali e approntare meccanismi efficaci per prevenire la crisi equivale a garantire che vengano tutelati. Proprio per questo sembra opportuno che in queste società vengano adottati presidi di monitoraggio che consentano di evitare lo stato di crisi e laddove una nuova normativa ne introduca

¹⁹⁶ D’Attore G., *“I Piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche”* in IPSOA, *“Il Fallimento e altre procedure concorsuali”*, n. 2/2018 (Wolters Kluwer 2018).

¹⁹⁷ *Ibidem*.

di più stringenti, sembra naturale concludere che l'integrazione dei primi con i secondi più garantisti sia da guardare con favore.

In conclusione, giova ricordare come le due discipline rispondano a due esigenze differenti. Quella predisposta per le società di diritto comune, infatti, è ispirata al principio della conservazione della continuità aziendale, con questo intendendosi la possibilità di assicurare sempre che la società sia in grado di ripagare i propri creditori e rimanere operativa,¹⁹⁸ un principio tipicamente privatistico e che risponde ad un interesse analogo. Per quello che riguarda le società del Testo Unico invece, la disciplina del sistema dei controlli analizzata in questa sede si ispira alla finalità di assicurare un utilizzo corretto ed efficiente delle risorse di provenienza pubblica che riesca, a sua volta, ad assicurare il soddisfacimento dell'interesse collettivo per il quale queste vengono impiegate.¹⁹⁹

Non può trascurarsi, in definitiva, la differenza profonda negli intenti del legislatore nel disciplinare la materia nelle due diverse tipologie societarie qui esaminate. Tale divergenza è tale da giustificare, a sua volta, l'impossibilità di considerare sia la tesi che vede le due discipline convivere senza "influenzarsi", sia, e ancor di più, quella che sostiene che la più risalente debba sostituire la prima. L'integrazione degli obblighi già previsti per le società partecipate e controllate dal socio pubblico dal Testo Unico con quelli introdotti dal Codice sulle crisi d'impresa e sull'insolvenza sembra la soluzione idonea a garantire un sistema di controlli ancora più efficiente di quello già previsto dal legislatore nel 2016, che consenta di tenere conto della "specialità" di tali enti societari ma, allo stesso tempo, di non tradurre questo carattere peculiare in un assetto di obblighi di monitoraggio più carente rispetto a quello previsto per le società di diritto comune e nell'esclusione degli enti societari regolati dal d.lgs. 175/2016 dal novero delle persone giuridiche per le quali è possibile rivolgersi all'OCRI per accedere alla procedura di composizione assistita della crisi, novità di rilievo introdotta dal Codice e che potrebbe risultare un valido supporto anche per le società partecipate o controllate dal socio pubblico.

1.3 I controlli interni finalizzati alla prevenzione dei reati

1.3.a L'applicabilità alle società del Testo Unico del modello 231 e le caratteristiche che questo assume nel panorama degli enti societari controllati e partecipati

L'analisi del sistema dei controlli interni delle società pubbliche e a partecipazione pubblica non può prescindere dalla verifica circa l'applicabilità alle stesse del regime delineato dal d.lgs. 231/2001 circa la responsabilità amministrativa e penale degli enti.

¹⁹⁸ G. Guizzi, M. Rossi, "La crisi di società a partecipazione pubblica" in R. Garofoli, A. Zoppini, "Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica" (Nel Diritto Editore, 2018), pg. 604.

¹⁹⁹ D'Attore G., "I Piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche" in IPSOA, "Il Fallimento e altre procedure concorsuali", n. 2/2018 (Wolters Kluwer 2018).

Appare opportuno, prima di addentrarsi nella trattazione della questione riguardante l'applicabilità del modello alle società disciplinate nel Testo Unico, richiamare cosa prevede il decreto legislativo di cui si tratta e quali sono le linee essenziali da questo delineate. In particolare, giova ricordare che il d.lgs. 231/2001 ha introdotto prima di tutto il principio secondo il quale la società che opera per il perseguimento del suo interesse e delle proprie finalità debba anche curarsi di predisporre una struttura organizzativa adeguata, tale cioè da evitare che i suoi membri commettano reati tali da soddisfare un interesse e un vantaggio della società stessa.²⁰⁰

La trattazione in questo senso muove da una doverosa premessa, l'assenza all'interno del Testo Unico in materia di società partecipate dalla Pubblica Amministrazione di alcuna previsione circa l'applicazione anche agli enti societari partecipati dal socio pubblico del regime in esame.²⁰¹ Sul silenzio nel d.lgs. 175/2016 circa l'applicabilità del d.lgs. 231/2001 ai soggetti regolati dal primo, la giurisprudenza non ha ommesso di avanzare critiche, mosse dal Consiglio di Stato che nel parere sullo schema del Testo Unico auspica la presenza di una nota di chiusura che riporti, fra le esclusioni dal campo di applicazione del d.lgs. 175/2016 anche quella relativa al regime di prevenzione della responsabilità penale e amministrativa, *“evitando che il silenzio possa ingenerare equivoci sull'applicabilità della responsabilità da reato”*²⁰² agli enti societari a partecipazione pubblica. Nella stessa sede, tuttavia, è lo stesso Consiglio di Stato a sostenere la convinzione circa l'opportunità di applicare, anche alle società a partecipazione pubblica, il regime di prevenzione di responsabilità penale e amministrativa.

Sarà la Corte di Cassazione a confermare la supposizione del Consiglio di Stato, con due pronunce della Sezione Penale, la prima del 9 luglio 2010, n. 28699, e la seconda dell'anno successivo, 10 gennaio 2011, n. 234. L'estensione dell'applicabilità alle società regolate dal Testo Unico del regime previsto dal d.lgs. 231/2001 trova il suo fondamento nelle argomentazioni presentate dalla Corte di Cassazione.

Queste prendono le mosse dalla previsione normativa contenuta nell'articolo 1 del d.lgs. 231/2001 che esclude dal suo ambito applicativo lo Stato, gli enti pubblici territoriali e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e dunque gli enti pubblici non economici. L'esenzione operata dalla norma in esame ha un obiettivo preciso, sottolineato dalla Suprema Corte di Cassazione, quello di evitare che dall'applicazione delle misure previste dal d.lgs. 231/2001 nel contesto di tali enti ne derivi come conseguenza la sospensione nell'erogazione di servizi collettivi essenziali resi dagli stessi.²⁰³ Risulta chiaro, dunque, che al fine di delineare l'area di applicazione del decreto legislativo sulla responsabilità amministrativa occorra definire il perimetro di quest'ultima categoria ed, in particolare, verificare se le società pubbliche o a partecipazione pubblica ne facciano parte. Su questo profilo si inserisce l'intervento chiarificatore della prima sentenza della Corte di

²⁰⁰ R. Ursi, *“Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali”* (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 243.

²⁰¹ G. Strampelli, *“Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza”* in (opera diretta da) F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 91.

²⁰² Commissione speciale del Consiglio di Stato, Parere del 21 aprile 2016, n. 968 sullo schema di decreto recante *“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*.

²⁰³ Corte di Cass. Sez. Pen. II, 9 Luglio 2010, n. 28699.

Cassazione, grazie alla quale si definisce il principio dell'assoggettabilità delle stesse al regime del d.lgs. 231/2001. La Corte, infatti, afferma che la natura pubblicistica dell'ente del quale si vuole verificare l'eventuale applicabilità del regime di prevenzione di responsabilità amministrativa è condizione necessaria ma non sufficiente affinché lo stesso possa dirsi esonerato dalle previsioni del decreto legislativo.²⁰⁴ La seconda condizione da verificare, infatti, è la non economicità dell'ente stesso non dovendo questo rientrare nel novero dei soggetti regolati dall'articolo 2201 c.c., quelli cioè che *“hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività economica”*.²⁰⁵ La Corte prosegue specificando ancora che si intendono enti economici quelli che svolgono attività rispondente al dispositivo dell'articolo 2477 c.c., finalizzata cioè alla divisione di utili.²⁰⁶

Nella seconda pronuncia, riguardante nel caso di specie il trasferimento ad una società nel settore delle funzioni relative allo smaltimento dei rifiuti di alcuni comuni siciliani e della provincia di Enna a seguito del commissariamento della regione Sicilia, la Corte di Cassazione giunge alle stesse conclusioni affermando che dato il carattere economico dell'attività d'impresa non ci si potesse esimere dall'escludere la società dal novero degli enti pubblici esonerati dall'applicazione del d.lgs. 231/2001.²⁰⁷ La Corte di Cassazione evidenzia in una sentenza precedente con riguardo alla stessa società, un altro importante principio ricollegato alle imprese regolamentate dal Testo Unico, ponendo l'attenzione sul profilo di interesse pubblico ricollegato alla detenzione di partecipazioni in società da parte dello Stato.²⁰⁸ Sebbene questa infatti risponda ad un'esigenza pubblicistica e l'attività dell'ente vada a soddisfare interessi costituzionali, questo non toglie che la gestione societaria venga svolta sulla base di criteri di economicità in ragione dei quali si deve escludere la stessa dalla categoria degli “enti pubblici non economici” esonerata dall'applicazione del d.lgs. 231/2001.²⁰⁹ Escludere *in toto* dal novero degli enti verso cui risulta applicabile il regime di previsione dei reati quelli la cui funzione è conforme al raggiungimento di uno o più interessi di rilevanza costituzionale è, ad avviso della Corte, una linea interpretativa rischiosa poiché porterebbe ad escludere dall'ambito applicativo della normativa un numero elevatissimo di imprese.²¹⁰ Con il chiaro intento di non “far sfuggire” alle regole enunciate dal d.lgs. 231/2001 qualsiasi ente societario che svolgesse un'attività conforme ai valori costituzionali, dunque, la Corte afferma l'applicabilità del regime in esame anche per le società pubbliche e a partecipazione pubblica che, seppur coinvolte in attività rispondenti alla protezione di interessi costituzionalmente garantiti, sottostanno agli obblighi normativi in materia di prevenzione dei reati penali e amministrativi.

²⁰⁴ Corte di Cass. Sez. Pen. II, 9 Luglio 2010, n. 28699.

²⁰⁵ La norma contenuta nell'art. 2201 c.c. è ripresa e contestualizzata da E. Scaroina, *“Specialità del modello organizzativo per la prevenzione dei reati”* in (opera diretta da) F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo V, pg. 142.

²⁰⁶ Corte di Cass. Sez. Pen. II, 9 Luglio 2010, n. 28699.

²⁰⁷ Corte di Cass. Sez. Pen. II, 11 Gennaio 2011, n. 234.

²⁰⁸ Corte di Cass. Sez. Pen. IV, 26 Ottobre 2010 commentata da E. Scaroina, *“Specialità del modello organizzativo per la prevenzione dei reati”* in (opera diretta da) F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo V, pg. 144.

²⁰⁹ D.lgs. 231/2001, art. 1.

²¹⁰ Corte di Cass. Sez. Pen. II, 9 Luglio 2010, n. 28699.

La circostanza, poi, che la provenienza pubblica del capitale generi l'assenza di un interesse, da parte dello Stato, alla percezione di dividendi maggiori in forza dell'illecito commesso, non giustifica un'esenzione dall'applicabilità delle previsioni del d.lgs. 231/2001. Il vantaggio conseguito per via della commissione del reato, infatti, è da valutare nell'ottica dell'ente societario come soggetto unitario, a nulla valendo differenze di interesse fra soci pubblici e privati appartenenti alla compagine sociale.²¹¹

In ultimo sono state le *“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”* emanate dall’A.N.A.C. nel 2015 a stabilire che sia le amministrazioni controllanti che quelle partecipanti dovessero adottare modelli organizzativi conformi al dettato del d.lgs. 231/2001 e che con riferimento alle prime fosse necessario implementare i presidi anticorruzione con le misure contenute nella l. 190/2012,²¹² di cui si tratterà più avanti in questa stessa sede.

Si giunge così all'interpretazione corrente circa l'applicabilità alle società pubbliche e a partecipazione pubblica che svolgono attività di stampo economico del regime previsto in tema di prevenzione dei reati penali e amministrativi fino ad arrivare agli ultimi sviluppi giurisprudenziali che, ponendo l'accento sulla rilevanza pubblicistica dell'attività svolta proprio da questi enti, arrivano addirittura a prevedere non solo la già affermata applicabilità del regime ma anche la caratterizzazione della predisposizione del modello 231 come di fatto un dovere e non una semplice facoltà, così come invece viene prospettato dal testo normativo.²¹³ Nel caso delle società oggetto del Testo Unico, infatti, sembra opportuno concludere che il dovere di predisporre un adeguato modello di prevenzione dei reati amministrativi e penali sia coerente con il dovere di corretta amministrazione,²¹⁴ di agire con diligenza nel mantenimento di modelli organizzativi adeguati e,²¹⁵ infine, del dovere di vigilanza.²¹⁶ È dunque chiaro come la rilevanza pubblica delle società regolamentate dal Testo Unico non faccia altro che rafforzare, rispetto alle imprese disciplinate dal diritto comune, l'esigenza della predisposizione del modello 231 arrivandone a definire non solo la sua necessaria presenza ma addirittura la classificazione della stessa come un dovere in accordo con quello di corretta amministrazione degli enti societari stessi.

Stabilita dunque l'applicabilità alle società disciplinate dal Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica del regime sulla responsabilità amministrativa e penale previsto dal d.lgs. 231/2001, occorre analizzare in questa sede quelli che sono i profili caratterizzanti l'applicazione di tale testo normativo nel caso

²¹¹ C. A. Giusti, *“La corporate governance delle società a partecipazione pubblica: profili civilistici e di diritto comparato”* (Giappichelli Editore, 2018), pg. 139.

²¹² ANAC, Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015, *“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”*.

²¹³ G. Strampelli, *“Il sistema dei controlli interni e l’organismo di vigilanza”* in (opera diretta da) F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 114-115.

²¹⁴ Cod. Civ. art. 2403, T.U.F. art. 149.

²¹⁵ Cod. Civ. art. 2392.

²¹⁶ G. Strampelli, *“Il sistema dei controlli interni e l’organismo di vigilanza”* in (opera diretta da) F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 114.

particolare degli enti societari partecipati dallo Stato. Sembra opportuno sottolineare, prima di tutto, come sia la struttura interna delle stesse società di cui ci occupiamo a “imporre” una doverosa predisposizione di un modello di prevenzione dei reati. L’organizzazione ispirata a criteri di attribuzione di funzioni a livello decentrato tramite una strutturazione verticalmente gerarchica, tende a rendere le decisioni aziendali stesse impersonali, tali dunque da non permettere una sicura attribuzione di responsabilità al soggetto agente nel caso specifico.²¹⁷ Conseguentemente, occorrono regole e strumenti procedurali certi, tali da assicurare sempre la separazione tra coloro i quali hanno il compito di decidere all’interno della compagine societaria e coloro i quali, invece, hanno il potere di autorizzare tale decisione oppure ancora tra coloro che eseguono la decisione stessa e coloro i quali monitorano questa stessa fase esecutiva.²¹⁸

Assicurare, dunque, un’organizzazione decisionale chiara all’esterno risponde all’esigenza di non sfuggire dall’eventuale responsabilità che potrebbe insorgere nell’assunzione di decisioni a livello societario ed è quindi coerente con l’adempimento del dovere di fornirsi di un adeguato sistema organizzativo, amministrativo e contabile.²¹⁹ In aggiunta a ciò non deve dimenticarsi la circostanza per la quale nello svolgimento delle attività delle società controllate e partecipate dallo Stato sono spesso impiegate risorse pubbliche e la destinazione di questo capitale finanziario non può non venire adeguatamente controllata, anche e soprattutto attraverso un sistema di prevenzione dei reati come quello delineato dal modello 231.²²⁰ È indubbio, infatti, che se la prevenzione del reato è essenziale nei confronti delle attività svolte da società che impiegano capitale di provenienza privata, la fattispecie di reato è caratterizzata da ancor maggiore odiosità nel caso in cui venga a configurarsi nel contesto di attività societarie per le quali sono state impiegate risorse di provenienza pubblica.²²¹ Risulta quindi evidente come, nel caso di società pubbliche o a partecipazione pubblica, si debba parlare di dovere di predisporre tale modello, piuttosto che di facoltà. Perché questo sia idoneo a svolgere efficacemente la sua funzione preventiva è necessario che sia conforme al dettato normativo dell’articolo 6 del testo legislativo che disciplina la verifica di idoneità del modello stesso.²²² La costruzione del sistema di prevenzione deve comprendere due fasi.

La prima, comunemente chiamata “mappatura dei rischi” e normativamente prevista dall’articolo 6 co. 2 lett. a) del d.lgs. 231/2001, consiste nell’individuazione dei settori aziendali nei quali il compimento delle attività potrebbe causare la commissione dei reati e le modalità con cui queste fattispecie potrebbero venire integrate. Le attività che sono maggiormente esposte, dunque, andranno maggiormente protette in termini di

²¹⁷ R. Ursi, “*Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*” (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 247.

²¹⁸ A. Alberici, “*La corporate governance ex d.lgs. 231/2001*” in A. Alberici, P. Baruffi, M. Ippolito, A. Rittatore Vonwillen, G. Vaciano, “*Il modello di organizzazione e gestione di cui al D.lgs. n. 231/2001*”, pg. 294.

²¹⁹ R. Ursi, “*Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*” (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 247.

²²⁰ R. Ursi, “*Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*” (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 247-248.

²²¹ M. Sgarra, “*La “mappatura” delle aree di rischio nello sviluppo dei modelli organizzativi*” in (opera diretta da) F. Auletta, “*I controlli nelle società pubbliche*” (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo VI, pg. 169.

²²² D.lgs. 231/2001, art. 6.

strutturazione di un sistema di prevenzione della corruzione nelle aree aziendali all'interno delle quali le stesse si inseriscono.²²³ Contestualmente, la fase di analisi del rischio su diversi settori aziendali permette di evitare la predisposizione del modello, e dunque di regole procedurali, per quelle attività societarie che non necessitano di un puntuale controllo e verso cui l'applicazione del sistema di prevenzione costituirebbe uno spreco di risorse a svantaggio delle aree più a rischio che ne risulterebbero ignorate.²²⁴ Si deve concludere che non sia possibile parlare di una fase iniziale comune a tutte le società che devono predisporre i controlli preventivi perché, come è naturale rilevare, sono le attività concretamente svolte dall'ente societario stesso a guidare la procedura di analisi del rischio e dunque è necessario confrontarsi con ogni realtà fattuale per stabilire l'adeguata mappatura del rischio da condurre. A questo proposito il Tribunale di Milano ha ricordato come non possa prescindere dal condurre un'analisi storica e giudiziaria dell'ente di riferimento in modo tale da predisporre un corretto sistema di prevenzione per rischi futuri, "imparando" dal passato.²²⁵ Inoltre è necessario che la valutazione venga condotta ragionando concretamente sulle possibilità che in uno specifico tipo di impresa emerga una determinata fattispecie di reato. A titolo di esempio, nel caso delle società pubbliche o a partecipazione pubblica, il rischio che si configuri una fattispecie di frode fiscale sarà minore rispetto a quanto lo sia in un ente societario a capitale di provenienza interamente privata perché in questo secondo caso il bilancio è redatto dagli amministratori che spesso coincidono con i proprietari del capitale stesso e che in prima persona sopportano il peso della stessa tassazione.²²⁶

La seconda fase, invece, incide maggiormente sul rischio "attuale" piuttosto che quello "potenziale" fronteggiato nella fase precedente ed è normativamente descritta nel suo contenuto dall'articolo 6 co. 2 lett. b), c), d) ed e) del d.lgs. 231/2001. Attraverso la definizione di "protocolli", "modalità di gestione", "obblighi di informazione" ed un "sistema disciplinare" di sanzioni, infatti, si provvede a strutturare un sistema di controllo che riesca a scongiurare il pericolo che il rischio delineato nella prima fase si concretizzi.²²⁷ Nel caso specifico, questo è possibile attraverso l'elaborazione di un sistema di regole, di responsabilità e di flussi informativi che adeguatamente implementati riescano a rispondere all'esigenza primaria di prevenzione delle fattispecie di reato. È proprio sulla base della strutturazione di questi elementi e la loro operatività all'interno della vita societaria che è possibile "misurare" l'adeguatezza del modello stesso rispetto al rischio insorgente dallo svolgimento delle attività societarie nei settori classificati come da monitorare in accordo alla prima fase.²²⁸ È la giurisprudenza a suggerire gli ulteriori requisiti che il sistema di prevenzione dei reati deve soddisfare per superare con successo la verifica di idoneità. Il Tribunale di Roma, infatti, ricorda che il modello predisposto debba rivelarsi effettivo e dinamico, intendendo con il primo termine la necessaria previsione di

²²³ R. Ursi, "Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali" (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 249-250.

²²⁴ M. Sgarra, "La "mappatura" delle aree di rischio nello sviluppo dei modelli organizzativi" in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo VI, pg. 172.

²²⁵ Trib. Milano sent. 30382/2004.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ D. lgs. 231/2001, art. 6 co 2. lett. b), c), d), e).

²²⁸ R. Ursi, "Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali" (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 250.

corsi di formazione del personale e di regole disciplinari atti ad istruire ed a punire i membri della società nel caso di inosservanza del modello stesso e con il secondo termine la capacità dello stesso di adattarsi ai mutamenti della vita societaria, cambiamenti di cui tenere traccia attraverso un apposito sistema di monitoraggio.²²⁹ Risulta necessaria una precisazione rispetto alla verifica di idoneità del modello 231 ed è ancora una volta la giurisprudenza della Cassazione a fare da guida in questa analisi. A giudizio della Corte, infatti, l'adeguatezza del modello strutturato dall'ente non deve misurarsi sulla valutazione che ha ad oggetto i comportamenti della persona giuridica stessa, bensì sulle motivazioni poste a fondamento della scelta di adottare un apparato regolamentare di prevenzione dei reati con specifiche caratteristiche.²³⁰

Altri due profili sono da sottolineare nell'analisi del testo normativo dell'articolo 6 del d.lgs. 231/2001. In primo luogo, il comma terzo della stessa disposizione disciplina l'opportunità che il modello di prevenzione dei reati sia analiticamente previsto dai *"codici di comportamento"* dei singoli enti societari.²³¹ L'opportunità per gli enti controllati o partecipati dallo Stato di adottare un codice di condotta proprio o aderire ad uno collettivo già redatto è contenuta nell'articolo 6 del Testo Unico laddove il legislatore sottolinea l'importanza di tale strumento.²³² La rilevanza pubblicistica dell'operato delle società giustifica la necessità che i titolari di funzioni aziendali seguano un modello impeccabile di comportamento che deve essere descritto in tale apposito documento. La predisposizione dei codici di condotta, nel decreto legislativo sulla prevenzione dei reati, assume tanta importanza da essere contenuta in un comma separato rispetto alle previsioni circa la mappatura del rischio e la strutturazione del MOG. In ragione di quanto sostenuto in merito alle garanzie ulteriori sul comportamento dei managers degli enti partecipati e controllati, è naturale concludere che la violazione degli obblighi contenuti nel predetto codice comporti l'attivazione delle sanzioni disciplinari previste dal secondo comma, rientrando anche questo nel reticolo delle disposizioni che disciplinano il sistema di prevenzione dei reati.²³³

Il secondo profilo da sottolineare trova il suo fulcro nella previsione contenuta nel primo comma dell'articolo 6 del testo normativo sulla prevenzione dei reati, ed in particolare laddove si prevede la creazione di un *"organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo"*.²³⁴ La trattazione in merito all'applicabilità alle società pubbliche o a partecipazione pubblica del d.lgs. 231/2001 non può prescindere, infatti, dall'analisi di questo istituto societario, l'organismo di vigilanza (di seguito anche indicato come OdV), emblema dell'applicazione fattuale delle previsioni in esame.

Un primo dato da sottolineare con riferimento all'OdV è l'assenza, nel decreto legislativo, di previsioni in merito alla composizione, la nomina e i requisiti che i membri dell'organismo devono soddisfare. Il vuoto

²²⁹ Trib. Roma sent. 317/2004.

²³⁰ Corte di Cass., sent. 30 Gennaio 2014, n. 4677.

²³¹ D. lgs. 231/2001, art. 6 co 3.

²³² D. lgs. 175/2016, art. 6 co. 3 lett. c).

²³³ D. lgs. 231/2001, art. 6 co 2. lett. e).

²³⁴ D. lgs. 231/2001, art. 6 co 1. lett. b).

normativo, com'è naturale, è stato colmato dalla dottrina e la giurisprudenza che hanno delineato nell'autonomia e nell'indipendenza le prime caratteristiche fondamentali dello stesso.²³⁵ Il primo requisito incide sul profilo dell'attività svolta dall'organismo²³⁶ e, soprattutto, sulle decisioni assunte dallo stesso nell'ambito della vita societaria mentre il criterio dell'indipendenza è di più complessa definizione, riguardando la necessaria assenza di un legame di soggezione fra l'OdV e il management dell'ente il cui meccanismo di prevenzione dei reati viene implementato.²³⁷

Inoltre, a norma dell'articolo 6 del d.lgs. 231/2001, lo stesso viene classificato come un "organismo dell'ente", suggerendo con ciò la natura interna dell'OdV.²³⁸ Sulla definizione di questa caratteristica sono state avanzate in dottrina tre diverse tesi. Galletti ipotizza che le funzioni di vigilanza sull'implementazione del sistema di prevenzione dei reati possano essere addirittura attribuite ad un organo interno dell'ente già costituito, senza necessità di istituirne uno dedicato.²³⁹ L'autore tuttavia non indica quale, a suo avviso, debba essere l'organo interno destinatario di tale compito, lasciando spazio a critiche e dubbi circa l'adeguatezza di tale interpretazione del testo legislativo. Altri autori, infatti, partendo dai profili di necessaria autonomia e indipendenza che devono caratterizzare l'OdV, escludono che i compiti di vigilanza specifici di monitoraggio in merito alla prevenzione dei reati possano essere affidati ad un organo come, ad esempio, il collegio sindacale, già titolare di specifici compiti diversi rispetto a quelli in esame. Per coloro i quali sostengono questa seconda tesi, dunque, risulta necessaria la creazione di un organismo *ad hoc*, interno ma pur sempre appositamente istituito e che sia titolare della sola funzione di vigilanza in merito alla predisposizione del modello 231.²⁴⁰ Un terzo orientamento dottrinale, poi, rappresenta una posizione intermedia rispetto ai primi due, designando l'Organismo di vigilanza come un ufficio interno alla società e quindi integrato nel sistema dei controlli, in modo tale da garantire elasticità allo stesso tale, a sua volta, da assicurare che il modello di organizzazione monitorato dall'OdV sia sempre reattivo ai mutamenti della struttura organizzativa aziendale e sappia quindi garantire efficienza nell'implementazione del MOG 231 e nell'attività di controllo del modello.²⁴¹

Ad avviso di chi scrive, analizzando le tre posizioni dottrinali, non si può che propendere per l'interpretazione data dalla seconda di queste. Partendo dal testo dell'articolo 6 d.lgs. 231/2001 e focalizzando l'attenzione sulla formulazione dello stesso con particolare riguardo alla previsione in merito all'OdV deve notarsi come il

²³⁵ R. Ursi, "Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali" (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 254.

²³⁶ R. Ursi, "Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali" (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 255.

²³⁷ A. De Vivo, L. Martino, "L'organismo di vigilanza" in (a cura di) F.M. D'Andrea, A. De Vivo, L. Martino, "I modelli organizzativi ex. D.lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese" (Giuffrè Editore, 2006), pg. 175.

²³⁸ D. lgs. 231/2001, art. 6 co 1. lett. b).

²³⁹ D. Galletti, "I modelli organizzativi nel D.lgs. N 231/2001: le implicazioni per la corporate governance" in *Rivista 231* n. 3, (2006), pg. 133.

²⁴⁰ P. Bastia, "I modelli organizzativi", in (a cura di) G. Lattanzi, "Reati e responsabilità degli enti" (Milano, 2005) pg. 163, A. Frignani, P. Grosso, "L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche", in (a cura di) C. Monesi, "I modelli organizzativi ex. D.lgs. n. 231/2001", pg. 383.

²⁴¹ L. Benvenuto, "Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato degli enti" (Società, 2009), pg. 676.

legislatore utilizza il termine “*affidare*”²⁴² quando prevede la funzione di vigilanza svolta dallo stesso. Il “*compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli*”²⁴³ assume una posizione tanto cruciale nella formulazione della previsione da essere posta nel primo periodo della stessa ed è seguita dal verbo sopra menzionato, come ad indicare un esclusivo affidamento, appunto, della delicata funzione al soggetto descritto nella parte terminale del periodo, l’OdV. Si vuole sottolineare, dunque, come il legislatore sembra aver collegato biunivocamente la funzione di vigilanza al suo organismo aziendale dedicato e che non manchi, infatti, di specificarne le prerogative.

In ragione di ciò, è naturale concludere che la previsione sembra essere già completa nella sua formulazione, non lasciando spazio per essere interpretata né come la possibilità di istituire un ufficio interno al sistema dei controlli societari, essendo in questo caso messa in discussione prima di tutto l’autonomia dell’organismo stesso, né tantomeno come l’assenza di una previsione circa la necessaria istituzione di un organismo dedicato e la possibilità di affidare gli stessi compiti ad un organo già presente nell’ente societario. Proprio in forza del testo legislativo occorre tenere presente il carattere cruciale assunto dalla previsione circa l’autonomia e l’indipendenza dell’organo. Dovendo queste essere assicurate per garantire un monitoraggio sull’applicazione del d.lgs. 231/2001 che sia quanto più efficace, infatti, non può che concludersi che sia necessaria la costituzione di un organismo dedicato e che, grazie alla sua composizione come si vedrà più avanti, possa soddisfare pienamente i requisiti sopra menzionati.

Non può trascurarsi neanche una riflessione circa la specifica materia in esame. Le società pubbliche o a partecipazione pubblica costituiscono certamente un “caso particolare” per quanto concerne l’applicazione del testo legislativo in questione. Come è stato evidenziato in precedenza, l’interesse collettivo sotteso alla gestione delle partecipazioni del socio pubblico in enti societari e la circostanza che vede le risorse dello Stato impiegate nella stessa attività, impongono un necessario rafforzamento della funzione di vigilanza sul modello organizzativo 231. Nel caso di specie, infatti, l’interpretazione è giunta a ritenere che per questi soggetti giuridici sussista un obbligo piuttosto che una facoltà di istituire un sistema di prevenzione del reato a norma del d.lgs. 231/2001 e deve dunque concludersi che il monitoraggio del modello sia una fase necessaria nell’adempimento di questo dovere. Non può inoltre omettersi come, nel caso delle società pubbliche e a partecipazione pubblica, sia ancor più necessario garantire la titolarità dei già menzionati poteri all’OdV e che rispetto a questi, come prima specificato, possa essere garantita efficacia solamente tramite la costituzione di un organismo *ad hoc*.

La delicatezza delle funzioni attribuite all’organismo impone la definizione di criteri specifici con riguardo alle caratteristiche che dovrà possedere l’OdV stesso e i suoi membri. Occorre prima di tutto sottolineare che l’organismo di vigilanza possa essere costituito da un solo membro o, alternativamente, assumere la forma di

²⁴² D.lgs. 231/2001, art. 6, co. 1, lett. b).

²⁴³ *Ibidem*.

un organo collegiale.²⁴⁴ Nonostante la possibilità di scegliere fra le due soluzioni, però, nella realtà fattuale si registra una propensione per la costituzione di organismi di vigilanza pluripersonali,²⁴⁵ soprattutto laddove la fase di mappatura del rischio abbia evidenziato un necessario monitoraggio di molteplici settori aziendali così da originare la necessità di un controllo capillare e ben strutturato.²⁴⁶ L'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza (di seguito anche AODV), in particolare, raccomanda che questo sia composto da almeno tre membri, di cui due di provenienza esterna ed uno interno, al quale è però preferibile non conferire la carica di Presidente dell'organismo. Con riguardo al membro interno, poi, è consigliabile ad avviso dell'AODV che questo ricopra la carica di responsabile dell'*internal audit*, della *compliance* o del *risk management*.²⁴⁷

Particolare importanza assumono, nel panorama delle società pubbliche o a partecipazione pubblica, le procedure di nomina e di revoca ad opera dell'organo amministrativo dei membri che compongono l'organismo di vigilanza in ragione dei profili di interesse collettivo sottesi alla detenzione e alla gestione delle partecipazioni societarie ad opera dello Stato.²⁴⁸ In questo caso, infatti, le formalità procedurali in merito hanno il compito di garantire trasparenza rispetto all'*iter* di formazione dell'OdV. Per quanto concerne la nomina, è necessario verbalizzare la motivazione della selezione di quel componente preciso con particolare attenzione alla descrizione dei criteri di scelta che hanno indotto al conferimento di tale incarico. Viene a questo proposito incoraggiata anche la comparazione, sulla base dei sopramenzionati criteri, fra i diversi candidati, così che sia correttamente adempiuto l'obbligo di trasparenza rispetto alle procedure per l'assegnazione delle posizioni.²⁴⁹ Per la revoca, invece, nel caso di enti partecipati dal socio pubblico, è rafforzato l'obbligo di motivare il provvedimento esplicitando i dettagli della giusta causa per la quale l'incarico debba essere sollevato dall'incarico,²⁵⁰ in modo tale da evitare la possibilità che vengano assunte decisioni sulla base di valutazioni politiche e non in ottemperanza dei doveri di corretta amministrazione.²⁵¹ L'istituto in esame risponde, in particolare, all'esigenza di garantire che i componenti dell'organismo di vigilanza rispettino sempre i requisiti di onorabilità, indipendenza e professionalità, già richiesti per i componenti del collegio sindacale delle società quotate dal Testo Unico Finanziario²⁵² e che costituiscono una garanzia di professionalità ed autonomia anche per i membri dell'organismo di vigilanza.²⁵³

²⁴⁴ G. Strampelli, "Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza" in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 124.

²⁴⁵ AODV, Position Paper "Modello organizzativo 231 e OdV delle partecipate pubbliche" (20 Febbraio 2014), pg. 21.

²⁴⁶ AODV, Position Paper "Modello organizzativo 231 e OdV delle partecipate pubbliche" (20 Febbraio 2014), pg. 23.

²⁴⁷ AODV, Position Paper "Modello organizzativo 231 e OdV delle partecipate pubbliche" (20 Febbraio 2014), pg. 24.

²⁴⁸ P. Montalenti, "Impresa, società di capitali, mercati finanziari", (Giappichelli Editore, 2017), pg. 305.

²⁴⁹ G. Strampelli, "Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza" in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 131.

²⁵⁰ G. Strampelli, "Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza" in (opera diretta da) F. Auletta, "I controlli nelle società pubbliche" (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 132.

²⁵¹ AODV, Position Paper "Modello organizzativo 231 e OdV delle partecipate pubbliche" (20 Febbraio 2014), pg. 22.

²⁵² TUF, art. 148.

²⁵³ Trib. Milano, 20 settembre 2004, così come riportato da R. Ursi, "Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali" (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 256.

Per svolgere la funzione di monitoraggio sullo sviluppo del modello 231 negli enti societari di riferimento, l'organismo deve essere dotato di specifici poteri di iniziativa e di controllo, così come indica lo stesso testo dell'articolo 6 del d.lgs. 231/2001.²⁵⁴ Con riguardo al secondo tipo di poteri la funzione dell'OdV appare chiara: la ratio stessa della previsione di tale organismo è quella di assicurare un monitoraggio continuo e puntuale circa l'adeguatezza del modello 231 implementato per la prevenzione dei reati, così come sottolineato in precedenza. Il riferimento ai poteri di iniziativa, invece, merita alcune chiarificazioni. Nello svolgere le funzioni ad esso attribuite ed affinché tale compito sia svolto in modo efficiente, l'OdV ha la possibilità di formulare note argomentative e propositive così da poter garantire una comunicazione continua con gli organi amministrativi societari in merito allo sviluppo del MOG 231,²⁵⁵ tale da assicurare che questo possa adattarsi ai cambiamenti che intervengono nella realtà aziendale così da rispondere, in modo dinamico ed effettivo agli stessi, come si precisava in precedenza.

A questo proposito pare opportuno soffermarsi sul ruolo centrale che svolge il sopramenzionato flusso informativo rispetto al monitoraggio svolto da questo organismo, in ragione dei continui mutamenti in termini di rischio nella commissione di reati che interessano la società i quali determinano la necessità di un puntuale aggiornamento del modello di prevenzione.²⁵⁶ Il flusso di informazioni, in particolare, deve essere inteso in senso biunivoco, sia proveniente dall'OdV e diretto agli organi aziendali e sia diretto verso l'organismo di monitoraggio e proveniente dal management aziendale, sebbene nel testo normativo di riferimento non vi siano indicazioni circa le "parti" del suddetto dialogo informativo.²⁵⁷ Nonostante non possa delinearsi una panoramica generale sulle caratteristiche ed i requisiti necessari del flusso informativo in esame, dipendendo questo direttamente dalla realtà aziendale al quale è funzionale, è possibile in ogni caso operare una classificazione delle informazioni, per provenienza delle stesse e per oggetto. Con riferimento alla prima categoria, infatti, occorre specificare che non è sempre detto che il flusso informativo provenga dal Consiglio di Amministrazione, potendo questo essere il risultato dell'attività degli altri organi di controllo o addirittura dagli stessi settori aziendali maggiormente esposti ai rischi che il modello 231 mira a prevenire. Appare chiaro come siano di primaria importanza per l'implementazione del modello queste ultime informazioni, permettendo in concreto l'aggiornamento del modello di prevenzione sulla base di dati concreti e documenti che riescono a delineare realmente il rischio definito in fase di mappatura solamente in via "teorica". È per tale motivo previsto che i responsabili dei settori aziendali definiti "a rischio" provvedano ad inviare un report all'OdV contenente le informazioni utili all'aggiornamento del modello con cadenza almeno annuale e che partecipino stabilmente alle riunioni che l'organismo di vigilanza tiene con gli altri esponenti degli organi di

²⁵⁴ D.lgs. 231/2001, art. 6 co. 1 lett. b).

²⁵⁵ R. Ursi, *"Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali"* (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 257.

²⁵⁶ G. Strampelli, *"Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza"* in (opera diretta da) F. Auletta, *"I controlli nelle società pubbliche"* (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 117 ss.

²⁵⁷ *Ibidem.*

controllo societari.²⁵⁸ Proprio per garantire la biunivocità dei flussi informativi sopra menzionata, è considerato comportamento conforme alle *best practices*, l'invio da parte dell'OdV al Consiglio di Amministrazione e gli organi di controllo di una relazione scritta che riporti i risultati del lavoro svolto dall'organismo stesso, con cadenza semestrale, e che agli organi amministrativi stessi vengano inoltrate le proposte provenienti dall'OdV in materia di aggiornamento del modello, emanate in forza del potere di iniziativa analizzato in precedenza.²⁵⁹

In conclusione, giova sottolineare come sia la trasmissione di informazioni ad assumere ancora una volta il ruolo di garante del buon funzionamento del sistema di monitoraggio. Dal panorama dei controlli delineato fino a questo punto della trattazione possiamo dedurre come la complessità dei rapporti fra le varie funzioni aziendali che rispondono alla necessità di monitorare le attività societarie sia sempre tesa ad assicurare che nulla “sfugga” dal sistema dei controlli. Per soddisfare questa necessità il legislatore è sempre pronto a ricordare come il flusso informativo costituisca il tramite grazie al quale tutti i soggetti deputati al monitoraggio riescano ad agire informati, evitando così di incorrere in inefficienze del sistema strutturato sulla base di un complesso reticolato di rapporti endosocietari.

1.3.b La disciplina anticorruzione introdotta dalla l. 190/2012 ed il coordinamento delle sue previsioni con il modello 231

In tema di prevenzione della corruzione all'interno della Pubblica Amministrazione, le sue strutture organizzative e le società in cui la stessa detiene partecipazioni semplici o di controllo, è opportuno analizzare l'impatto dell'emanazione della legge l. 190/2012, emblematicamente denominata “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*”. Il testo legislativo in esame ha avuto il merito di introdurre una disciplina volta a prevenire il verificarsi di fenomeni corruttivi che potessero, con il loro emergere, recare danno alla Pubblica Amministrazione a vantaggio dei soggetti agenti.²⁶⁰ Proprio perché i fenomeni corruttivi che si vogliono prevenire con la disciplina introdotta dalla l. 190/2012 sono compiuti ad opera di esponenti del socio pubblico a danno delle società in cui questo partecipa o che questo controlla, l'obiettivo primario della legge è quello di introdurre un modello societario che sia in grado di promuovere comportamenti etici e un clima di legalità in modo tale che l'attività svolta dai dipendenti della Pubblica Amministrazione risponda ai principi di buona amministrazione e trasparenza e sia

²⁵⁸ G. Strampelli, “*Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza*” in (opera diretta da) F. Auletta, “*I controlli nelle società pubbliche*” (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 118.

²⁵⁹ G. Strampelli, “*Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza*” in (opera diretta da) F. Auletta, “*I controlli nelle società pubbliche*” (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 120.

²⁶⁰ V. Sarcone, “*L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche*”, Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2017), pg. 220.

impeccabile dal punto di vista etico.²⁶¹ Proprio per questo motivo, il sistema preventivo delineato dalla Legge Severino è inteso a proteggere le articolazioni dello Stato non soltanto dal verificarsi delle fattispecie corruttive disciplinate dal codice penale ma anche, ragionevolmente, quelle che si riferiscono ai reati ai danni della Pubblica Amministrazione (Titolo II, Capo I del Codice Penale) e quelle in cui emergano gestioni scorrette delle funzioni affidate ai dipendenti della stessa che conducono all'ottenimento di un indebito vantaggio a danno del socio pubblico.²⁶²

La disciplina introdotta dalla l. 190/2012, come si ha avuto modo di sottolineare in una fase introduttiva, è certamente da promuovere nel contesto della Pubblica Amministrazione per la quale è stata emanata, ma nell'ambito di questa trattazione è d'obbligo domandarsi se questa sia altrettanto e direttamente applicabile anche all'interno delle realtà societarie regolate dal Testo Unico.

La disposizione normativa di apertura del testo legislativo contenente le misure anticorruzione fa da introduzione a questa analisi. Infatti, l'articolo 1 co. 59 della l. 190/2012 ha il ruolo di enunciare i soggetti verso cui è prevista l'applicazione della disciplina di prevenzione dei fenomeni corruttivi. Stando al tenore letterale della norma, sembrerebbero ricomprese nella sfera di applicabilità della stessa *"tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165"*²⁶³ insieme che non ricomprirebbe direttamente gli enti di diritto privato in controllo o in partecipazione statale. È quindi opportuno affrontare il tema dell'applicabilità della disciplina in esame ai soggetti regolati dal d.lgs. 175/2016 prima di approfondire i suoi contenuti.

Proseguendo nell'analisi del testo dell'articolo 1 della Legge Severino non deve sfuggire che il co. 60 si riferisca all'adozione di misure preventive anticorruzione anche per gli enti pubblici e le società da questi controllate. La norma specifica successivamente che sia prerogativa della Conferenza Unificata Stato Regioni stabilire quali adempimenti attuativi della disciplina preventiva in tema di fattispecie corruttive debbano essere implementati da questi enti.²⁶⁴ In osservanza del dettato normativo, infatti, il 14 luglio 2013 la Conferenza Unificata ha stabilito che il Piano Nazionale Anticorruzione dovesse essere applicato anche dagli enti di diritto privato controllati o partecipati dagli enti pubblici.²⁶⁵

Non deve sfuggire, però, come il rapporto finale della Conferenza non riporti nel suo testo alcuna previsione in merito all'applicabilità degli enti partecipati o controllati dalle amministrazioni centrali che invece risultano ricomprese, in quanto tali, nella sfera applicativa della l. 190/2012 a norma dell'articolo 1, co. 59, ma che al contrario si limiti a prescrivere determinate misure anticorruzione da adottare anche all'interno di enti privati

²⁶¹ V. Sarcone, *"L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche"*, Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, *"Le società pubbliche nel Testo Unico"* (Giuffrè Editore, 2017), pg. 221.

²⁶² ANAC, det. 8/2015, pg. 13.

²⁶³ L. 190/2012, art. 1, co. 59.

²⁶⁴ L. 190/2010, art. 1, co. 60.

²⁶⁵ Conferenza Unificata tenutasi in data 14 luglio 2013, rep. atti n. 79/CU del 24 luglio 2013, pg. 1.

controllati o partecipati dal socio pubblico.²⁶⁶ In merito alla questione concernente l'applicabilità della disciplina della Legge Severino ai soggetti per i quali la stessa suscita dubbi interpretativi, assumono un ruolo cruciale gli interventi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito anche ANAC) le cui determinazioni hanno avuto, in questi anni, carattere regolatorio sul tema.²⁶⁷

La determinazione 8/2015, come accennato in precedenza, si è occupata di disciplinare i sistemi di prevenzione della corruzione all'interno degli enti societari e di quelli pubblici, regolando contenutisticamente sia il modello 231 che quello in ottemperanza alla l. 190/2012. In particolare, per quanto concerne le società che sembrano rimanere escluse dal combinato disposto tra il co. 59, il co. 60 dell'articolo 1 della Legge Severino e i dettami della Conferenza Unificata del 14 luglio del 2013, l'ANAC afferma che nonostante non vi sia stata una disposizione chiara in materia di applicabilità del sistema della prevenzione dei reati agli enti di diritto privato partecipati o controllati direttamente dallo Stato, non deve dimenticarsi la circostanza che a queste stesse società fanno riferimento diverse previsioni della l. 190/2012. A sostegno di questa tesi, inoltre, l'Autorità adduce un'altra argomentazione: le società "testualmente" escluse dalla sfera applicativa della Legge Severino non sono dissimili da quelle che invece ne risultano ricomprese dal punto di vista del rischio che in queste si verificano i fenomeni corruttivi che lo stesso testo legislativo tende a prevenire.²⁶⁸ È in forza di questo filo logico che l'Autorità Nazionale Anticorruzione riesce ad estendere definitivamente la sfera di applicazione della Legge Severino ai sopramenzionati enti societari, arrivando così in definitiva a stabilire la piena efficacia delle previsioni della l. 190/2012 a tutte le società disciplinate dal Testo Unico.

Definito dunque il perimetro di applicabilità della Legge Severino e stabilito che gli enti societari di cui questa trattazione si occupa ne sono ricompresi, prima di affrontare nel dettaglio il contenuto delle sue previsioni pare opportuno definirne il carattere, in modo tale da investigare la *ratio* sottesa alle stesse e di comprenderne meglio la portata. Le misure previste dal dettato normativo anticorruzione più che presentare un carattere repressivo rispetto alle fattispecie corruttive possono essere definite perlopiù extra-penali. Il modello non intende, infatti, strutturare un sistema sanzionatorio "fine a se stesso" ma si pone l'obiettivo di prevenire il verificarsi di fenomeni corruttivi attraverso la creazione di un ambiente lavorativo nel quale l'attività è condotta sulla base di principi di etica e legalità e dove sia possibile "troncare sul nascere" l'eventuale reato.²⁶⁹ È intuitivo concludere, dunque, che una prima fase di cruciale importanza nell'adozione delle misure preventive sia quella dell'analisi del rischio. Attraverso lo studio delle dinamiche dell'ente societario di riferimento, delle diverse attività nelle quali si dirama la sua funzione pubblica e quindi dei settori

²⁶⁶ V. Sarcone, "L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche", Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, "Le società pubbliche nel Testo Unico" (Giuffrè Editore, 2017), pg. 235.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ ANAC, Det. N. 8/2015, pg. 10.

²⁶⁹ V. Sarcone, "L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche", Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, "Le società pubbliche nel Testo Unico" (Giuffrè Editore, 2017), pg. 221.

maggiormente esposti al rischio, è possibile ancora una volta adottare misure idonee a prevenirlo efficacemente.²⁷⁰

Addentrando nell'analisi del testo legislativo, conviene ricordare che il sistema “*dei presidi e dei controlli*” introdotto con la l. 190/2012 poggia su tre “pilastri”, istituti introdotti proprio grazie alla Legge Severino. Il sistema si fonda sulla necessaria adozione, da parte degli enti esposti al rischio così come esaminati precedentemente in questa stessa sede, di un piano triennale di prevenzione della corruzione, un programma triennale per la trasparenza e l'integrità ed un codice di comportamento.²⁷¹ È opportuno da subito precisare e sarà oggetto di analisi successiva, come per motivi di semplificazione il piano triennale di prevenzione e il programma triennale per la trasparenza sono stati, ad opera del d.lgs. 97/2016, unificati in un unico documento, il piano triennale di prevenzione della corruzione e il programma triennale di trasparenza e integrità.²⁷²

L'adozione del primo dei tre strumenti di controllo è resa necessaria dal dettato dell'articolo 1 co. 5, lett. a) della Legge Severino che testualmente prevede che le imprese si dotino di “*un piano di prevenzione della corruzione*” sulla base del quale condurre un'analisi circa i diversi rischi di corruzione rilevabili nelle diverse aree societarie e predisporre idonei accorgimenti organizzati per prevenire il verificarsi degli stessi.²⁷³ Dal tenore letterale della disposizione emerge chiaramente il carattere preventivo di questo strumento di monitoraggio che risponde all'esigenza primaria di investigare quali settori di attività svolta dalla società siano maggiormente esposti alla possibilità che vengano a delinearsi fattispecie corruttive. Il criterio sulla base del quale l'analisi del rischio deve essere svolta è in questo caso la normativa UNI ISO 31000:2010²⁷⁴ che è stata recentemente sostituita dalla sua versione aggiornata del 2018 e che mira a definire le linee guida per gestire il rischio, a qualsiasi livello dell'organizzazione questo possa concretizzarsi. Dunque, anche in questo caso si tratta di una fase di “mappatura del rischio” che ha il suo punto di inizio nell'analisi dei processi aziendali e che mira ad individuare quelli nell'attuazione dei quali gli interessi in gioco potrebbero ingenerare comportamenti corruttivi, ponendo l'accento, nel caso specifico, sui settori dell'impresa le cui attività sono finalizzate al soddisfacimento di un interesse pubblico.²⁷⁵ Come è già stato evidenziato, infatti, è l'interesse collettivo sotteso ad alcune funzioni aziendali che rappresenta il motivo per il quale la Pubblica Amministrazione è spinta ad investire risorse pubbliche, costituisce il fondamento della necessaria protezione avverso le fattispecie corruttive ed è dunque naturale concludere che, nel caso delle società disciplinate dal

²⁷⁰ V. Sarcone, “*L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche*”, Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2017), pg. 223.

²⁷¹ V. Sarcone, “*L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche*”, Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2017), pg. 236.

²⁷² ANAC, PNA 2019, pg. 20.

²⁷³ L. 190/2012, art. 1, co. 5, lett. a).

²⁷⁴ La normativa è accessibile previo pagamento al link: <http://store.uni.com/catalogo/uni-iso-31000-2010>.

²⁷⁵ V. Sarcone, “*L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche*”, Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2017), pg. 238.

Testo Unico, saranno proprio questi settori di attività aziendale a dover essere monitorati attentamente ai sensi della disciplina anticorruzione.

Il Piano Triennale contiene l'analisi dei rischi che si incorrono nel compimento di attività in alcuni settori "delicati" dell'ente societario. Risulta evidente, quindi, che questo documento risponde alla stessa esigenza fronteggiata dalla fase emblematicamente detta di "mappatura del rischio" che costituisce il punto di inizio dell'implementazione del modello 231. È opportuno, in questa fase, ragionare sul coordinamento dei due sistemi di prevenzione all'interno degli enti societari. Per assicurare che l'applicazione delle due discipline porti a risultati soddisfacenti dal punto di vista dell'efficienza, infatti, è opportuno che vengano stabilite delle "regole sulle regole", vale a dire delle indicazioni che descrivano come i due modelli debbano cooperare nella realtà societaria per poter costruire un unico ben funzionante apparato anticorrittivo.

Il Piano Nazionale Anticorruzione emanato dall'ANAC nel 2013, ha avuto una funzione di indirizzo per le Pubbliche Amministrazioni proprio in merito al coordinamento tra i due sistemi. Dopo aver ribadito che il modello delineato dalla Legge Severino deve ritenersi applicabile anche agli enti di diritto privato partecipati o controllati dallo Stato,²⁷⁶ infatti, il Piano Nazionale precisa che nell'implementare il MOG 231 così come impone il dettato normativo dell'articolo 6 d.lgs. 231/2001 e così come esaminato nel paragrafo precedente, le società debbano anche integrare lo stesso con le misure previste dalla 190/2012. Sono proprio queste integrazioni, dunque, a costituire secondo il documento dell'ANAC il contenuto del Piano di Prevenzione della Corruzione rispetto al quale deve essere garantita la trasparenza attraverso pubblicazione dello stesso sul sito internet della società ed essere inviato all'Amministrazione che esercita controllo sull'ente a cura del Responsabile per la Prevenzione della Corruzione,²⁷⁷ di cui ci si occuperà più avanti. Il Piano Nazionale espone un principio rilevante rispetto alla modalità con cui questi due sistemi devono convivere nella vita aziendale: per fare in modo che non si creino sovrapposizioni e quindi inefficienze di gestione, infatti, è previsto che il modello organizzativo che consenta di prevenire il verificarsi di fenomeni corruttivi possa essere il MOG 231 ma che questo debba essere in grado di "proteggere" l'ente societario anche dalla gamma di reati previsti dalla l. 190/2012.²⁷⁸

Nella realtà fattuale, tuttavia, l'applicazione delle linee guida contenute nel PNA 2013 non è stata sempre agevole per gli enti di cui si occupa il Testo Unico e proprio in ragione di tali difficoltà l'ANAC ha emanato, nel 2015 la determinazione n. 8 già menzionata e che qui ci si propone di analizzare nei suoi contenuti essenziali. Il documento pubblicato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, si propone di determinare delle linee guida che *"integrano e sostituiscono"*²⁷⁹ i dettami del PNA 2013 laddove questo non sia stato in grado

²⁷⁶ ANAC, PNA 2013, p. 12.

²⁷⁷ ANAC, PNA 2013, Allegato 1, pg. 30-31-32.

²⁷⁸ Così come riporta V. Sarcone, *"L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche"*, Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, *"Le società pubbliche nel Testo Unico"* (Giuffrè Editore, 2017), pg. 242.

²⁷⁹ ANAC, Det. 8/2015, pg. 5.

di indirizzare efficacemente gli enti societari nella gestione dei due modelli di prevenzione della corruzione. La determinazione specifica chiaramente come il suo contenuto sia da intendersi diretto a tutti gli enti partecipati e controllati dalle pubbliche amministrazioni e a loro volta anche a queste, per fare in modo che riescano ad indirizzare e monitorare efficientemente le società che controllano o delle quali detengano partecipazioni per quanto concerne la prevenzione dei reati.²⁸⁰

Anche nella determinazione n. 8/2015 e nella sua ulteriore versione (n. 12/2015), l'ANAC ribadisce come i modelli 231 e 190/2012 debbano convivere all'interno della realtà societaria perché i fenomeni corruttivi possano essere prevenuti efficacemente. Rispetto al PNA 2013, tuttavia, l'Autorità Nazionale sembra mutare parzialmente indirizzo in questo caso. Nel testo, infatti, il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione non viene descritto come adempimento obbligatorio al fine di integrare il MOG 231 con il "nuovo" sistema di prevenzione a norma della Legge Severino, ma la sua adozione è prevista piuttosto come una facoltà in capo alla società stessa.²⁸¹ Ciò che l'ANAC intende rendere obbligatorio, invece, secondo quanto indicato, è la predisposizione di misure concrete che siano in grado di proteggere l'ente societario dal novero dei reati di cui la l. 190/2012 si occupa e che qui assumono un ruolo cruciale. Si deve qui riportare la posizione dell'Autorità Nazionale, che sottolinea che anche laddove non sia stato implementato nella realtà societaria un sistema di prevenzione conforme al modello 231, gli enti societari sono tenuti a dotarsi di misure coerenti con la Legge Severino,²⁸² ponendo in questo modo in primo piano, per i soggetti disciplinati dal Testo Unico, la "protezione" di questo secondo apparato di regole. È in questo caso, però, che l'ANAC afferma che sia necessario per gli enti di diritto privato controllati o partecipati dalla Pubblica Amministrazione esplicitare il carattere e il funzionamento di queste misure nel Piano di Prevenzione della Corruzione il cui contenuto, a norma della determinazione n. 8, permette anche all'Autorità Nazionale di verificare l'efficienza e l'aggiornamento delle misure.²⁸³

Come si evince, il quadro non delineava un sistema chiaro con riguardo al coordinamento tra i due modelli di prevenzione, tanto che l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha ritenuto opportuno tornare sul tema con il PNA 2016, modificato con la delibera n. 831/2016 al cui testo ci si riferisce e le cui previsioni confluiscono nel PNA 2019, che rappresenta la loro ultima versione aggiornata. Nella delibera n. 831/2016, infatti, si sottolinea la necessità che le misure adottate dalla società in ottemperanza alla legge l. 190/2012 debbano essere dettagliatamente esplicitate e distinte da quelle costituenti parte del MOG 231 e che anche per gli enti di diritto privato controllati o partecipati dalla Pubblica Amministrazione nei quali non sia stato predisposto un modello 231, viga il dovere di adottare un apposito piano triennale di prevenzione della corruzione²⁸⁴ il quale oggi, in

²⁸⁰ ANAC, Det. 8/2015, pg. 5.

²⁸¹ Il paragrafo 3, lett. b), 9 della det. n. 12/2015, infatti, riporta le parole "se lo ritengono utile" rispetto all'adozione del Piano Triennale da parte di società, EDPCP ed enti pubblici economici.

²⁸² ANAC, det. 8/2015, pg. 13.

²⁸³ ANAC, Det. n. 8/2015, pg. 12.

²⁸⁴ ANAC, Del. n. 831/2016, pg. 14.

forza del d.lgs. 97/2016 e così come riportato dal PNA 2019, deve ricomprendere anche gli adempimenti in materia di trasparenza.²⁸⁵

Proprio con riguardo a questo tema, si era ricordato precedentemente come il programma triennale per la trasparenza e l'integrità fosse uno dei tre pilastri su cui le disposizioni della l. 190/2012 trovavano fondamento e che oggi, ad opera del d.lgs. 97/2016 questo sia stato unificato al piano triennale in modo tale da costituire un unico strumento bivalente, che possa essere in grado sia di prevenire il verificarsi di fenomeni corruttivi, sia che ottemperi agli obblighi vigenti in materia di *disclosure*.

Il PNA 2019 non solo definisce cosa si intende con il termine “trasparenza” per le Pubbliche Amministrazioni riportando la definizione espressa nel d.lgs. 33/2013 così come modificato dal d.lgs. 97/2016,²⁸⁶ ma ribadisce l'importanza che assumono gli adempimenti in questo senso con riguardo al dettato costituzionale.²⁸⁷ Gli obblighi vigenti in tale materia vengono adempiuti attraverso la pubblicazione, da parte degli enti pubblici, di una serie di informazioni (“*dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni*”)²⁸⁸ la cui comunicazione all'esterno è tale da garantire o comunque da promuovere l'integrità e lo svolgimento dell'attività secondo principi di etica e legalità.²⁸⁹

Resta da analizzare in che modo questi obblighi di *disclosure* siano da ottemperare all'interno delle realtà societarie disciplinate dal Testo Unico. Gli obblighi di trasparenza descritti dal d.lgs. 33/2013 non prevedevano, prima della sua modificazione ad opera del già citato d.lgs. 97/2016, una differenziazione tra gli enti di diritto privato in controllo o partecipazione della Pubblica Amministrazione e quelli pubblici.²⁹⁰ Con la delibera n. 1310/2016, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha inteso recepire le nuove norme introdotte dal d.lgs. 97/2016 proprio con riguardo alle società disciplinate dal d.lgs. 175/2016, prevedendo per queste differenti modalità di adempimento degli obblighi di trasparenza.²⁹¹ Queste sono state aggiornate con la delibera n. 1134/2017, alla quale giova riferirsi per delineare il quadro degli obblighi vigenti.

Quest'ultimo testo regolatorio non soltanto definisce l'ambito soggettivo di applicazione delle Linee Guida in essa contenute, ma precisa il principio cardine sulla base del quale adempiere agli obblighi di trasparenza in essa delineati e che ricomprendono sia quello di pubblicazione di informazioni riguardanti ogni aspetto della vita societaria delle pubbliche amministrazioni, sia la materia dell'accesso civico generalizzato, i due pilastri su cui l'intera materia trova il suo fondamento.²⁹² Secondo la disciplina vigente, è opportuno richiamare la distinzione operata dalla determinazione dell'ANAC n. 8/2015 tra gli enti di diritto privato controllati dalla

²⁸⁵ ANAC, PNA 2019, pg. 20.

²⁸⁶ ANAC, PNA 2019, pg. 76: è qui riportata la definizione di trasparenza, nella sua accezione di significato valevole per le Pubbliche Amministrazioni, definita come “*accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni*”.

²⁸⁷ ANAC, PNA 2019, pg. 77.

²⁸⁸ D.lgs. 97/2016, art. 2 che modifica il d.lgs. 33/2013 art. 1, co. 1.

²⁸⁹ ANAC, PNA 2019, pg. 77.

²⁹⁰ D.lgs. 33/2013, art. 11.

²⁹¹ ANAC, PNA 2019, pg. 78.

²⁹² ANAC, Del. n. 1134/2017, pg. 7.

Pubblica Amministrazione e quelli che invece risultano meramente partecipati rispetto ai quali la disciplina è strutturata in modo differente.

Per i primi, infatti, gli obblighi di trasparenza devono considerarsi gli stessi vigenti per le Pubbliche Amministrazioni e quindi il dovere di *disclosure* e quello di garantire a terzi l'accesso civico generalizzato devono essere ottemperati con riguardo alla totalità delle attività svolte da questi stessi enti. Per i secondi, invece, la delibera n. 1134/2017 sottolinea come si debba operare una distinzione fra le attività svolte dagli enti societari partecipati che rispecchiano il loro carattere "privato" e quelle che invece sono intraprese e condotte in forza della partecipazione detenuta dal socio pubblico e rispondono, quindi, ad esigenze di interesse collettivo. Come è facile immaginare a questo punto della trattazione, infatti, è con riguardo a queste ultime che va garantito il rispetto degli obblighi di trasparenza, così come delineati dalla delibera stessa.²⁹³

Sembra opportuno, in virtù dell'unificazione operata dal d.lgs. 97/2016 delle materie di prevenzione della corruzione e di obblighi di trasparenza e integrità, richiamare anche la disciplina sul Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Prima del 2016, infatti, l'ANAC, in attuazione del dettato normativo della legge l. 190/2012, prevedeva la nomina di due Responsabili, uno che si occupasse di monitorare il sistema di misure adottate dalla società in materia di anticorruzione, e il secondo che avesse la funzione di controllare l'adempimento degli obblighi di trasparenza da parte dell'ente societario di riferimento. Oggi queste due figure sono oggi "unificate" coerentemente con le disposizioni che hanno imposto l'adozione di un unico piano societario che potesse far fronte sia all'esigenza di prevenzione della corruzione sia a quella di trasparenza e integrità.²⁹⁴ La funzione svolta dal Responsabile è oggi quella di predisporre il piano triennale, di sottoporlo all'esame degli organi di indirizzo e infine di monitorarne il rispetto ad opera dell'ente societario in cui si inserisce.²⁹⁵ A seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 97/2016, inoltre, risulta preferibile che l'incarico in esame venga ricoperto da un dirigente dell'ente o che, nell'impossibilità di rispettare questo criterio, la figura che dovrà ricoprire tale ruolo sia tale da poter operare nel rispetto del principio di autonomia ed indipendenza rispetto agli interessi dell'ente stesso.²⁹⁶ Anche in questo caso è necessario chiarire se anche per le società controllate o partecipate dalla Pubblica Amministrazione, delle quali ci si occupa, viga il dovere di nominare una tale figura societaria. La risposta deve essere affermativa, considerato il testo della determinazione n. 8/2015 che prevede anche per queste tale obbligo.²⁹⁷

In conclusione, sembra opportuno per dovere di completezza espositiva, accennare al terzo "pilastro" su cui si fonda l'intera materia della prevenzione delle fattispecie corruttive così come delineata dalla legge l. 190/12,

²⁹³ ANAC, Del. n. 1134/2017, pg. 8.

²⁹⁴ V. Sarcone, "L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche", Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, "Le società pubbliche nel Testo Unico" (Giuffrè Editore, 2017), pg. 266.

²⁹⁵ ANAC, PNA 2019, pg. 22.

²⁹⁶ V. Sarcone, "L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche", Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, "Le società pubbliche nel Testo Unico" (Giuffrè Editore, 2017), pg. 273.

²⁹⁷ ANAC, Det. n. 8/2015, pg. 17.

i codici di comportamento.²⁹⁸ È ancora il Piano Nazionale Anticorruzione del 2019 a fornirci le indicazioni necessarie per comprendere le caratteristiche e la finalità della predisposizione di tale strumento. I codici in questione contengono vere e proprie regole comportamentali, da cui il loro nome, che devono guidare le modalità di svolgimento delle attività aziendali quotidiane ad opera di coloro i quali sono chiamati a svolgerle e che hanno il dovere di conformarsi alle stesse. Le regole di condotta contenute in tali documenti, infatti, hanno sì valore morale ma, a differenza di quelle ricomprese nei codici etici, hanno valenza giuridica e sono tali, per questo, da far insorgere responsabilità disciplinare nel caso in cui vengano infrante.²⁹⁹

Si chiude in questo modo la panoramica dei presidi anticorruzione previsti dalla Legge Severino che hanno quale funzione principale rispetto alle società controllate o partecipate dallo Stato quella di assicurare che gli interessi collettivi coinvolti nelle attività condotte dalle imprese siano tutelati anche con riguardo alla possibilità che emergano fenomeni corruttivi in grado di recare danno a tali realtà. La differenza tra il modello 231 e quello qui analizzato, infatti, può essere apprezzata proprio in questo senso: mentre il primo mira a scongiurare il verificarsi di fattispecie di reato a vantaggio dell'ente, i presidi anticorruzione della l. 190/2012 sono finalizzati a prevenire comportamenti corruttivi che ingenerino un danno alla società. Come si evince, le due discipline rispondono a finalità differenti ma non meno rilevanti ed è in ragione di quanto appena osservato che si stabilisce la necessità che tali strumenti di monitoraggio non solo convivano nelle realtà del Testo Unico ma anche che collaborino efficacemente integrandosi nel sistema dei controlli, al fine di non tralasciare nessun profilo di tutela degli interessi a rilevanza pubblicistica coinvolti nella gestione aziendale.

1.3.c La disciplina del *whistleblowing*

La trattazione in merito alle previsioni introdotte dalla l. 190/2012 non sarebbe completa se non prevedesse un'apposita sezione dedicata alla nuova disciplina riguardante il *whistleblowing*, pratica di derivazione anglosassone³⁰⁰ recentemente introdotta anche nel nostro ordinamento. L'articolo 51 della Legge Severino, infatti, integrando il dettato della legge l. 165/2001 con l'articolo 54-bis, introduceva la "*Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*", disposizione oggi a sua volta modificata dall'articolo 1 della l. 179/2017 che rappresenta l'ultimo stadio di aggiornamento della normativa e al quale ci si riferirà in questa sede.

L'articolo 51 della Legge Severino, prima dell'introduzione delle ultime novità in materia del 2017, si rivolgeva specificatamente ai dipendenti pubblici, così come appare dalla rubrica della previsione stessa, e ha avuto il merito di introdurre in Italia una disciplina fino ad allora prevista unicamente "su carta" dalle

²⁹⁸ P. Previtali, P. Cerchiello, "*The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*" *Public Management Review* (2018), 20:11, 1683-1701, DOI: 10.1080/14719037.2017.1417468, pg. 1685.

²⁹⁹ ANAC, PNA 2019, pg. 46.

³⁰⁰ L. Gelmini, "*Piani contro la corruzione, modelli organizzativi e whistleblowing: l'esperienza italiana*" (Universitas Studiorum, 2018), pg. 82.

Convenzioni Internazionali (ONU, OCSE, Consiglio d'Europa) ratificate anche dall'Italia ma che non avevano mai trovato concreta attuazione nel nostro ordinamento.³⁰¹

Pare opportuno, per affrontare il tema oggetto della trattazione, definire in primo luogo la figura del “*whistleblower*” che, potremmo dire, riveste un ruolo da protagonista nella procedura di segnalazione. Il “segnalatore di illeciti” (o, letteralmente “colui che suona il fischiotto”) è il soggetto che, durante l'attività lavorativa, ha il fondato sospetto o arrivi a scoprire concretamente che all'interno dell'ambiente aziendale nel quale opera è stato posto in essere un illecito e decide, appunto, di segnalarlo.³⁰²

Già a partire dalla definizione appena delineata è possibile mettere in luce una delle caratteristiche più importanti di questo peculiare tipo di monitoraggio dell'attività aziendale: il *whistleblower* è un soggetto interno all'ambiente lavorativo nel quale si costituisce la fattispecie di reato e, ancor di più, non è un componente di un organismo societario che svolge come sua funzione quella di monitoraggio delle attività aziendali al fine di prevenire illeciti, ma è invece un “semplice” dipendente che vive in prima persona e quotidianamente la realtà societaria e parte proprio da questa per ravvisare e denunciare irregolarità. Il Ministero della Giustizia, infatti, definisce questo sistema di protezione emblematicamente come un “*sistema immunitario interno*”, ponendo l'accento proprio sul carattere intrinseco del monitoraggio stesso.³⁰³ A differenza degli altri tipi di controllo già esaminati, infatti, ciò che rende interessante e, come vedremo, di difficile regolazione, il *whistleblowing* è proprio la condizione per la quale il soggetto denunciante si trova ad essere “interno” o come forse è meglio dire “immerso” nell'attività stessa oggetto del controllo.

Appare subito evidente come la figura delineata e l'eventualità che questo segnali effettivamente un illecito generano la necessità che vengano previste forme di tutela per il *whistleblower* stesso, il quale una volta esposti segnalando il reato potrebbe trovarsi destinatario di ritorsioni sul luogo di lavoro. In ragione di ciò, l'articolo 54-bis della l. 165/2001 così come introdotto dall'articolo 51 della l. 190/2012 viene rubricato “*Tutela per il dipendente [...]*” a testimonianza che finalità primaria della legislazione sul tema è quella di garantire adeguata protezione a colui il quale decide di esporsi a questo rischio. Il primo comma della disposizione in discorso, infatti, mette subito in chiaro quanto sopra detto specificando che, escluso il caso in cui la segnalazione costituisca calunnia o diffamazione, il *whistleblower* non potrà, per via della sua denuncia, subire ritorsioni sul luogo di lavoro che possano danneggiarlo, arrivano persino a configurarsi, nel peggiore dei casi, in un licenziamento illegittimo.³⁰⁴

³⁰¹ L. Gelmini, “*Piani contro la corruzione, modelli organizzativi e whistleblowing: l'esperienza italiana*” (Universitas Studiorum, 2018), pg. 92-93.

³⁰² È possibile reperire una definizione della figura del *whistleblower* sul sito internet del Ministero della Giustizia, che contiene una sezione dedicata alla materia oggetto di trattazione: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_29_21_5.page.

³⁰³ La definizione è ancora una volta visionabile sulla pagina dedicata al tema del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_29_21_5.page.

³⁰⁴ L. 165/2001, Art. 54-bis co. 1 così come introdotto dalla l. 190/2012, art. 51. Si fa riferimento in questo caso al testo vigente prima dell'emanazione della l. 179/2017, normativa che verrà esaminata più avanti in questa stessa sede.

Il tema della protezione da tali possibili conseguenze sul luogo di lavoro costituisce il fulcro dell'intera disciplina ed è tanto rilevante da giustificare l'analisi della sua portata ancora prima di quella riguardante gli aspetti procedurali che regolano le modalità con cui è eventualmente possibile segnalare l'illecito. La tutela del *whistleblower*, infatti, assume tale importanza da dover essere “*effettiva ed efficace*”, a norma delle Linee Guida sul tema emanate dall'ANAC a seguito di pubblica consultazione,³⁰⁵ che rappresentano una delle fonti regolatorie più rilevanti in materia. Queste, infatti, sottolineano come il soggetto che decide di segnalare dovrebbe essere protetto da qualunque parte coinvolta dalla denuncia stessa: in primo luogo l'amministrazione di provenienza del segnalatore, inoltre qualsiasi autorità che può attivarsi per controllare l'effettiva presenza dell'illecito e, in ogni caso, l'Autorità Nazionale Anticorruzione e la Corte dei Conti che in ultima istanza prenderanno coscienza della segnalazione.³⁰⁶

Il Piano Nazionale Anticorruzione emanato dall'ANAC nel 2016 rimanda, per quanto riguarda la materia della tutela del segnalatore, alle disposizioni contenute nelle Linee Guida del 2015³⁰⁷ già menzionate e alle quali conviene fare riferimento per avere un quadro generale in materia di protezione del *whistleblower*, prima di delineare come il sistema è cambiato a seguito delle innovazioni introdotte nel 2017 e che sono state recepite nel Piano Nazionale Anticorruzione del 2019.³⁰⁸

La delibera n. 6 del 28 Aprile del 2015, denominata “*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*” conteneva infatti, la disciplina sul tema della protezione del *whistleblower* con riguardo all “vecchia” versione della legislazione, che prevedeva che il segnalatore fosse tipicamente un dipendente pubblico. In particolare, il testo regolatorio pone subito in evidenza come sia da considerare un dovere per ogni pubblica amministrazione dotarsi di un sistema interno di segnalazione di illeciti e che questo venga regolato nel Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione, che nel 2015 non era ancora stato unificato con quello per la trasparenza e l'integrità, come già analizzato in precedenza. La delibera impone all'ANAC stessa di dotarsi di procedure idonee per gestire le segnalazioni che l'articolo 54-bis della l. 165/2001 prevede possano giungere all'Autorità non solo da parte dei suoi dipendenti ma anche da parte di quelli degli altri enti pubblici.³⁰⁹ L'ANAC è quindi, indubbiamente, un punto di riferimento “esterno” importante per la segnalazione di illeciti ed è grazie a questo dato che possiamo delineare un'altra caratteristica interessante di questo sistema di controllo: il processo di monitoraggio che, in questo caso, nasce dall'atto di un segnalatore interno alla realtà societaria, diventa in una seconda fase un controllo “esterno”, nel momento in cui la denuncia del *whistleblower* raggiunge l'Autorità Nazionale Anticorruzione.

³⁰⁵ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, “*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*”, pg. 1.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ ANAC, PNA 2016, pg. 36.

³⁰⁸ ANAC, PNA 2019, pg. 103.

³⁰⁹ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, “*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*”, pg. 2.

È per questo che, a norma delle Linee Guida del 2015, viene in luce la necessità che prima di tutto l'ANAC stessa si doti di un sistema procedurale idoneo a recepire correttamente le segnalazioni che risponda soprattutto all'esigenza delineata dall'articolo 54-bis della l. 165/2001, quella di tutelare efficacemente il *whistleblower*.³¹⁰ Un primo strumento atto a proteggere il dipendente da possibili ritorsioni è la tutela della sua riservatezza. L'Autorità non manca di precisare, in questa sede, che la corretta interpretazione del tipo di segnalazione non ricomprenda quelle anonime, nel contesto delle quali non sia possibile per l'Autorità che le riceve identificare il soggetto da cui la stessa proviene³¹¹ e quelle che, pur provenendo da un dipendente identificabile hanno come oggetto un "sospetto" o una "voce", non permettendo all'Autorità di delineare precisamente le circostanze in cui si teme che l'illecito sia venuto in essere.³¹²

Convieni soffermarsi su quanto appena affermato per comprendere a fondo l'importanza della disciplina sulla tutela del dipendente. Non potendo "suonare il fischietto" anonimamente, infatti, i dati personali del *whistleblower* potrebbero essere conosciuti, ad esempio, dal superiore gerarchico del segnalatore che potrebbe rivalersi su questo nel contesto della sua attività lavorativa quotidiana, arrivando a costringerlo a dimettersi o a licenziarlo nella peggiore delle ipotesi. Risulta quindi evidente come non possa prescindersi dallo sviluppo misure volte a tutelare il segnalatore in modo tale che, forte di queste, non venga al contrario scoraggiato nel suo intento di denunciare l'illecito. Si può concludere sul punto, quindi, affermando che è proprio attraverso il sistema di tutela del dipendente che si può riuscire a "far funzionare" il sistema, favorendo l'intento dei segnalatori e recependo, in ultimo, segnalazioni utili al fine di porre fine alle fattispecie corruttive.

Per garantire l'efficacia del sistema, le Linee Guida prevedono che oggetto della segnalazione possano essere non solamente i reati disciplinati dal Titolo II, Capo I del Codice Penale ma anche l'abuso di potere nella gestione amministrativa per l'ottenimento di un vantaggio di natura privata e tutte quelle situazioni da cui emerga una gestione non corretta dell'amministrazione,³¹³ così come previsto in via generale dalla l. 190/2012 e come è stato evidenziato precedentemente in questa trattazione. Affinché la segnalazione sia ricevibile e dunque il *whistleblower* possa godere della tutela prevista dall'ordinamento, inoltre, il contenuto della sua segnalazione non deve costituire calunnia o diffamazione³¹⁴, escludendo quindi il caso in cui la denuncia abbia ad oggetto "informazioni false rese con dolo o colpa".³¹⁵

Altro tema delicato in materia di tutela della riservatezza del *whistleblower* è quello relativo alla possibilità, per il soggetto che viene denunciato, di conoscere l'identità del segnalatore. È evidente, infatti, come questo

³¹⁰ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)", pg. 3.

³¹¹ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)", pg. 4.

³¹² ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)", pg. 6.

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ L. 165/2001, Art. 54-bis co. 1 così come introdotto dalla l. 190/2012, art. 51. Si fa riferimento in questo caso al testo vigente prima dell'emanazione della l. 179/2017, normativa che verrà esaminata più avanti in questa stessa sede.

³¹⁵ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)", pg. 6.

si ricollegli alla necessità di tutelare la riservatezza di quest'ultimo per evitare che il primo si rivalga contro di lui. Le Linee Guida del 2015 disciplinano specificatamente la materia delineando due ipotesi, di seguito esaminate.

La prima è la situazione in cui l'Autorità già conosca, seppur in fase preliminare, la circostanza su cui insiste la segnalazione. In questo caso è esplicitamente escluso che, senza il consenso del *whistleblower*, la sua identità possa essere rivelata al presunto autore dell'illecito.³¹⁶ La previsione ha una ratio evidente: laddove ci siano già elementi sulla base dei quali condurre un'investigazione all'interno della Pubblica Amministrazione e la segnalazione non faccia altro che "confermare" quanto già sospettato dall'ANAC, la probabilità che l'illecito sia una realtà è maggiore che in altri casi e la necessità di tutelare il *whistleblower* da possibili futuri danni è quindi tanto pressante da giustificare il divieto in esame. Laddove ci sia il consenso del segnalatore, invece, è naturale concludere che la sua identità possa essere svelata e giova qui anticipare che tale consenso rappresenta oggi sempre un requisito necessario senza il quale l'identità del segnalatore non può essere svelata.³¹⁷

La seconda ipotesi delineata dalle Linee Guida del 2015 riguarda, invece, la situazione in cui il processo di investigazione sulla fattispecie corruttiva o di malamministrazione si basi unicamente sull'oggetto della denuncia del *whistleblower*. In questo caso l'Autorità Nazionale Anticorruzione ammetteva che il soggetto denunciato potesse conoscere l'identità del segnalatore, anche senza il suo consenso, ma ciò solamente nel caso in cui questo fosse "*assolutamente indispensabile*" per garantirgli la possibilità di difendersi adeguatamente durante la contestazione.³¹⁸ È interessante in quest'ultimo caso notare come il diritto di difesa, costituzionalmente garantito, fosse stato considerato "prevalente" rispetto al requisito del consenso del *whistleblower* per la rivelazione della sua identità. Anche in questo caso risulta doverosa un'osservazione: la garanzia per il soggetto denunciato di potersi efficacemente difendere nel caso in cui venga "accusato" di essere l'attore di un illecito tramite una segnalazione veniva assicurata in questo caso più efficacemente che nel precedente in ragione della circostanza che il contenzioso trovasse fondamento in quest'ultimo caso solamente su quanto affermato dal *whistleblower* stesso ed appariva quindi ragionevole affidare all'Autorità Nazionale Anticorruzione il compito di dare la possibilità ad entrambi di "dire la propria" in merito alla denuncia, prevedendo anche la possibilità per il presunto autore dell'illecito di conoscere l'identità del segnalatore laddove senza questa informazione risultasse impossibile difendersi adeguatamente. Peraltro, con riguardo al requisito dell'"*assoluta indispensabilità*" dell'informazione in merito all'identità del segnalatore, emergeva una lacuna legislativa. Non veniva prescritto, infatti, chi fosse titolare della funzione di valutare se la condizione di cui sopra fosse o meno sussistente e se fosse quindi opportuno rivelare i dati del *whistleblower*.

³¹⁶ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*", pg. 6-7.

³¹⁷ Ciò grazie alle novità legislative introdotte dalla L. 179/2017 delle quali si dirà successivamente.

³¹⁸ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*", pg. 7.

In mancanza di tale previsione, le Linee Guida ipotizzavano che dovesse essere l’Autorità stessa esaminatrice della segnalazione a dover valutare, caso per caso, se l’identità andasse rivelata o meno e che in ogni caso, in ragione dell’obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo ai sensi dell’articolo 3 della L. 214/1990, l’Autorità avesse l’obbligo di fornire adeguata motivazione sia nel caso in cui scegliesse di celare i dati del *whistleblower* sia nell’eventualità in cui avesse deciso di svelarli.³¹⁹

Oggi, grazie alla novella legislativa introdotta dalla L. 179/2017 che ha parzialmente modificato la disposizione normativa a ciò dedicata, non è più possibile svelare l’identità del segnalatore, anche nel caso in cui ci sia bisogno di tutelare il diritto di difesa dell’”accusato” nella situazione delineata dalle Linee Guida del 2015 e precedentemente esaminata, dovendosi sempre richiedere il consenso del *whistleblower* perché ciò avvenga.³²⁰ Sebbene questa sia indubbiamente da valutarsi quale misura aggiuntiva di protezione dei dati personali del segnalatore, non può omettersi in tale sede come la strutturazione previgente del sistema fosse idonea a scoraggiare i dipendenti nel loro intento di segnalare, tale che per anni il sistema sia stato connotato da una scarsa affidabilità dal punto di vista della tutela della riservatezza.

Il modello procedurale proposto dall’ANAC per la segnalazione d’illeciti prevede una duplice componente. L’Autorità Nazionale Anticorruzione, infatti, prescrive la necessità che il sistema preveda sia un apparato di regole a salvaguardia della riservatezza del *whistleblower* così come in precedenza delineato, sia un sistema tecnologico approntato in ogni Pubblica Amministrazione, il cosiddetto “*sistema di gestione delle segnalazioni*”, che renda accessibile la possibilità di segnalare. Tra le caratteristiche che l’ANAC ritiene essenziali perché questo funzioni correttamente e risponda alle esigenze peculiari già delineate, emergono le previsioni circa la necessità di tutelare non soltanto la riservatezza del *whistleblower* ma anche del presunto attore dell’illecito e quella che impone che il segnalatore sia sempre in grado di accedere al sistema stesso per controllare lo stato di avanzamento della sua denuncia.³²¹

Per quanto riguarda la prima delle due disposizioni citate, non era emerso fino a questo punto della trattazione il tema della protezione di entrambe le parti nella contestazione dell’illecito: giova sottolineare, infatti, come il contenuto della segnalazione sia come è ovvio “da confermare”, e costituisca solamente un primissimo stadio dell’accertamento della fattispecie corruttiva. Per questo, è fondamentale che il presunto attore non venga accusato o subisca a sua volta ripercussioni sulla base di quello che non è ancora un fenomeno corruttivo accertato definitivamente. Sulla possibilità accordata al *whistleblower* di conoscere in ogni momento lo stadio di avanzamento della procedura, invece, emerge la necessità di dotarsi di sistemi informatici idonei a garantire tale opportunità. A questo proposito, il Piano Nazionale Anticorruzione del 2016 sottolinea che l’ANAC stava

³¹⁹ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, “*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*”, pg. 7.

³²⁰ D.lgs. 165/2001, art. 54-bis, co. 3, si fa riferimento in questo caso alla formulazione della norma così come novellata grazie alle disposizioni della L. 179/2017.

³²¹ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, “*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*”, pg. 8.

provvedendo in materia dotandosi di un sistema Open Source in grado di fornire tale servizio e di assicurare riservatezza ai *whistleblower* anche attraverso le tecnologie di crittografia *end-to-end* delle informazioni.³²² Il modello prevede la possibilità per il *whistleblower* di accreditarsi sulla piattaforma informatica messa a disposizione e che genera un codice identificativo del segnalatore, in modo tale che la sua identità resti celata all'esterno per garantire la tutela alla riservatezza sopra analizzata ma che allo stesso tempo dia allo stesso la possibilità di verificare il già menzionato stato di avanzamento della procedura.³²³

Nella prima fase del procedimento, quella che prevede l'avvenuto recepimento della segnalazione, assume un ruolo cruciale il Responsabile per la prevenzione della corruzione, che ha il compito di verificare la non manifesta infondatezza della segnalazione.³²⁴ Come già affermato in precedenza e come si avrà modo di approfondire più dettagliatamente in seguito, il ruolo e le funzioni della figura in questione sono oggi cambiate a seguito del d.lgs. 97/2016 che ha "unificato" nella figura del Responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza i ruoli che prima erano affidati a due soggetti distinti.³²⁵ Il Responsabile, eventualmente affiancato in questo *iter* da un "*gruppo di lavoro dedicato*", analizza la segnalazione e laddove questa risulti non manifestamente infondata provvede ad inoltrarla a chi ne ha la competenza, dando così il via alla seconda fase del controllo.

La segnalazione può giungere infatti, così come è indicato dalle Linee Guida, al Dirigente del Dipartimento nel quale si presume che l'illecito sia venuto in essere, all'ufficio procedimenti disciplinari laddove si configuri anche una responsabilità di questo tipo, al Dipartimento della funzione pubblica ed infine proprio all'ANAC, alla Corte dei Conti ed alla Autorità Giudiziaria.³²⁶ Come si può constatare, il controllo che fino a questo momento era tipicamente interno assume rilevanza esterna e passa nelle mani delle Autorità che devono verificare la fondatezza e la veridicità di quanto si è affermato nella prima fase. Tuttavia, proprio rispetto a questo passaggio della procedura è la stessa Autorità Nazionale Anticorruzione ad evidenziare una lacuna nella legislazione sul tema. Si registra, infatti, la mancanza di previsioni in merito alle modalità con cui tutelare la riservatezza del *whistleblower* nella fase in cui la segnalazione passi ad un'Autorità esterna. Interpretando la legislazione l'ANAC sosteneva nel 2015 che l'identità del segnalatore dovesse essere svelata in questa fase per dare all'Autorità ricevente la denuncia gli strumenti adeguati a proseguire nell'indagine ma che, allo stesso tempo, la segnalazione dovesse essere accompagnata con la notificazione che il soggetto la cui identità veniva resa nota fosse titolare dei diritti di riservatezza garantiti dall'articolo 54-bis del d.lgs. 165/2001.³²⁷

³²² ANAC, PNA 2016, pg. 37.

³²³ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*", pg. 11.

³²⁴ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*", pg. 10.

³²⁵ D.lgs. 97/2016, art. 41, co. 1, lett. f).

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*", pg. 12.

In conclusione, le Linee Guida del 2015 con cui l'ANAC ha inteso regolare la nuova disciplina del *whistleblowing*, non mancano di ricordare come il legislatore non fosse ancora intervenuto sul regime da ritenersi applicabile nelle società del d.lgs. 175/2016. In mancanza di una regolazione normativa sul tema, infatti, l'Autorità Nazionale Anticorruzione riteneva che il *whistleblowing* dovesse essere disciplinato in queste coerentemente con gli obblighi previsti in materia di trasparenza, così come sopra esaminati.³²⁸

La lacuna normativa, come detto in precedenza, è stata colmata due anni dopo, nel 2017, con le previsioni della l. 179/2017 che hanno avuto il merito di estendere la disciplina sulla tutela del dipendente che segnala l'illecito agli enti pubblici economici, quelli controllati dalla pubblica amministrazione ed ai lavoratori e collaboratori delle imprese che forniscono servizi alla Pubblica Amministrazione.³²⁹ La norma in esame rinnova e rafforza la disciplina sopra descritta in tema di tutela della riservatezza del *whistleblower* introducendo alcune rilevanti previsioni.

Viene riconfermata l'esclusione della protezione del segnalatore di illeciti nel caso in cui questo si renda colpevole, con la sua denuncia, di calunnia o diffamazione ma alla previsione viene data nuova importanza dedicandole un apposito comma,³³⁰ a testimonianza della rilevanza della prima fase della procedura, nella quale deve essere analizzato compiutamente il contenuto della segnalazione. In ragione di ciò, non sorprende come assuma ancora maggiore rilevanza nell'*iter* di contestazione il ruolo del Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza la cui funzione, con riguardo alla materia del *whistleblowing*, viene delineata dal Piano Nazionale Anticorruzione del 2019.

Il Responsabile, infatti, è il primo destinatario delle segnalazioni e ha il compito di verificarne la non manifesta infondatezza e la ricevibilità delle stesse, a pena di sanzioni che l'ANAC può impartire allo stesso nel caso di mancata ottemperanza di questi doveri.³³¹ La nuova disciplina rinnova la previsione circa la protezione dell'identità del *whistleblower*, anche con riguardo alla sola unica eccezione in forza della quale la stessa potrebbe essere, oggi con il suo consenso, svelata al segnalato³³² ed impone alle Pubbliche Amministrazioni di dotarsi di sistemi informatici che garantiscano la possibilità concreta ai loro dipendenti di segnalare le condotte illecite eventualmente riscontrate sul luogo di lavoro. Perché ciò diventi realtà fattuale, è stato lanciato il progetto "Whistleblowing PA" che si pone l'obiettivo di fornire ad ogni organizzazione che necessiti di tale servizio, una piattaforma digitale aggiornata con i nuovi sistemi di crittografia *end-to-end* per permettere ai propri dipendenti di inviare segnalazioni interne per denunciare gli illeciti e allo stesso tempo garantire loro la dovuta tutela alla riservatezza.³³³

³²⁸ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*", pg. 13.

³²⁹ L. 179/2017, art. 1, co. 2.

³³⁰ L. 179/2017, art. 1, co. 9.

³³¹ Le sanzioni vengono riportate, nel loro ammontare che può essere da 10.000€ a 50.000€, dall'ANAC stessa nel PNA 2019, pg. 103.

³³² L. 179/2017, art. 1, co. 3.

³³³ Le caratteristiche del progetto in questione sono riportate sul sito internet dello stesso: <https://www.whistleblowing.it/progetto/>.

Per quanto concerne la protezione assicurata al dipendente nei confronti delle possibili misure discriminatorie adottate in suo danno sulla base della segnalazione, la riforma introdotta con l. 176/2017 non manca di introdurre apposite previsioni. Non solo viene codificato il potere dell'ANAC di comminare sanzioni all'Amministrazione di appartenenza del *whistleblower* che abbia adottato misure ritorsive sulla base del suo atto di denuncia,³³⁴ ma viene anche previsto un onere della prova sulla stessa che dovrà, in giudizio, provare che gli stessi atti danneggianti il lavoratore sono stati adottati per motivi estranei alla segnalazione.³³⁵ A garanzia ulteriore per il dipendente che intenda denunciare il presunto illecito è assicurato il diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro laddove la ritorsione del superiore gerarchico sia giunta fino ad un licenziamento illegittimo.³³⁶ Facendosi forza del nuovo potere sopramenzionato di impartire sanzioni alle organizzazioni di provenienza del *whistleblower* che subisca ritorsioni, l'ANAC ha provveduto a comminare una sanzione di 5.000€ al superiore gerarchico di un dipendente di un comune campano che aveva segnalato un abuso d'ufficio e che era stato, per questo, danneggiato sul luogo di lavoro, rendendo così attuale, per la prima volta, la possibilità di sanzionare economicamente il responsabile di tali atti ritorsivi.³³⁷

La riforma della disciplina del *whistleblowing* comporta importanti novità anche con riguardo al settore privato per il quale fino a questo momento non era prevista alcun tipo di regolamentazione della materia. Per gli enti di diritto privato, infatti, l'articolo 2 della l. 179/2017, prevede alcune integrazioni dell'articolo 6 del d.lgs. 231/2001 che, in questa sede, è doveroso riportare. Le previsioni introdotte hanno il merito di rendere obbligatoria l'integrazione del MOG 231 con un sistema che consenta ai dipendenti di tali enti di segnalare in sicurezza gli illeciti riscontrati nell'attività lavorativa giornaliera, rendendo applicabile la disciplina del *whistleblowing* anche agli enti societari di natura privatistica che svolgono attività di interesse collettivo. La segnalazione dell'illecito, in questo caso, deve essere resa possibile da almeno due canali informativi interni all'ente, uno principale e uno alternativo, che assicurino al dipendente sia la possibilità di segnalare l'illecito, sia la tutela della riservatezza nell'iter di denuncia e che riescano a garantire allo stesso analoga protezione avverso agli atti ritorsivi eventualmente portati avanti in suo danno per via della segnalazione.³³⁸

Nonostante nelle sue intenzioni e nel suo contenuto la legislazione in tema di *whistleblowing* vada incoraggiata, non si possono non sottolineare in questa sede le criticità che l'applicazione della stessa ha rivelato. Rispetto ad altri Paesi europei, infatti, la legislazione italiana sul punto può considerarsi ad un primo stadio di sviluppo e, ad avviso di molti, non può essere considerata sufficiente per garantire un sistema di segnalazioni efficiente.³³⁹ Lo dimostra un semplice dato: nel 2015, a seguito dell'emanazione del d.lgs. 90/2014 che costituiva il primo aggiornamento della materia rispetto alla Legge Severino e imponeva alle

³³⁴ L. 179/2017, art. 1, co. 6.

³³⁵ L. 179/2017, art. 1, co. 7.

³³⁶ L. 179/2017, art. 1, co. 8.

³³⁷ ANAC, Del. n. 782/2019.

³³⁸ L. 179/2017, art. 2, co. 1, lett. a), b), c).

³³⁹ P. Previtali, P. Cerchiello, "The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities" *Public Management Review* (2018), 20:11, 1683-1701, DOI: 10.1080/14719037.2017.1417468, pg. 1684.

Pubbliche Amministrazioni di dotarsi di adeguati sistemi di segnalazione, non sono state registrate dall'ANAC più di, in media, dieci segnalazioni al mese,³⁴⁰ pochissime se consideriamo il numero elevatissimo di impiegati nel settore pubblico.

In risposta all'evidente necessità di sviluppare ulteriormente il sistema della segnalazione di illeciti, Previtali e Cerchiello nel loro "*The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*" hanno analizzato quali possano essere considerati i fattori su cui puntare per riuscire, finalmente, a far funzionare correttamente il meccanismo.

Da una parte viene evidenziata la necessità che ci siano regole procedurali certe sulle modalità con cui portare avanti la denuncia, perché soltanto grazie a queste è possibile per il *whistleblower* sapere con certezza come agire e non rischiare di, nelle more della decisione sul come procedere, restare scoraggiato nel proprio intento di segnalare.³⁴¹ Non sarebbe da sottovalutare nemmeno l'opportunità di istituire canali informativi o corsi di aggiornamento interni alle singole organizzazioni per promuovere un flusso informativo costante e aggiornato sul *whistleblowing*, le sue caratteristiche e i benefici che potrebbero derivare da un sistema di segnalazione utilizzato e sfruttato all'interno della realtà lavorativa.³⁴² Questo, ad avviso dei due studiosi, non farebbe che incrementare le possibilità che si crei il tanto agognato clima di eticità e legalità che è sempre protagonista della legislazione in tema di prevenzione della corruzione e promozione della trasparenza e integrità, posto come finalità ultima anche negli interventi regolatori dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, come si è analizzato in precedenza.

I risultati dello studio condotto dai due studiosi su 365 organizzazioni devono far riflettere. In 269 delle predette, infatti, non è stata registrata neanche una segnalazione mentre nelle restanti i casi di *whistleblowing* arrivano ad essere in media 3 in ogni organizzazione.³⁴³ Nonostante debba riconoscersi che ogni ente considerato nello studio è diverso dagli altri e che l'eterogeneità delle caratteristiche e delle realtà lavorative all'interno delle quali le segnalazioni dovrebbero "nascere" rendono complesso il delineare delle soluzioni comuni, Previtali e Cerchiello tentano comunque di studiare i dati ed estrapolarne le dovute interpretazioni.

Visti i rischi connessi alla pratica della segnalazione per il *whistleblower*, si potrebbe pensare in un primo momento che nelle organizzazioni con un numero di dipendenti più ristretto sia più semplice creare un clima di fiducia ed etica e che conseguentemente queste realtà siano maggiormente favorevoli per ciò che concerne lo sviluppo della pratica in esame. I risultati dello studio considerato, invece, arrivano ad affermare il contrario:

³⁴⁰ P. Previtali, P. Cerchiello, "*The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*" *Public Management Review* (2018), 20:11, 1683-1701, DOI: 10.1080/14719037.2017.1417468, pg. 1685.

³⁴¹ P. Previtali, P. Cerchiello, "*The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*" *Public Management Review* (2018), 20:11, 1683-1701, DOI: 10.1080/14719037.2017.1417468, pg. 1688.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ P. Previtali, P. Cerchiello, "*The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*" *Public Management Review* (2018), 20:11, 1683-1701, DOI: 10.1080/14719037.2017.1417468, pg. 1691.

nelle organizzazioni più grandi, dove i rapporti tra i dipendenti ed i superiori sembrano essere meno “diretti”, i casi di *whistleblowing* sono in numero maggiore. Questo perché, ad avviso degli autori, in queste ultime realtà, grazie all’elevato grado di strutturazione e organizzazione delle funzioni, viene favorita la formale procedimentalizzazione dei sistemi di segnalazione, altro fattore che non fa altro che incrementare la possibilità che si registrino denunce di illeciti.³⁴⁴

Per quello che concerne la materia di questa trattazione, la disciplina del *whistleblowing* appare “frammentata”. Come analizzato in precedenza, per alcuni degli enti societari regolati dal Testo Unico la disciplina della segnalazione di illeciti si inserisce nel più ampio quadro della prevenzione della corruzione operato dalla l. 190/2012. È il caso delle società controllate dal socio pubblico e quelle che forniscono servizi alla Pubblica Amministrazione tanto da poter essere assimilate quasi ad enti strumentali alla stessa. Per quanto concerne invece le società meramente partecipate dallo Stato, si registra un regime diverso, quello dell’integrazione del modello 231. Questa suddivisione della normativa, seppur giustificata in un’ottica di natura differente degli enti di riferimento e dunque di doverosa differenziazione della disciplina, rischia, ad avviso di chi scrive, di non permettere un omogeneo sviluppo del sistema di denuncia degli illeciti e ancor di più quello delle garanzie per il potenziale *whistleblower*. A conferma di quanto appena sostenuto si ragiona sul fatto che le possibilità che un dipendente scelga di denunciare un fatto illecito avvenuto sul luogo di lavoro sono già di per sé scarse, e ciò viene confermato dai dati, se consideriamo l’effetto dissuasivo della possibilità di subire ritorsioni e, nel peggiore dei casi, un licenziamento illegittimo. Le eventualità che il *whistleblower* decida di “suonare il fischietto” probabilmente si abbassano ancor di più se consideriamo che allo stato attuale non sembra ancora essersi sviluppata una normativa precisa in merito alla procedura da seguire nel caso in cui si voglia segnalare un illecito ma che si rimetta sempre al buon senso della singola organizzazione nel dotarsi di una piattaforma idonea allo scopo. Non si può neanche sorvolare sulla circostanza che vede assente, ad oggi, nella normativa, una previsione chiara in merito al destino dei dati personali del *whistleblower* nel momento in cui la segnalazione passi da un piano meramente interno all’organizzazione dalla quale proviene ad un controllo esterno ad opera dell’ANAC o dell’Autorità Giudiziaria.

In conclusione, si deve evidenziare come la disciplina del *whistleblowing* così come è stata delineata in questa trattazione si presenta ancora in uno stato embrionale soprattutto con riguardo alla sua applicazione alla specifica materia qui esaminata, gli enti disciplinati dal d.lgs. 175/2016, per i quali la segnalazione di illeciti è stata prevista compiutamente soltanto alla luce della riforma. Conseguentemente, non può non rilevarsi, in un’ottica di armonizzazione della normativa sulla materia a livello europeo, che la stessa risulti “incompleta” rispetto alle previsioni adottate in altri Stati. Basti pensare alle norme vigenti sul tema nell’ordinamento olandese, sul quale questa trattazione si concentrerà nel Capitolo III, e che per alcuni suoi tratti è certamente

³⁴⁴ P. Previtali, P. Cerchiello, “*The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*” *Public Management Review* (2018), 20:11, 1683-1701, DOI: 10.1080/14719037.2017.1417468, pg. 1692-1693.

da considerare un modello per la regolamentazione della segnalazione di illeciti al quale sarebbe opportuno guardare in un'ottica di implementazione della normativa sopra esaminata.

“I CONTROLLI ESTERNI”

2.1 Il controllo sulle partecipazioni statali ad opera della Corte dei Conti

Nel panorama dei controlli esterni, quelli cioè operati da autorità terze rispetto alle società disciplinate del Testo Unico, assume un ruolo di rilievo l'attività della Corte dei Conti. A norma del testo costituzionale, infatti, l'organo è deputato a garantire che lo Stato usufruisca adeguatamente delle risorse economiche di cui dispone, anche rispetto alla gestione delle partecipazioni detenute nei vari enti.³⁴⁵ Con riguardo a quest'ultimo aspetto, emerge chiaramente come il monitoraggio svolto da questa Corte sia fondamentale per le società regolate dal d.lgs. 175/2016 la cui attività deve sempre rispondere ad esigenze di tipo pubblicistico e per le quali devono essere spesi capitali di provenienza collettiva.

Già prima dell'emanazione del Testo Unico ed in attuazione del dettato costituzionale, con la l. 259/1958 il legislatore si è preoccupato di disciplinare il “controllo concomitante” sulle società cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. In particolare, rientrano in questa categoria gli enti societari che ricevono contributi periodici dalle casse della Pubblica Amministrazione o che sono iscritti nel bilancio dello Stato da più di due anni.³⁴⁶ Rispetto a queste, identificate con un criterio potremmo dire economico,³⁴⁷ la Corte dei Conti ha il potere di controllare i bilanci, i conti consuntivi e i rapporti degli organi deputati alla revisione legale dei conti,³⁴⁸ potendo altresì richiederne l'integrazione laddove lo ritenga necessario per monitorare adeguatamente la situazione finanziaria delle stesse.³⁴⁹ La particolarità di questo sistema di monitoraggio emerge con riguardo alla modalità con la quale questo viene svolto, attraverso la designazione di un magistrato delegato al controllo il quale ha il compito di partecipare alle sedute degli organi amministrativi e di monitoraggio degli enti societari di riferimento.³⁵⁰ Rispetto a queste, tuttavia, il componente della Corte dei Conti è tenuto ad “assistere”, senza poter effettivamente intervenire nelle decisioni degli organi, delineando così perfettamente il tipo di controllo svolto dalla Corte sulle società cui lo Stato contribuisce in via ordinaria: da una parte non può sfuggire come il soggetto deputato al tale funzione sia un magistrato e ciò vale a rendere tale controllo tipicamente rientrante in quelli di legalità, dall'altra non deve neanche dimenticarsi che la possibilità di “assistere” semplicemente alle riunioni degli organi esclude lo sguardo del funzionario del monitoraggio dal controllo della fase attuativa delle decisioni aziendali, limitando di fatto il suo raggio d'azione rispetto agli enti verso i quali eserciti il suo potere.³⁵¹

³⁴⁵ Cost., art. 100, co. 2.

³⁴⁶ L. 259/1958, art. 2.

³⁴⁷ A. Luberti, “I controlli della Corte dei Conti sulle Società Pubbliche” in (a cura di) F. Cerioni, “Le società pubbliche nel Testo Unico” (Giuffrè Editore, 2017), Cap. IX, pg. 373.

³⁴⁸ L. 259/1958, art. 4.

³⁴⁹ L. 259/1958, art. 6.

³⁵⁰ L. 259/1958, art. 12.

³⁵¹ A. Luberti, “I controlli della Corte dei Conti sulle Società Pubbliche” in (a cura di) F. Cerioni, “Le società pubbliche nel Testo Unico” (Giuffrè Editore, 2017), Cap. IX, pg. 375.

Il legislatore è tornato sul tema nel 2009, con l'emanazione della l. 15/2009, con la quale si è introdotto un nuovo tipo di controllo ad opera della Corte dei Conti sulle “*gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento*”.³⁵² In particolare, infatti, dall'articolo 11 del testo normativo in discorso emerge la possibilità per la Corte di rendere necessaria l'interruzione dei finanziamenti destinati alle imprese alle quali lo Stato contribuisce sulla base del rilievo di “*gravi irregolarità gestionali*” o “*gravi deviazioni da obiettivi*”.³⁵³ Questo tipo di controllo prevedere, peraltro, una dinamica di dialogo fra la Corte dei Conti e il Ministro competente, introducendo un aspetto peculiare rispetto al sistema di monitoraggio previsto dalla l. 259/1958 prevedendo che questo venga avvertito laddove la Corte rilevi profili di criticità rispetto alla gestione corretta delle società che vengono controllate. Sarà proprio il Ministro, avvertito di tali irregolarità, a disporre eventualmente con decreto da comunicare al Parlamento, la sospensione del finanziamento sulla base dei rilievi della Corte dei Conti.³⁵⁴

Questo tipo di monitoraggio, alla data di emanazione della l. 15/2009 pareva costituire un nuovo ed efficace potere affidato all'organo competente per l'amministrazione finanziaria dello Stato. Tuttavia, un duplice ordine di ragioni spinge a constatare la poca efficacia del modello delineato. Da una parte, infatti, la previsione della possibilità piuttosto che del dovere della Corte di intervenire laddove ravvisi irregolarità nella gestione ha reso questo meccanismo di monitoraggio poco applicato nella realtà fattuale. Dall'altra, invece, la costituzione dell'iter di controllo in due fasi, una deputata al controllo di legalità ad opera della Corte dei Conti e la seconda tutta politica, ad opera del Ministero competente, ha comportato nella pratica uno scarso utilizzo di un modello che avrebbe potuto costituire un'importante esperienza nel campo dei controlli esterni verso i finanziamenti statali in realtà private.³⁵⁵

Non potevano essere assenti, nel Testo Unico qui esaminato, le previsioni circa i poteri di controllo della Corte dei Conti sulle società pubbliche o a partecipazione pubblica. L'emanazione del d.lgs. 175/2016, infatti, risponde tra le altre all'esigenza di disciplinare modelli di gestione efficiente delle partecipazioni detenute in enti privati da parte del socio pubblico rispondendo anche ad una necessità di riduzione della spesa pubblica,³⁵⁶ già esaminata in sede di introduzione a questa trattazione e che qui giova richiamarsi. In questo senso sembra emblematico attribuire funzioni di monitoraggio sull'amministrazione economica degli enti di riferimento all'organo che, come sopra ricordato, è costituzionalmente deputato a controllare che lo Stato utilizzi le sue risorse adeguatamente.

Già dalle prime fasi di “vita” di una società appartenente al novero di quelle disciplinate dal Testo Unico si prevede che la Corte dei Conti possa monitorarne l'operato. L'articolo 5 del d.lgs. 175/2016, infatti, prevede

³⁵² L. 15/2009, art. 11, co. 2.

³⁵³ *Ibidem.*

³⁵⁴ *Ibidem.*

³⁵⁵ A. Luberti, “*I controlli della Corte dei Conti sulle Società Pubbliche*” in (a cura di) F. Cerioni, “*Le società pubbliche nel Testo Unico*” (Giuffrè Editore, 2017), Cap. IX, pg. 377.

³⁵⁶ M. T. Polito, “*Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti*” in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, “*Le società pubbliche*” (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I, Cap. XXVIII, pg. 581.

che quest'organo abbia il compito di esaminare l'atto deliberativo con il quale la società si costituisce o con il quale viene acquisita una partecipazione da parte del socio pubblico, sia questa diretta o indiretta.³⁵⁷ Rispetto alle modalità con cui viene svolto il controllo della Corte sull'iter costitutivo dell'ente o acquisitivo della partecipazione, è interessante accennare alla prima formulazione della norma, modificata in sede di riforma del decreto. Il testo oramai non più vigente, infatti, prevedeva che alla Corte venisse inviato lo schema di atto deliberativo, così delineando un monitoraggio preventivo rispetto alla fase di adozione dell'atto stesso. La norma, come un tempo formulata, dava certamente un più incisivo potere di intervento alla Corte dei Conti la quale poteva richiedere chiarimenti ed esprimere rilievi nei trenta giorni successivi alla ricezione della "bozza" di atto deliberativo.³⁵⁸

L'attuale formulazione della norma in discorso rende chiaro come il controllo operato dalla Corte dei Conti sulla costituzione della società controllate dal socio pubblico o sull'acquisizione di partecipazioni azionarie in enti societari da parte dello Stato sia configurabile come un monitoraggio di tipo successivo rispetto all'adozione dell'atto deliberativo. In questo senso giova sottolineare come l'articolo 5, co. 3 si riferisca all'invio del documento contenente la decisione "*a fini conoscitivi*", delineando così un momento di intervento diverso della Corte ed un significato differente del suo controllo, che mira così a fornire alle società gli elementi utili per operare una scelta gestoria adeguata alla realtà societaria di riferimento.³⁵⁹ Tale necessità deriva, più in generale, dal dovere di fornire adeguata motivazione elaborata volta per volta per ogni scelta operata nell'ambito di funzioni societarie che coinvolgono l'emissione di servizi per la collettività e per i quali, quindi, si richiede ragionevolmente trasparenza.³⁶⁰

Nonostante la vigenza di tale attività di monitoraggio da parte dell'organismo statale deputato a tenere contezza della gestione finanziaria delle casse dello Stato, a parere di chi scrive non ci si può esimere dal constatare come, rispetto all'originaria formulazione della norma, il controllo sull'atto deliberativo abbia assunto nella versione vigente un carattere poco incisivo, lasciando alla Corte dei Conti poco "spazio di manovra" quando si tratta di valutare le scelte e le ragioni in tema di costituzione di nuovi enti societari o di acquisizione di partecipazioni in realtà già operanti sul mercato. La formula "*a fini conoscitivi*", presente nel testo della norma, dev'essere considerata la controprova di quanto appena sostenuto: alla Corte non viene concesso un reale potere di intervento preventivo rispetto ad una decisione da attuarsi ma solamente una possibilità di venire a conoscenza di una deliberazione già, di fatto, esecutiva. Con ciò non deve intendersi che il controllo successivo sia *tout court* inefficace ed inadatto rispetto al sistema di monitoraggio delle realtà societarie disciplinate dal Testo Unico, ma piuttosto deve riflettersi sul carattere profondamente diverso del controllo preventivo rispetto a quello in discorso.

³⁵⁷ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 5, co. 3.

³⁵⁸ Quanto riportato nel testo di riferisce alla vecchia formulazione dell'art. 5, co. 3 del d.lgs. 175/2016.

³⁵⁹ M. T. Polito, "*Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti*" in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, "*Le società pubbliche*" (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I, Cap. XXVIII, pg. 583.

³⁶⁰ G. Farneti, "*L'evoluzione del sistema delle partecipate e dei controlli della Corte dei conti*", Azienditalia n. 12/2018, pg. 5.

A conferma di quanto appena affermato circa l'effettività e la valenza, in ogni caso, del controllo operato dalla Corte dei Conti, è di particolare interesse l'analisi dell'operato del controllo dell'organismo statale stesso con riguardo alle società partecipate e controllate da enti pubblici, attività di monitoraggio svolta ad opera delle varie Sezioni Regionali grazie alle quali il sistema dei controlli è in grado di funzionare adeguatamente. Il potere di intervento delle diramazioni territoriali della Corte sulle società del Testo Unico deriva direttamente da quello di monitoraggio ad opera delle Sezioni verso gli enti territoriali, attribuito alle stesse in forza del d.lgs. 267/2000. A norma dell'articolo 148 di tale testo legislativo, infatti, queste sono responsabili della verifica annuale sul funzionamento dei controlli interni di ciascun ente pubblico locale,³⁶¹ a conferma del ruolo di "supervisore" svolto dalla Corte.

Partendo da questo dato, risulta naturale concludere che il potere di vigilanza sulle partecipazioni semplici e di controllo detenute dagli enti territoriali in società, sia di competenza dello stesso organo che controlla il soggetto giuridico che a sua volta gestisce tali assetti proprietari.³⁶² Coerentemente con quanto appena sostenuto, giova ricordare che lo stesso d.lgs. 267/2000 prevede che le Sezioni Regionali si accertino che all'interno dei rendiconti degli enti territoriali sia prevista una ricapitolazione delle partecipazioni detenute dall'ente in società,³⁶³ così anticipando di fatto la definizione dell'oggetto del controllo della Corte così come disciplinato dal Testo Unico in esame. In ragione di ciò, non sorprende che oggetto delle delibere delle Sezioni Regionali sia di frequente il risultato del monitoraggio di quanto in esame. Particolarmente interessante per quanto in discorso è la frequente rilevazione circa la mancanza di un'adeguata giustificazione in merito alla detenzione di partecipazioni societarie da parte del socio pubblico. Nel 2018, ad esempio, la Corte ha rilevato sia in Emilia-Romagna, sia in Lombardia criticità circa, nel primo caso la detenzione non adeguatamente motivata di pacchetti azionari,³⁶⁴ e nel secondo rilievi rispetto alla fase di costituzione della società esaminata.³⁶⁵

Ai fini di questa trattazione, riprendendo il tema delle società pubbliche in stato di crisi, emerge un altro aspetto interessante con riguardo al sistema di monitoraggio su queste realtà societarie da parte della Corte dei Conti, disciplinato dall'articolo 14. Nella disposizione in esame, il legislatore si preoccupa di affidare a questo organo il controllo delle misure contenute all'interno dei piani di risanamento, finalizzate ad evitare l'interruzione dell'erogazione dei servizi di interesse collettivo. La prevenzione circa l'eventuale verificarsi di uno squilibrio finanziario in questi enti societari passa attraverso l'analisi necessaria del rapporto tra gli obiettivi che la società si era prefissata di raggiungere con il suo atto di costituzione e i costi sostenuti dalla stessa per tale fine.³⁶⁶ In questo modo la Corte è in grado di valutare quali accorgimenti o modifiche del piano finanziario l'ente avrebbe dovuto adottare per utilizzare al meglio le risorse di provenienza pubblica utilizzate, impiego

³⁶¹ D.lgs. 267/2000, art. 148.

³⁶² F. A. Cancilla, "*Società a partecipazione pubblica e controllo della Corte dei Conti*" (Ratio Iuris, 1 Marzo 2019).

³⁶³ Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, delib. n. 29/2019, "*Gli organismi partecipati degli enti territoriali e sanitari*", pg. 23.

³⁶⁴ Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, delib. n. 58/2018.

³⁶⁵ Sezione regionale di controllo per la Lombardia, delib. n. 193/2018.

³⁶⁶ F. A. Cancilla, "*Società a partecipazione pubblica e controllo della Corte dei Conti*" (Ratio Iuris, 1 Marzo 2019).

che dovrebbe essere sempre ispirato dal principio guida dell'attività della Pubblica Amministrazione, quello dell'economicità.³⁶⁷ Come detto in precedenza, infatti, è naturale constatare come le novità introdotte dal Testo Unico in materia di prevenzione dello stato di insolvenza siano finalizzate, in queste realtà societarie, ad evitare che l'interesse pubblico sotteso alle attività aziendali coinvolte venga danneggiato a causa di una gestione scorretta delle risorse pubbliche. In ragione dell'attenzione che il legislatore pone nel monitoraggio della "salute finanziaria" delle società che erogano servizi per la collettività, non sorprende come la Corte dei Conti si preoccupi di approntare strumenti appositi per salvaguardare l'equilibrio economico degli enti. Nella Delibera n. 29/2019, che rappresenta l'ultimo rendiconto sul controllo degli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari, la Corte richiama, ad esempio, la necessità di istituire in ogni partecipata un "*fondo perdite*", da costituire laddove ricorrano le condizioni previste dall'articolo 21 del d.lgs. 175/2016 e che consente di accantonare delle risorse in virtù del principio di prudenza con cui gestire finanziariamente tali capitali,³⁶⁸ impiegati per servizi di utilità collettiva. La necessità di garantire una continuità nell'erogazione di servizi di tale sorta giustifica pienamente il contenuto normativo dell'articolo 14, co. 5, il quale affida alla Corte dei Conti due compiti ben precisi.

Da un lato, come sopra anticipato, i piani di risanamento contenenti misure volte a garantire la continuità nell'erogazione di servizi di pubblica utilità devono essere portati a conoscenza della Corte dei Conti.³⁶⁹ Questa sarà responsabile di valutare l'utilizzo di strumenti quali aumenti di capitale, trasferimenti straordinari o aperture di credito, il cui utilizzo è in via generale vietato dalla norma stessa,³⁷⁰ laddove questi non siano finalizzati a coprire le spese necessarie per garantire la fornitura dei servizi collettivi. La finalità del controllo della Corte dei Conti, in questo senso, è quella di garantire che gli strumenti finanziari sopradetti non vengano impropriamente utilizzati, anche in un'ottica di contenimento dei costi, prospettiva che ispira l'intero testo del d.lgs. 175/2016. La funzione di monitoraggio, però, si spinge in questo caso anche su un profilo tecnico, quello del contenimento in termini temporali dell'attuazione di tali piani nel triennio successivo alla data di adozione degli stessi.³⁷¹

Anche rispetto a questo tipo di controllo, deve apprezzarsi l'intento del legislatore di affidare alla Corte dei Conti il compito di vigilare sull'effettività del proposito di contenere gli sprechi di denaro pubblico nelle realtà societarie controllate dallo Stato o nelle quali lo stesso investe. La limitazione temporale all'utilizzo di tali strumenti finanziari è altresì finalizzata a ridurre lo spreco di risorse che, ad esempio, potrebbero essere utilizzate in realtà societarie di maggior successo, che siano in grado di fornire in maniera più efficace servizi

³⁶⁷ Il principio guida è stato ribadito dalla Corte dei Conti stessa, insieme a quelli di efficienza ed efficacia della gestione, nella delib. n. 13/2018 della Sezione Autonomie su "*I controlli interni degli enti locali, anni 2015-2016*": "Tutto ciò rende ancora più attuale l'auspicio che gli Enti dimostrino maggiore cura nello stabilire il proprio sistema di controlli interni, poiché dalla loro funzionalità dipende, non solo l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione, quale estrinsecazione del principio costituzionale del buon andamento, ma anche la salvaguardia degli equilibri economico-finanziari in proiezione dinamica e pluriennale."

³⁶⁸ Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, delib. n. 29/2019, "*Gli organismi partecipati degli enti territoriali e sanitari*", pg. 26-27.

³⁶⁹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 14, co. 5.

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ *Ibidem*.

per la collettività per i quali le stesse risorse devono essere destinate, anziché essere impiegate per “salvare” strutture societarie non adeguatamente gestite. Non a caso, la Sezione Regionale per il controllo della Lombardia, nella già citata deliberazione n. 193/2018, si occupa anche di svolgere un’analisi del profilo contabile della società sottoposta a giudizio, così confermando la competenza della Corte rispetto alla verifica dei costi sostenuti da tali enti societari nell’intento di soddisfare, attraverso lo studio delle realtà societarie esistenti, il fine ultimo del taglio alla spesa pubblica enucleato dal legislatore del Testo Unico. Nel caso di specie, infatti, nell’analizzare i costi sostenuti dalla società sottoposta a giudizio, la Sezione Regionale evidenzia come, attraverso una migliore valutazione dell’interesse perseguito con lo strumento societario e una programmazione finanziaria più adeguata, molte spese si sarebbero potute agilmente evitare, realizzando un notevole risparmio di risorse.³⁷²

In secondo luogo, il ruolo della Corte dei Conti assume rilevanza nel caso di “*gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l’ordine pubblico e la sanità*”, connessi all’interruzione dei servizi forniti da tali enti societari.³⁷³ Nell’eventualità di tale accadimento, il legislatore ha previsto un sistema di monitoraggio che preveda il dialogo fra potere politico e organo deputato al controllo delle casse statali, recuperando l’assetto previsto dalla l. 15/2009 e analizzato in precedenza in questa stessa trattazione.

La particolarità di questo tipo di controllo risiede nel fatto che debba essere l’amministrazione stessa a richiedere di poter accedere agli strumenti finanziari già visti in precedenza per fronteggiare una situazione di rischio per la sanità o salute pubblica, a seguito dell’eventuale fermo dei servizi offerti. L’accesso a tale opportunità, a norma del Testo Unico, deve essere deciso con decreto del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro dell’Economica e delle Finanze e sottoposto a registrazione finale della Corte dei Conti, la quale, ancora una volta, interviene in via successiva per controllare la regolarità del procedimento e le conseguenze finanziarie che l’operazione comporterà sulle casse della Pubblica Amministrazione. Anche in questo caso, dunque, non ci si può esimere dal notare che il controllo della Corte sia ancora una volta di tipo successivo ma allo stesso tempo la cooperazione fra Ministero dell’Economia e delle Finanze e Corte dei Conti rende questo tipo di monitoraggio differente e peculiare rispetto a tutti gli altri previsti dal Testo Unico, che ci permette peraltro di avere un primo sguardo sulla panoramica dei poteri di controllo esercitati da questo Ministero sugli enti societari pubblici e a partecipazione pubblica, più diffusamente analizzati nel proseguo di questa stessa trattazione.

Ulteriore profilo di interesse dal punto di vista del controllo svolto dalla Corte dei Conti e che ha ad oggetto la gestione delle società pubbliche o a partecipazione pubblica è rappresentato dalla giurisdizione di sua competenza, analizzata dall’articolo 12. Risulta doverosa, rispetto al tema in discorso ed in particolare alla responsabilità degli amministratori, una premessa sulla storia di tale potere oggi affidato alla Corte dei Conti.

³⁷² Sezione regionale di controllo per la Lombardia (Corte dei Conti), delib. n. 193/2018, analizzata e commentata da G. Farneti in “*Il controllo di legalità secondo la Corte dei conti nei rapporti fra Ente locale e società partecipate*”, Azienditalia, n. 8-9, 2018.

³⁷³ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 14, co. 5.

In un primo momento, infatti, la competenza per i giudizi che vedevano come protagonisti gli esponenti dell'organo amministrativo delle società del Testo Unico era affidato al Giudice Ordinario e successivamente al Giudice Amministrativo per poi assestarsi, solo in un terzo momento, nel novero delle materie appartenenti alla giurisdizione della Corte dei Conti,³⁷⁴ considerata la provenienza pubblica delle risorse economiche impiegate in tali realtà, aspetto che di seguito si analizzerà più attentamente.

Una prima osservazione importante nello studio della disposizione normativa precedentemente introdotta risiede nella previsione contenuta nel primo periodo del co. 1, a norma del quale i componenti degli organi amministrativi e di controllo di questi enti societari non devono considerarsi sottratti alla disciplina di diritto comune delineata dal codice civile in materia di azioni civili di responsabilità.³⁷⁵ Questa previsione si allinea perfettamente con la giurisprudenza della Corte di Cassazione esaminata in questa trattazione circa l'assoggettabilità di tali enti alla disciplina privatistica di diritto societario,³⁷⁶ orientamento che ha l'intento di non "far sfuggire" gli esponenti di tali società alle conseguenze derivanti da una gestione non corretta delle risorse a loro disposizione e delle attività di interesse collettivo.

Tuttavia, non si può non tenere a mente come la responsabilità per una gestione non adeguata portata avanti da tali amministratori coinvolga profili differenti rispetto a quelli fronteggiati nel giudizio circa l'amministrazione di una società prettamente privatistica. Non si dimentichino, in questo senso, la provenienza pubblica dei capitali e il necessario soddisfacimento di interessi collettivi coinvolti nelle attività portate avanti dalle società disciplinate dal Testo Unico,³⁷⁷ che giustificano pienamente il ruolo di un organismo pubblico, la Corte dei Conti, quando si tratta della giurisdizione su questi stessi temi. Il potere di intervento della Corte nelle ipotesi di nocimento alle finanze pubbliche è, infatti, giustificato dal testo costituzionale sulla base delle cui attribuzioni è ragionevole sostenere che questo tipo di danno sia riconducibile nel novero delle ipotesi di giurisdizione di tale organo.³⁷⁸ Proprio in ragione di ciò, l'articolo 12 prevede che la giurisdizione per danno erariale, così come declinata dallo stesso articolo e come qui ci si propone di analizzare, debba essere devoluta proprio alla Corte stessa.

In particolare, assume rilevanza la norma che vede quest'organo responsabile del giudizio in materia di danno erariale causato dagli esponenti delle società *in house*.³⁷⁹ Come già esaminato nella fase introduttiva di questa trattazione, tale *tipo* societario è funzionale alla realizzazione di servizi per la Pubblica Amministrazione, che può esercitare verso l'organismo un tipo di controllo "analogo" o configurarlo come "soggetto dedicato".

³⁷⁴ A. Police, "Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma" (Maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it), pg. 2.

³⁷⁵ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 12, co. 1.

³⁷⁶ M. T. Polito, "Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti" in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, "Le società pubbliche" (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I, Cap. XXVIII, pg. 588.

³⁷⁷ A. Police, "Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma" (Maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it), pg. 3.

³⁷⁸ E.F. Schlitzer, "L'oscillante ambito della giurisdizione contabile sulle S.p.A. partecipate pubbliche" (articolo reperibile su: www.cortedeiconti.it)

³⁷⁹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 12, co. 1.

Senza soffermarsi oltre,³⁸⁰ in questa fase, sulla definizione di tali enti, basti ai fini di tale trattazione ricordare come il carattere distintivo delle società *in house* rispetto alle altre disciplinate dal Testo Unico sia quello della strumentalità rispetto al socio pubblico che le controlla. È proprio in ragione di tale aspetto fondamentale che risulta coerente e si giustifica la previsione circa l'affidamento alla Corte dei Conti della giurisdizione in materia di danno erariale causato dalla mala amministrazione degli esponenti di tali enti societari. Considerata la natura esclusivamente pubblicistica dei servizi erogati dalle società riconducibili al modello *in house providing* e la circostanza che queste risultino essere nella pratica “estensioni” della Pubblica Amministrazione che le controlla, non troverebbe razionale giustificazione l'assoggettamento delle stesse alle regole di diritto comune in tema di azioni di responsabilità e, al contrario, non verrebbe riconosciuta la loro intrinseca connessione con il socio pubblico grazie al quale le stesse sono in grado di operare.

Il potere di intervento della Corte dei Conti nell'ambito della giurisdizione al verificarsi di un danno contabile (“*responsabilità contabile*”) in questo tipo di società è stato, peraltro, oggetto di recente conferma giurisprudenziale della Corte di Cassazione, la quale ha ribadito con sentenza la competenza di tale Autorità a giudicare l'operato degli organi sociali delle società *in house providing*, riprendendo ancora una volta la definizione di tale modello, caratterizzato dalla suddetta “strumentalità” rispetto alla Pubblica Amministrazione di riferimento. La Corte di Cassazione ha quindi definito i “confini” della giurisdizione dell'organo rispetto a questa specifica tipologia di responsabilità per la quale è necessario, ad avviso della stessa, verificare la riconducibilità, nel caso concreto, della società al modello *in house* confermando “*il superamento dell'autonoma personalità giuridica*” rispetto all'ente pubblico di riferimento.³⁸¹ La Corte fornisce un vero e proprio sistema di verifica circa l'applicabilità, o meno, dell'articolo 12 co. 1 agli enti del Testo Unico rispetto ai quali potrebbero sorgere dubbi circa la configurabilità degli stessi come società *in house*, confermando peraltro che la giurisprudenza contribuisca ancora e attivamente alla definizione di tale modello.³⁸²

La norma in esame non dimentica neanche le società partecipate, delineando per queste un diverso regime. Nel caso in cui sorgano controversie in merito di danno erariale nell'ambito di tali realtà, infatti, la giurisdizione è devoluta alla Corte dei Conti “*nei limiti della quota di partecipazione pubblica*”.³⁸³ L'organo è competente, quindi, a giudicare laddove siano stati amministrati capitali di provenienza pubblica e solamente in questo caso, confermando pienamente il compito a quest'ultimo assegnato dallo stesso testo costituzionale.

Merita approfondimento in questa sede la definizione del “*danno erariale*”, formulazione utilizzata dalla norma per definire e circoscrivere la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di società pubbliche e a

³⁸⁰ Per una più compiuta analisi e descrizione del significato di “controllo analogo” o “soggetto dedicato” (e del ruolo della società *in house* in generale) si veda l'Introduzione di questa stessa trattazione.

³⁸¹ Corte di Cassazione, sent. 16741/2019.

³⁸² Si veda, ancora una volta, l'Introduzione di questa stessa trattazione per una panoramica sul percorso giurisprudenziale che ha portato alla definizione delle caratteristiche del modello *in house providing*.

³⁸³ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 12, co. 1.

partecipazione pubblica. In prima istanza, infatti, la controversia nascente a seguito di tal tipo di accadimento si potrebbe immaginare come di carattere puramente economico, mirata ad individuare il responsabile di una perdita patrimoniale a danno della società di cui lo stesso fa parte. Tuttavia, il legislatore del Testo Unico definisce la fattispecie sotto due profili distinti, uno patrimoniale e l'altro non patrimoniale,³⁸⁴ rimettendo in discussione la tradizionale associazione fra tale formulazione e la componente tipicamente economica del danno stesso. Con riguardo a quest'ultimo parametro, il legislatore intende fare riferimento in particolare al danno all'immagine, identificando il nocumento come quello arrecato alla reputazione della Pubblica Amministrazione che controlla o partecipa alla società i cui esponenti si sono resi responsabili del nocumento stesso.³⁸⁵

La formulazione della norma in esame, in generale, si apprezza per l'ampiezza resa all'ambito di applicazione della giurisdizione della Corte dei Conti, che può intervenire non solo, come sopra detto, sia al ricorrere dei casi nei quali la società aderisce al modello *in house providing*, sia per le semplici partecipazioni azionarie detenute dallo Stato in enti di natura privatistica,³⁸⁶ ma anche configurandosi in un'ampia casistica di eventi classificabili come "danno erariale", non essendo questi tassativamente previsti dalla norma.³⁸⁷ Strutturando la disposizione secondo questo modello, il legislatore del Testo Unico riesce a rendere incisivo il potere della Corte rispetto a molte e diverse fattispecie venute alla luce nelle realtà disciplinate dalle stesse norme,³⁸⁸ così configurando uno dei profili maggiormente interessanti nel panorama dei controlli svolte da questo organo nei confronti degli enti societari in discorso.

Per concludere, sembra opportuno riflettere sulla natura del controllo operato dalla Corte dei Conti sulle società disciplinate dal Testo Unico. Il sistema di monitoraggio, infatti, così come delineato in questa trattazione sembra spingersi molto oltre rispetto al classico controllo di legittimità inteso come legalità meramente formale dell'operato degli enti societari in discorso, ma piuttosto sembra qualificarsi come un vero e proprio monitoraggio sulla gestione delle attività svolte da questi enti. È bene sottolineare come il potere di intervento della Corte sia sempre mirato, in queste realtà societarie, al verificare che i servizi di interesse collettivo per i quali le partecipazioni azionarie sono detenute dal socio pubblico siano sempre erogati

³⁸⁴ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 12, co. 2.

³⁸⁵ M. T. Polito, "Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti" in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, "Le società pubbliche" (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I, Cap. XXVIII, pg. 591.

³⁸⁶ M. T. Polito, "Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti" in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, "Le società pubbliche" (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I, Cap. XXVIII, pg. 591.

³⁸⁷ F. Cerioni, "Il danno erariale come effetto pregiudizievole al patrimonio dell'ente pubblico nell'art. 12 del Testo unico sulle società pubbliche: rassegna delle condotte dannose e delle connesse responsabilità", Convegno "Il nuovo testo unico sulle società pubbliche", Corte dei conti (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, Milano, 14 novembre 2016), pg. 2.

³⁸⁸ Si veda, ad esempio, l'elenco elaborato da Cerioni a testimonianza di quanto sostenuto circa la varietà di fattispecie di danno sulle quali la Corte può intervenire, in F. Cerioni, "Il danno erariale come effetto pregiudizievole al patrimonio dell'ente pubblico nell'art. 12 del Testo unico sulle società pubbliche: rassegna delle condotte dannose e delle connesse responsabilità", Convegno "Il nuovo testo unico sulle società pubbliche", (Sezione regionale di controllo per la Lombardia (Corte dei Conti), Milano, 14 novembre 2016), pg. 3-4.

rispettando quei criteri di efficacia ed economicità propri di una amministrazione delle attività che possa definirsi guidata da una gestione finanziaria equilibrata e trasparente.³⁸⁹

2.2 Il controllo del Ministero dell'Economia e delle Finanze, la “Struttura di Monitoraggio”

Nell'ambito del sistema dei controlli rivolti alle società disciplinate dal Testo Unico, questa trattazione non può prescindere dall'analisi delle competenze affidate al Ministero dell'Economia e delle Finanze (di seguito per brevità anche MEF). Non deve sorprendere, infatti, che il testo legislativo contenga in molte delle sue disposizioni riferimenti al dialogo che deve intercorrere tra gli organi amministrativi e di controllo di questi enti societari ed il MEF, a testimonianza dell'intento del legislatore di creare una “rete” di monitoraggio che vada ben oltre la dimensione interna societaria, come stiamo vedendo in questa fase della trattazione, fino a spingersi al potere politico. In ragione della volontà di strutturare un assetto di funzioni di controllo completo ed efficiente, peraltro, deve notarsi come ogni organismo deputato a tale compito sia competente rispetto a profili precisi dell'attività delle società in discorso, così realizzando compiutamente la finalità di monitoraggio volta ad assicurare la tutela degli interessi pubblici sottesi alla gestione delle partecipazioni azionarie negli enti del Testo Unico.

Inoltre, giova in queste sede ricordare che laddove l'attività imprenditoriale sia svolta direttamente dallo Stato a livello “centrale” e non da altri enti territoriali, questa si sostanzia nella pratica nella gestione dei pacchetti azionari proprio da parte dello stesso Ministero dell'Economia e delle Finanze.³⁹⁰ In forza di quanto appena sostenuto, appare evidente il ruolo fondamentale del MEF rispetto a questa trattazione. Da una parte, infatti, questo assume al ruolo di gestore dell'azione dello Stato come imprenditore nelle società disciplinate dal Testo Unico e dall'altra, contemporaneamente, è deputato a monitorare l'amministrazione delle stesse. Non è difficile notare come già da quanto appena sostenuto possano emergere profili di criticità rispetto all'attività di monitoraggio svolta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, che verranno esaminati nella fase conclusiva di questa sezione, nella quale ci si propone di analizzare compiutamente le competenze di tale organismo dello Stato rispetto agli enti societari qui esaminati.

Una delle novità introdotte dal d.lgs. 175/2016 riguarda proprio il MEF, cui è dedicato l'articolo 15, dal quale conviene partire per analizzare la funzione di controllo ad esso attribuita. A norma di tale previsione legislativa, infatti, il Ministero ha il compito di istituire un'apposita “Struttura di Monitoraggio” attraverso la quale svolgere adeguatamente tale competenza.³⁹¹ La previsione in merito a tale organismo da individuarsi con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze³⁹², ha comportato peraltro la necessaria emanazione

³⁸⁹ F. A. Cancilla, “*Società a partecipazione pubblica e controllo della Corte dei Conti*” (Ratio Iuris, 1 Marzo 2019).

³⁹⁰ Ministero dell'Economia e delle Finanze, “*Partecipazioni dello Stato*”, Introduzione. Il report è visionabile sul sito: <http://www.mef.gov.it/ministero/struttura/societa-partecipate.html>

³⁹¹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 15, co. 1.

³⁹² Camera dei Deputati (Servizio Studi), “*Società a Partecipazione Pubblica*” (14 Febbraio 2020), Amministrazione e Controllo delle Società a Partecipazione Pubblica.

del DM 16 Maggio 2017³⁹³ con il quale sono state enucleate le principali caratteristiche di tale Struttura e che ha dato il via ad una copiosa serie di Determine, Orientamenti e Note Illustrative attraverso le quali è stato possibile ricostruire le funzioni e le peculiarità di tale articolazione del Ministero deputata al controllo delle società partecipate.³⁹⁴

L'organismo è da intendersi come una "struttura centrale" rispetto ai singoli enti da sottoporre al monitoraggio e, seppure questa sia da istituire all'interno del Ministero stesso, il Testo Unico richiede che sia assicurata l'indipendenza della stessa rispetto al Dicastero di appartenenza, anche dal punto di vista organizzativo.³⁹⁵ La ragione di tale previsione appare evidente alla luce di quanto detto in precedenza circa la titolarità, in capo al Ministero stesso, delle partecipazioni azionarie detenute dallo Stato a livello centrale. Sussiste, infatti, la necessità di evitare situazioni di conflitto di interesse che verrebbero a delinarsi data la corrispondenza fra l'organismo controllato e quello deputato al controllo stesso, entrambi coincidenti con il Dipartimento del Tesoro del Dicastero dell'Economia.³⁹⁶ Non sorprende, in questo senso, che sia proprio questo il profilo che solleva le maggiori perplessità, in ragione della difficoltà, anche tecnica, insita nell'attuazione di tale separazione.

Il Testo Unico individua nelle funzioni di "indirizzo", "monitoraggio" e "controllo" rispetto all'attuazione da parte delle società in discorso delle previsioni contenute nello stesso testo legislativo, i tre profili di attività principali che devono caratterizzare l'operato della Struttura.³⁹⁷ Con riguardo alle tre funzioni tipiche del monitoraggio svolto da tale organismo è interessante notare come quella inserita al primo posto dal legislatore sia comparsa in realtà solamente a seguito della riformulazione del co. 1 della norma ad opera del decreto correttivo del Testo Unico.³⁹⁸ Prima di tale intervento legislativo, infatti, alla Struttura era attribuita una funzione di controllo potremmo dire "puro", da intendersi quale monitoraggio quasi tecnico rispetto all'attuazione delle previsioni contenute nel d.lgs. 175/2016 nelle diverse realtà societarie. Grazie alla nuova formulazione della norma in esame, invece, la Struttura ha assunto anche il compito di indirizzare i singoli enti rispetto all'attività che questi svolgono per conformare gli assetti societari alle richieste del Testo Unico.

La funzione di indirizzo di cui la Struttura interna del Dicastero detiene la titolarità e che ha come destinatari gli organi amministrativi e di controllo delle società del Testo Unico è tanto rilevante da giustificare la separazione organizzativa di questa competenza rispetto a quelle di monitoraggio. In ragione di questo orientamento, infatti, il decreto ministeriale che disciplina la composizione della Struttura ha previsto un

³⁹³ Camera dei Deputati (Servizio Studi) e Senato della Repubblica (Servizio Studi), "Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica – Schede di Lettura", Dossier – XVII Legislatura (Settembre 2017), pg. 88.

³⁹⁴ Tali documenti ufficiali saranno analizzati anche nel corso di questa trattazione.

³⁹⁵ Camera dei Deputati (Servizio Studi) e Senato della Repubblica (Servizio Studi), "Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica – Schede di Lettura", Dossier – XVII Legislatura (Settembre 2017), pg. 88.

³⁹⁶ D. Rossano, "I controlli nelle società pubbliche" in federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo", n. 19/2018, pg. 11.

³⁹⁷ M. S. Richter Jr, "I "Controlli" nelle Società a Partecipazione Pubblica" (Estratto), Rivista delle Società (Anno LXIII Fasc. 5-6 – 2018), pg. 1374-1375.

³⁹⁸ Il termine "indirizzo" è stato introdotto con il D.Lgs. 100/2017.

Ufficio, il V, deputato ad elaborare “*orientamenti e indicazioni*”,³⁹⁹ ben separando tale competenza da quella attribuita alla Sezione che svolge il compito di vero e proprio monitoraggio sulla gestione e amministrazione delle partecipazioni societarie.⁴⁰⁰ Il Ministero dell’Economia e delle Finanze si preoccupa, peraltro, di garantire che eventuali dubbi interpretativi rispetto all’attuazione delle prescrizioni legislative del Testo Unico possano trovare certa risposta, senza peraltro spingersi fino a oltrepassare i limiti di competenza del Ministero stesso e dunque non potendo chiarire dubbi interpretativi relativi a norme di settore sul cui controllo vigilano altri “*soggetti istituzionali*”.⁴⁰¹ Viene in questo modo delineato uno degli aspetti più interessanti della funzione di indirizzo svolta dalla Struttura e che forse rappresenta quello più coincidente con il vero significato di tale compito, quello di fare luce sulle modalità corrette per adempiere agli obblighi vigenti per le società partecipate e controllate, in modo tale da assicurare da un lato che queste abbiano sempre gli strumenti idonei per aderire alla legge e dall’altra evitare che facendo leva sull’assenza di una certa interpretazione queste possano “sfuggire” agli stessi obblighi.

Nell’ambito della stessa funzione di indirizzo svolta dall’Ufficio V, assume particolare rilevanza rispetto a questa trattazione l’elaborazione di linee guida in merito all’obbligo di separazione contabile vigente per gli enti societari a controllo pubblico, adempimento reso necessario dalla provenienza pubblica degli ingenti capitali che giustifica un’esigenza ancora ulteriore di trasparenza rispetto ai documenti contabili civilistici. Non a caso, infatti, il decreto ministeriale attuativo dell’articolo 15 del Testo Unico si riferisce espressamente al tema del controllo sulla trasparenza nel disciplinare le competenze dell’Ufficio V, e che la Nota Illustrativa sulla Direttiva ministeriale per l’attuazione di tale obbligo ribadisca tale funzione,⁴⁰² così confermando l’importanza del processo di *disclosure* rispetto alla gestione finanziaria di tali risorse.

Attraverso il controllo di conformità della documentazione contabile degli enti societari controllati alla “*Direttiva sulla separazione contabile*”, il Dicastero dedica particolare attenzione al tema dell’attuazione di tale obbligo da parte di queste realtà societarie, facendo chiarezza da un lato in merito a cosa debba intendersi con questo adempimento prescritto dalla legge,⁴⁰³ e dall’altro evidenziandone le finalità.⁴⁰⁴ A ben guardare, tale strumento legislativo è utilizzato dal Ministero per assicurarsi che le previsioni già contenute nel d.lgs. 175/2016 possano trovare adeguata attuazione nelle società nelle quali il socio pubblico detiene partecipazioni di controllo e per questo, nel caso della separazione contabile, non deve sorprendere come il testo della

³⁹⁹ D.M. 16 Maggio 2017, art. 2, co.2 (“Ufficio V”).

⁴⁰⁰ D.M., 16 Maggio 2017, art. 2, co. 2 (“Ufficio VI”).

⁴⁰¹ Ministero dell’Economia e delle Finanze (Struttura di Monitoraggio e Controllo), “Orientamento” (28 Maggio 2018), pg. 1.

⁴⁰² Ministero dell’Economia e delle Finanze, “*Nota Illustrativa della Direttiva sulla separazione contabile*” (http://www.dt.mef.gov.it/it/news/2019/direttiva_contabile.html), pg. 1.

⁴⁰³ Ministero dell’Economia e delle Finanze, “*Direttiva sulla separazione contabile*” reperibile al link: http://www.dt.mef.gov.it/it/news/2019/direttiva_contabile.html, art. 1.

⁴⁰⁴ Ministero dell’Economia e delle Finanze, “*Direttiva sulla separazione contabile*” reperibile al link: http://www.dt.mef.gov.it/it/news/2019/direttiva_contabile.html, art. 3.

Direttiva si apra con un esplicito rimando all'articolo 6 del Testo Unico, norma nella quale è previsto tale adempimento.⁴⁰⁵

Il Dicastero non omette neanche di esplicitare quali siano le finalità legate all'osservanza dell'obbligo di separazione contabile, sottolineando come attraverso la predisposizione di documenti di bilancio separati che mostrino unicamente la gestione finanziaria dei capitali funzionali all'erogazione di servizi a rilevanza pubblicistica si possa assicurare un elevato livello in termini di efficienza e qualità, garantendo un controllo puntuale su due profili delineati dalla norma stessa: da una parte,⁴⁰⁶ la previsione mira ad implementare un flusso informativo adeguatamente dettagliato sulla situazione economica della società e dall'altra,⁴⁰⁷ imponendo la separazione della *disclosure* sui flussi economici destinati a tali servizi si intende evitare che i capitali vengano illegittimamente impiegati per le attività societarie “*svolte in regime di economia di mercato*” e che, in definitiva, le risorse pubbliche non vengano utilizzate per soddisfare un interesse a rilevanza collettiva.

Come accennato in precedenza, il decreto ministeriale del 16 Maggio 2017 ha affidato all'Ufficio VI le funzioni di controllo e monitoraggio delle società disciplinate dal Testo Unico, così operando una *summa divisio* degli ambiti di competenza del Ministero rispetto a questi enti societari. Tale Sezione della Struttura vigila prima di tutto sull'attuazione degli obblighi previsti dal Testo Unico ma ad essa è deputato anche il compito di verificare l'adesione delle varie realtà societarie alle indicazioni di indirizzo e coordinamento fornite dall'Ufficio V, che sovente si sostanziano in Direttive e Orientamenti,⁴⁰⁸ come peraltro si è già avuto modo di cogliere nella parte iniziale di questa stessa trattazione. Si ricordi, ad esempio, la redazione in forma di contabilità separata dei documenti contabili delle società a controllo pubblico, che devono essere inviate al Ministero dell'Economia e delle Finanze e rispetto alle quali la Struttura monitora che tutti gli obblighi prescritti dal d.lgs. 175/2016 in materia di redazione di bilancio vengano rispettati.⁴⁰⁹

Più in generale, la Sezione dedicata al controllo e al monitoraggio raccoglie segnalazioni periodiche da parte delle società in discorso e può contestualmente richiedere che queste inviino documenti e dati riguardanti la gestione amministrativa e contabile delle attività societarie,⁴¹⁰ al fine di istituire un sistema di controllo che assicuri continuità nel monitoraggio sull'operato di tali enti e realizzare, in definitiva, un coordinamento sempre puntuale ed un dialogo costruttivo. A ben guardare, infatti, anche rispetto alla disciplina sull'organizzazione ed sulle competenze della Struttura di Monitoraggio, il legislatore si è ispirato ad una logica innovativa del concetto stesso di controllo, non più solamente mirato ad “ammonire” i soggetti

⁴⁰⁵ L'art. 6 del Testo Unico, infatti, prescrive che per le società a controllo pubblico e che, quindi, svolgono attività di interesse collettivo che giustificano la detenzione di tali partecipazioni maggioritarie viga l'obbligo di adottare sistemi di contabilità separata per quelle stesse attività a rilevanza collettiva.

⁴⁰⁶ Ministero dell'Economia e delle Finanze, “*Direttiva sulla separazione contabile*”, art. 3, lett. a).

⁴⁰⁷ Ministero dell'Economia e delle Finanze, “*Direttiva sulla separazione contabile*”, art. 3, lett. b).

⁴⁰⁸ R. Narducci, “*Lo svolgimento delle attività - La disciplina comune*” in “*Le società a Partecipazione Pubblica - il Testo Unico*”, Guida Normativa per l'Amministrazione Locale 2019 (Area I – “Gli Ordinamenti delle Autonomie”, Parte VIII, Cap. VIII), pg. 458.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

controllati inadempienti rispetto agli obblighi di legge prescritti ma invece teso a costruire un rapporto continuativo tra l'autorità atta al monitoraggio e il destinatario di tale funzione, in modo tale da garantire, piuttosto che un controllo "verticale" *top-down*, una collaborazione costruttiva che sia in grado di assicurare un corretto adempimento degli obblighi vigenti sin dalle prime fasi del dialogo stesso anziché rendere necessaria una successiva correzione dell'attività di gestione delle società in esame.

In ragione di quanto appena sostenuto, il legislatore si preoccupa di strutturare le disposizioni del Testo Unico in modo tale da assicurare tale funzione di monitoraggio al Ministero dell'Economia e delle Finanze nella sua articolazione rappresentata dalla Struttura, rendendola parte dell'articolato sistema dei controlli analizzati in questa trattazione e ancor di più, garantendole una posizione di rilievo in tale contesto. Non sorprende, a questo proposito, che il ruolo del Ministero dell'Economia e delle Finanze trovi disciplina già nelle primissime disposizioni del Testo Unico e, a ben guardare, proprio nell'articolo 4, disposizione che, come si ha già avuto modo di constatare, ha il delicato compito di delineare in quali casi e con quali modalità lo Stato e le sue articolazioni possono agire da imprenditori, acquisendo partecipazioni semplici e di controllo in società al fine di garantire l'erogazione di servizi di interesse collettivo.

Più nel dettaglio, la disposizione in esame prevede che il Ministro dell'Economia possa proporre l'esclusione dell'applicazione dei divieti di acquisizione di partecipazioni e costituzione di nuove società laddove queste non rispondano ai parametri delineati dalla stessa disposizione e che tale iniziativa debba essere esaminata dalle Camere attraverso lo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e passare così al vaglio delle Commissioni Parlamentari competenti.⁴¹¹ Proprio rispetto a questa previsione del d.lgs. 175/2016 è apprezzabile l'attenzione del legislatore nell'istituire quel dialogo tra autorità introdotto in precedenza. Le disposizioni circa i requisiti necessari previsti dall'articolo 4 che devono sussistere per costituire società pubbliche o per acquisire partecipazioni societarie, infatti, hanno la finalità di impedire che le amministrazioni "abusino" della possibilità in discorso, impiegando risorse pubbliche anche laddove queste non siano necessarie al soddisfacimento di un interesse collettivo. È evidente che tali obblighi rispondano proprio alle finalità primarie del Testo Unico, tali che le deroghe agli stessi debbano necessariamente configurarsi come vere e proprie eccezioni, giustificate caso per caso e motivate sia rispetto alle finalità della detenzione di tali partecipazioni sia con riguardo alla "*misura*" delle stesse,⁴¹² con questo intendendo chiaramente l'ammontare delle risorse pubbliche impiegate per acquisire pacchetti azionari che a norma di legge non potrebbero essere gestiti.

Con riguardo a tali deroghe, quindi, il dialogo rispetto alla funzione di controllo tra autorità pubbliche ed in questo caso con il potere politico, dimostra l'utilità pratica di tale modalità di monitoraggio. Come risulta dal dettato legislativo, questo tipo di controllo prevede almeno tre fasi. La prima si concretizza nella proposta del Ministero stesso, che prima di inviare tale iniziativa al Presidente del Consiglio dei Ministri che eventualmente

⁴¹¹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 4, co. 9.

⁴¹² *Ibidem*.

elaborerà il decreto, passa la possibile deroga all'articolo 4 del Testo Unico ad un primo vaglio. È evidente, infatti, che sussistendo la necessità di motivare tale proposta ed in ragione di questa necessità, laddove la motivazione non sia adeguata o non giustifichi la mancata applicazione dei divieti della norma, l'*iter* di deliberazione della stessa debba fermarsi "sul nascere". Successivamente, la proposta giungerà all'attenzione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, affrontando una nuova fase di controllo che, soltanto in caso di esito positivo, si potrà spingere fino alla formulazione di un decreto da sottoporre all'ulteriore monitoraggio delle Camere attraverso le quali riesce a realizzarsi la fase finale dell'approvazione di tale deroga. In conclusione, non deve neanche escludersi che laddove tale proposta provenga dalle Regioni e Province autonome questa possa giungere nelle mani della Corte dei Conti in modo tale che si possa controllare la proposta dal punto di vista contabile, soprattutto con riguardo alle motivazioni alla base della consistenza economica delle partecipazioni da acquisire.⁴¹³ La Corte è evidentemente competente nel controllare l'aspetto contabile dell'iniziativa economica, con ciò rispondendo pienamente ai compiti svolti da questa stessa autorità. Con riguardo a questa prima analisi, è possibile apprezzare il funzionamento di tale sistema, nel contesto del quale ogni autorità che assume la veste di "controllore" svolge la propria attività rispetto alle sue specifiche competenze, con ciò costituendo una vera e propria rete di flussi informativi trasversali, in modo tale da rendere effettivo ed efficace il monitoraggio stesso.

Lo stringente vincolo motivazionale che deve caratterizzare tutte le decisioni societarie che comportano l'utilizzo di risorse pubbliche, dimostrando che queste siano destinate a fini collettivi, ispira anche il dettato dell'articolo 5, già esaminato nella fase precedente di questa trattazione.⁴¹⁴ Non sorprende, in questo senso, che accanto al potere di controllo successivo previsto in capo alla Corte dei Conti, il Programma Cottarelli richiedeva che nel caso in cui l'atto deliberativo istituisse una nuova società pubblica, questo dovesse passare anche al vaglio del MEF, ente in grado di elaborare un "*parere vincolate (o consultivo ma pubblico)*" sulla congruità delle motivazioni alla base di tale scelta operativa.⁴¹⁵ L'attuale formulazione della norma non richiede tale intervento da parte della Struttura di Monitoraggio che sarebbe stato invece auspicabile nell'ottica non solo di rendere ancora più stringente il vincolo motivazionale già presente nella norma,⁴¹⁶ ma anche perseguendo l'intento di realizzare un più completo coinvolgimento di tutte le autorità competenti laddove l'atto deliberativo comportasse una mobilitazione di risorse importante come quella necessaria a costituire un nuovo ente societario.

A conferma dell'intento del legislatore di garantire un flusso informativo completo per tutte le autorità competenti con riguardo a tutte le fasi di costituzione e dell'operato delle società disciplinate dal Testo Unico,

⁴¹³ Camera dei Deputati (Servizio Studi) e Senato della Repubblica (Servizio Studi), "*Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica – Schede di Lettura*", Dossier – XVII Legislatura (Settembre 2017), pg. 16.

⁴¹⁴ Per una più completa analisi del dettato normativo dell'art. 5, si veda questo stesso Capitolo, pg. 68-69.

⁴¹⁵ Commissariato Straordinario per la Revisione della Spesa, "*Programma di Razionalizzazione delle Partecipate Locali*" (Roma, 7 Agosto 2014), pg. 16.

⁴¹⁶ J. Bercelli, "*Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell'attuazione del Testo Unico*" in (a cura di) G. Sala, G. Sciuillo, "Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione" (ESI, Napoli, 2017), pg. 223.

non possono non menzionarsi le disposizioni contenute nell'articolo 11 del d.lgs. 175/2016, a norma delle quali viene confermato ancora una volta il ruolo centrale della Struttura di Monitoraggio interna al Ministero. Il potere di intervento del MEF si apprezza anche in questo caso nell'eventualità in cui l'ente societario manifesti l'intenzione di derogare alle previsioni del Testo Unico. Laddove infatti la società scelga di organizzarsi secondo un sistema di governance differente da quello tradizionale, adottando il monistico o il dualistico, l'articolo 11 prevede che tale delibera venga trasmessa alla Struttura interna al Dicastero che, ancora una volta, assume insieme alla Corte dei Conti il ruolo di controllore rispetto all'opportunità di tale scelta.⁴¹⁷ La disposizione in discorso, peraltro, prevede altri due profili di intervento del MEF, entrambi posti a garanzia dell'adequata composizione degli organi amministrativi delle società a controllo pubblico.

In primo luogo, come già sottolineato nella fase di questa trattazione che si è occupata del sistema dei controlli interni aziendali, la norma prevede che i componenti degli organi amministrativi di questi enti societari debbano necessariamente possedere i requisiti di professionalità, onorabilità ed autonomia e che questi parametri debbano essere a loro volta fissati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero dell'Economia e delle Finanze.⁴¹⁸ Come può facilmente evincersi, è ancora una volta la collaborazione fra autorità ad assicurare che la norma del Testo Unico trovi puntuale attuazione nelle realtà societarie in discorso e alla luce di ciò, appare perfettamente coerente l'intervento del MEF il cui compito principale, come detto precedenza, rimane quello di monitorare il processo attuativo delle norme che regolano la vita e l'operare di queste società. Non deve neanche sfuggire come la disposizione in esame preveda l'intervento della Conferenza Unificata nell'iter di elaborazione e approvazione del Decreto,⁴¹⁹ così rafforzando ulteriormente il sistema di monitoraggio rispetto a tali requisiti che assumono la valenza di una garanzia per l'adequata composizione degli organi che gestiranno risorse pubbliche.

Il secondo profilo di interesse dell'articolo 11 per quanto in discorso è rappresentato dalla previsione circa la classificazione delle società disciplinate dal d.lgs. 175/2016. Il co. 6 prevede, infatti, che il Ministero dell'Economia e delle Finanze provveda a stabilire con Decreto parametri "*dimensionali quantitativi e qualitativi*" sulla base dei quali poter suddividere le società in fasce, fino al numero di cinque sottocategorie.⁴²⁰ La classificazione in discorso assurge alla necessità di strutturare un sistema di regolazione dei compensi ed emolumenti, stabilendo un limite massimo "di categoria" e che rappresenta, in definitiva, una limitazione alla possibilità di destinare i capitali pubblici alla remunerazione dei componenti della compagine societaria.⁴²¹

⁴¹⁷ Camera dei Deputati (Servizio Studi), "*Società a Partecipazione Pubblica*" (14 Febbraio 2020), Amministrazione e Controllo delle Società a Partecipazione Pubblica.

⁴¹⁸ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 11, co. 1.

⁴¹⁹ R. Narducci, "*Le società a controllo pubblico*" in "*Le società a Partecipazione Pubblica - il Testo Unico*", Guida Normativa per l'Amministrazione Locale 2019 (Area I – "Gli Ordinamenti delle Autonomie", Parte VIII, Capitolo II), pg. 419.

⁴²⁰ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 11, co. 6.

⁴²¹ R. Narducci, "*Le società a controllo pubblico*" in "*Le società a Partecipazione Pubblica - il Testo Unico*", Guida Normativa per l'Amministrazione Locale 2019 (Area I – "Gli Ordinamenti delle Autonomie", Parte VIII, Capitolo II), pg. 420.

Il provvedimento in esame rientra nel più ampio panorama di tagli alla spesa pubblica che rappresenta, come detto in fase introduttiva, uno dei principali intenti perseguiti dal legislatore attraverso l’emanazione del Testo Unico. A conferma di quanto appena sostenuto, il MEF si è preoccupato di precisare limiti al conferimento di incarichi anche negli enti controllati dalle pubbliche amministrazioni con conseguente divieto di conferire remunerazioni che sarebbero andate, ancora una volta, ad intaccare capitali di provenienza pubblica.⁴²² Peraltro, sempre nell’ottica del contenimento della spesa, il D.M. 16 Maggio 2017 ha previsto che la stessa Struttura di Monitoraggio venisse finanziata con risorse interne, senza andare ulteriormente ad intaccare le finanze dello Stato, confermando così l’intento della Pubblica Amministrazione di contenere il dispendio di risorse.⁴²³

La classificazione delle società disciplinate dal Testo Unico in cinque fasce prevista dall’articolo 11 consente alla Struttura di Monitoraggio di raccogliere più facilmente i dati inerenti la vita e l’operato di tali enti, informazioni che poi confluiranno nella Banca Dati detenuta presso lo stesso Dicastero, la cui utilizzazione per questi fini rappresenta un’altra delle novità introdotte dal d.lgs. 175/2016.⁴²⁴ Come prevede il testo legislativo e ancora una volta con l’intento di non utilizzare nuove risorse economiche ma sfruttare gli strumenti già esistenti, la Banca Dati da utilizzare è quella istituita in forza del d.l. 90/2014 potendo questa essere “riconvertita” come bacino di informazioni a disposizione della Struttura,⁴²⁵ riorganizzata in ragione del suo nuovo utilizzo con decreto dello stesso Dicastero.⁴²⁶ Questa non assurge semplicemente alla funzione di possedere un elenco aggiornato di tutte le società controllate o partecipate dal socio pubblico,⁴²⁷ ma piuttosto rappresenta un insieme di dati preziosi proprio nell’ottica delle funzioni svolte dalla Struttura di Monitoraggio.

È proprio attraverso la costante disponibilità di tali informazioni che il Ministero riesce a monitorare l’andamento dell’operato delle società oggetto del controllo e ad eseguire un monitoraggio puntuale rispetto all’attuazione delle disposizioni del Testo Unico, così rendendo efficace e continuativo quel sistema di dialogo costruttivo già analizzato in precedenza. A completare il quadro, infatti, giova ricordare che la Banca Dati sia accessibile telematicamente garantendo in questo modo la disponibilità delle informazioni e, in definitiva, assumendo la veste di una piattaforma digitale facilmente consultabile dalle parti oggetto del rapporto di controllo, in grado di raccogliere e conservare le informazioni necessarie al monitoraggio stesso.⁴²⁸

Nella fase conclusiva di questa trattazione in merito al ruolo del Ministero dell’Economia e delle Finanze rispetto al tema del controllo delle società disciplinate dal Testo Unico a parere di chi scrive, non si può far a

⁴²² A questo proposito si veda la Circolare n. 6 del 4 Dicembre 2014, a firma dell’allora Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione, Maria Anna Madia.

⁴²³ D.M. 16 Maggio 2017, art. 6.

⁴²⁴ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 15, co. 3.

⁴²⁵ In particolare, l’istituzione della Banca Dati è prevista dall’art. 17, co. 4 del d.l. 90/2014.

⁴²⁶ Camera dei Deputati (Servizio Studi) e Senato della Repubblica (Servizio Studi), *“Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica – Schede di Lettura”*, Dossier – XVII Legislatura (Settembre 2017), pg. 89 (nota a piè di pagina, n. 66).

⁴²⁷ Camera dei Deputati (Servizio Studi) e Senato della Repubblica (Servizio Studi), *“Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica – Schede di Lettura”*, Dossier – XVII Legislatura (Settembre 2017), pg. 19.

⁴²⁸ R. Narducci, *“Lo svolgimento delle attività - La disciplina comune”* in *“Le società a Partecipazione Pubblica - il Testo Unico”*, Guida Normativa per l’Amministrazione Locale 2019 (Area I – “Gli Ordinamenti delle Autonomie”, Parte VIII, Cap. VIII), pg. 458.

meno di guardare con occhio critico alle disposizioni che regolano l'organizzazione ed il funzionamento della Struttura di Monitoraggio, con particolare riguardo alla previsione che disciplina l'autonomia della stessa rispetto ai soggetti che vengono sottoposti al controllo. Non sarà sfuggito, infatti, che nonostante l'intento di rendere tale organismo indipendente, il Dicastero all'interno del quale la Struttura si colloca e opera, come ricordato in precedenza, è lo stesso che detiene e gestisce le partecipazioni statali in diverse società e che decide come e quando sia possibile impiegare in tali enti capitali pubblici ai sensi del Testo Unico. Come è facile comprendere, questo dato fa sorgere non pochi dubbi sulla reale autonomia di giudizio della Struttura di Monitoraggio, perplessità che portano a domandarsi se la stessa possa dirsi estranea a situazioni di conflitto di interesse quando giudica sull'operato dello Stato come imprenditore.

Rispetto alle partecipazioni di cui lo stesso Ministero dell'Economia e delle Finanze è titolare, infatti, questa autorità pubblica si comporta come un vero e proprio azionista. Con riguardo alla definizione degli assetti di governance adeguati alle singole realtà di cui gestisce i pacchetti azionari, il MEF avrà potere di intervento laddove la partecipazione non sia di controllo mentre riuscirà addirittura ad avere un vero e proprio potere decisorio nei casi in cui la quota di capitale di cui detiene la titolarità sia maggioritaria.⁴²⁹ Di conseguenza, com'è facile dedurre, potrà influire sulle scelte riguardanti la composizione degli organi amministrativi e di controllo, a conferma ulteriore del potere decisorio esercitato in questi enti, essendo inoltre responsabile della corretta tenuta dei documenti contabili e dell'analisi degli stessi, valutando volta per volta i risultati relativi all'ultimo bilancio di esercizio.⁴³⁰ Nonostante sussista per il Dicastero l'obbligo di redigere ed inviare periodicamente al Parlamento una relazione concernente la gestione finanziaria e le eventuali operazioni svolte sulle partecipazioni societarie detenute,⁴³¹ non può non far riflettere l'ambiguità della posizione del Ministero stesso che da un lato si comporta come soggetto che dovrebbe essere sottoposto a controllo, così come qualunque ente che detenga tali pacchetti azionari, e dall'altro "indossa la veste" di controllore, rispetto all'adeguatezza della stessa gestione.

Come detto in precedenza, in risposta alle disposizioni del Testo Unico circa l'autonomia che dovrebbe, a norma di legge, caratterizzare la Struttura di Monitoraggio rispetto ai soggetti giuridici titolari delle partecipazioni nel cui novero inevitabilmente compare anche il Ministero stesso, non sono mancate perplessità avanzate dalla dottrina, sulla base delle quali giova condurre una riflessione in questa trattazione, anche nell'ottica di una possibile riforma del dettato legislativo in esame. Ciò che viene messo in discussione, infatti, è la possibilità stessa che tale Struttura sia in grado di svolgere la sua attività di monitoraggio in modo autonomo e scevro da qualsiasi conflitto di interesse.

⁴²⁹ Ministero dell'Economia e delle Finanze, "*Partecipazioni dello Stato*", La Governance. Il report è visionabile sul sito: <http://www.mef.gov.it/ministero/struttura/societa-partecipate.html>.

⁴³⁰ *Ibidem*.

⁴³¹ Ministero dell'Economia e delle Finanze, "*Partecipazioni dello Stato*", Introduzione. Il report è visionabile sul sito: <http://www.mef.gov.it/ministero/struttura/societa-partecipate.html>.

A ben guardare è possibile individuare un *fil rouge* nelle critiche mosse a tale assetto organizzativo. Il ragionamento degli autori trova generalmente il suo punto di partenza nell'analisi della volontà del legislatore di organizzare la Struttura senza gravare ulteriormente sulle finanze dello Stato per poi osservare criticamente le ricadute di questo modo di operare. Si prenda ad esempio il ragionamento critico di Richter, secondo cui gli scarsi mezzi messi a disposizione degli Uffici V e VI, evidente conseguenza della volontà di contenere la spesa pubblica per l'istituzione ed organizzazione di tale Struttura, rappresentano un fattore di inefficienza della stessa nel sistema dei controlli alle società partecipate e controllate risolvendosi in un'attività di indirizzo, coordinamento e monitoraggio non adeguatamente incisiva.⁴³²

Le criticità rispetto al profilo dell'effettiva indipendenza ed autonomia di giudizio della Struttura di Monitoraggio nella sua attività di coordinamento e controllo sembrano nascere, ad avviso della dottrina, dalla disposizione contenuta nell'articolo 6 del D.M. 16 Maggio 2017, che impone che questa sia costituita all'interno dello stesso Dicastero utilizzando, peraltro, “risorse umane, strumentali e finanziarie” già disponibili alla data di emanazione del decreto stesso, così ponendo un punto fermo all'eventuale dispendio di mezzi per istituire nuovi uffici, assumere nuovo personale e aumentare gli stipendi già dovuti.⁴³³ La disposizione si inserisce perfettamente nel novero di accorgimenti adottati dal legislatore per contenere la spesa pubblica ma, allo stesso tempo, determina l'impossibilità pratica e tecnica che tale Struttura risulti effettivamente indipendente rispetto al Dicastero stesso, titolare delle partecipazioni oggetto del controllo.⁴³⁴

Eppure, il compito svolto dall'articolazione interna del Ministero dell'Economia e delle Finanze si distingue per la sua complessità e delicatezza, stante la competenza della stessa ad assumere il ruolo di “guida” alle società pubbliche e partecipate nella loro attività conformativa alle disposizioni del Testo Unico.⁴³⁵ Se si considera in particolare la funzione di indirizzo, ad esempio, non può non notarsi come il soggetto giuridico cui spetta il compito di coordinare dall'esterno e di elaborare linee guida per modulare l'operato degli enti societari, debba anche intuitivamente potersi dire “al di sopra delle parti” e come proprio tale caratteristica assurga a garanzia dell'efficacia del suo potere di indirizzo. In ragione di ciò, pare quasi paradossale che il legislatore assicuri una separazione solamente formale di tale articolazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze,⁴³⁶ posizione criticata, peraltro, anche dal Consiglio di Stato.

La Commissione speciale istituita in seno allo stesso organo giurisdizionale non manca di elaborare criticamente gli intenti del legislatore del Testo Unico, esprimendo parere negativo sulla mancata reale separazione organizzativa della Struttura di Monitoraggio. Partendo dall'analisi del potere di indirizzo attribuito al tale soggetto deputato al controllo, la valutazione finale della Commissione vede tale competenza

⁴³² M. S. Richter Jr, “I “Controlli” nelle Società a Partecipazione Pubblica” (Estratto), Rivista delle Società (Anno LXIII Fasc. 5-6 – 2018), pg. 1375.

⁴³³ D.M. 16 Maggio 2017, art. 6.

⁴³⁴ D. Rossano, “I controlli nelle società pubbliche” in “federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo”, n. 19/2018, pg. 11.

⁴³⁵ *Ibidem*.

⁴³⁶ H. Bonura, G. Fonderico, “Il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica” (*Giorn. dir. amm.*, 2016), pg. 731.

risolversi in una serie di giudizi non vincolanti “di *moralsuasion*”, rilevando con tale dicitura la mancanza di un reale ed effettivo potere di intervento della Struttura laddove questa rilevi la necessità di guidare un ente societario nell’attività di adeguamento alle norme del Testo Unico.⁴³⁷ In conclusione, il Consiglio di Stato non può che rilevare non soltanto la mancanza, in capo a tale articolazione del Dicastero di poteri adeguati a svolgere efficacemente quelle che dovrebbero essere le funzioni ad essa attribuite dalla legge ma, allo stesso tempo, constata duramente che la stessa non possa essere neanche considerata una vera e propria “struttura” se si tiene a mente la separazione soltanto formale degli Uffici V e VI rispetto al Ministero di appartenenza.⁴³⁸

Per concludere la trattazione in merito al potere di indirizzo, monitoraggio e controllo affidato al Ministero dell’Economia e delle Finanze ed in particolare alla Struttura appositamente prevista dal Testo Unico, è opportuno riflettere sulle conseguenze derivanti dalla ragionevole volontà del legislatore di operare nell’ottica del contenimento della spesa pubblica. Seppure tale intento sia indubbiamente da promuovere, infatti, è opportuno in questa sede riflettere su come, nonostante il criterio ispiratore della norma regolatrice della Struttura sia ragionevole e coerente con quello dell’intero Testo Unico, questo si traduce nell’inefficienza pratica dell’organismo stesso così vanificando il proposito ulteriore del legislatore, quello di aggiungere un ulteriore soggetto dedicato al controllo nel composito sistema di monitoraggio delle società in discorso.

In ragione di quanto appena detto, pare il caso di notare come spesso non sia sufficiente tenere a mente, come criterio guida nella formulazione delle norme, una solida e precisa finalità “di fondo” per quanto questa possa essere ben delineata nelle diverse disposizioni, ma risulti fondamentale anche porre l’attenzione alle conseguenze pratiche che la realizzazione di tale intento può ingenerare. È possibile apprezzare, rispetto ai profili appena delineati, la complessità insita nell’attività di formulazione di una disciplina giuridica che sappia essere al tempo stesso efficace rispetto alla volontà di strutturare un sistema dei controlli composito, efficiente ed organizzato e contestualmente attento ad evitare il dispendio di risorse pubbliche ma che talvolta, come è ragionevole capire, non riesce a soddisfare contemporaneamente tutte le esigenze che nascono da una realtà così giuridicamente insidiosa come quella delle società pubbliche e partecipate.

2.3 I controlli dell’Autorità Nazionale Anticorruzione sulle società *in house providing*.

Il ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione rispetto alle società disciplinate dal Testo Unico è già stato oggetto di questa trattazione. In particolare, il Capitolo precedente si è occupato di definire la disciplina in materia di trasparenza e anticorruzione, in attuazione della quale agli enti societari è affidato il compito di predisporre idonei presidi interni all’organizzazione che siano in grado di assicurare efficaci garanzie al fine di fronteggiare i pericoli connessi all’emergere di fattispecie corruttive.⁴³⁹ Come si ha già avuto modo di

⁴³⁷ Cons. di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, Parere n. 968/2016, p. 13.

⁴³⁸ Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016 (Consiglio di Stato), Parere n. 968/2016, p. 13.

⁴³⁹ Per una più completa analisi della normativa in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione si veda il Capitolo 1, para. 1.3.

osservare, queste discipline hanno finalità diversificate in modo tale da essere in grado di assicurare l'implementazione di una rete di sistemi di controllo a protezione dei settori di attività aziendali più esposti al rischio del verificarsi delle suddette fattispecie, così da garantire un monitoraggio focalizzato e strutturato "su misura" a seconda della programmazione del rischio predisposta da ogni società pubblica o partecipata.

Non sorprende, dunque, come il modello 231, la legge 190/2012 (Legge Severino) e il d.lgs. 33/2013, seppur tutti rientranti nel più ampio disegno del legislatore volto a limitare il verificarsi dei fenomeni corruttivi all'interno di tali enti societari e a promuovere una gestione trasparente degli stessi, siano specificatamente destinati a fronteggiare tre diverse esigenze. Le disposizioni del d.lgs. 231/2001 e della legge Severino sono entrambe considerabili a ragione norme anticorruzione ma, mentre le prime mirano ad evitare che si ingeneri un vantaggio ingiusto per l'ente che agisce tramite i suoi esponenti,⁴⁴⁰ le seconde sono finalizzate a prevenire fenomeni di corruzione a danno della società stessa.⁴⁴¹ Il d.lgs. 33/2013, infine, si occupa di definire quelli che sono i requisiti in termini di trasparenza su tutto ciò che riguarda l'amministrazione di tali società, compresa la gestione finanziaria degli stessi, configurando così un terzo presidio a tutela degli interessi collettivi sottesi alle attività svolte dagli enti disciplinati dal Testo Unico.⁴⁴²

Riprendendo quanto detto in precedenza in merito all'Autorità Nazionale Anticorruzione, questa detiene evidentemente il ruolo di controllore rispetto all'attuazione di tali disposizioni all'interno delle realtà societarie in discorso.⁴⁴³ In questo senso, l'ANAC svolge un'attività di monitoraggio particolarmente rilevante ai fini di questa trattazione, a presidio dell'adempimento, all'interno dell'organizzazione societaria, degli obblighi prescritti dalle disposizioni anticorruzione e in materia di trasparenza. Questa funzione di monitoraggio affidata all'Autorità Nazionale Anticorruzione, seppur rappresenti uno dei profili più interessanti rispetto al tema in discorso, non costituisce l'unica competenza rispetto alla quale questo soggetto giuridico risulta titolare, il quale ricopre un ruolo fondamentale anche nel panorama dei controlli alle società che adottano in modello dell'*in house providing*.

Il tema del controllo svolto ad opera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nei confronti di questi particolari enti societari è strettamente correlato alla normativa vigente in tema di contratti pubblici, quest'ultima disciplinata dal d.lgs. 50/2016 (di seguito denominato anche Codice dei Contratti Pubblici).⁴⁴⁴ Come avremo modo di esaminare in seguito in maniera più dettagliata, il compito dell'ANAC rispetto agli affidamenti eseguiti in favore delle società *in house* si caratterizza per assicurare che la deroga ai principi vigenti in tema

⁴⁴⁰ R. Ursi, "Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali" (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 243.

⁴⁴¹ V. Sarcone, "L'applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche", Cap. VI, in (a cura di) F. Cerioni, "Le società pubbliche nel Testo Unico" (Giuffrè Editore, 2017), pg. 220.

⁴⁴² ANAC, PNA 2019, pg. 76-77.

⁴⁴³ Per una più compiuta analisi degli ambiti rispetto ai quali l'ANAC svolge tale funzione si vedano i paragrafi 1.3.a e 1.3.b del Capitolo I di questa trattazione.

⁴⁴⁴ P. Cosmai, R. Iovino, "Il nuovo Codice degli appalti pubblici: Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50" (Ipsoa, 2016), Cap. XXIII, "L'in house e le società pubbliche di progetto. Cenni e rinvio".

di contratti pubblici e quindi ai principi di concorrenza che regolano l'ordinamento economico nel contesto degli appalti sia adeguatamente giustificata e non costituisca, al contrario, un illecito sviamento rispetto alle norme che disciplinano le procedure a rilevanza pubblicistica e, più specificatamente, alla regola del ricorso al mercato finalizzato alla ricerca del migliore operatore economico.⁴⁴⁵ Ciò che caratterizza questa funzione di controllo, infatti, è proprio lo svolgimento da parte dell'ANAC alla funzione di vigilanza della concorrenza sul mercato, competenza tipicamente attribuita a questa Autorità.

Il monitoraggio svolto in questo ambito rispetto alle società *in house providing* si caratterizza, inoltre, per essere un controllo di tipo indiretto: come vedremo, l'ANAC è responsabile della detenzione di un elenco di amministrazioni che posseggono i requisiti previsti dal Codice dei Contratti Pubblici e dal Testo Unico qui in esame per poter essere legittimamente classificate quali enti titolari di un potere di “controllo analogo” rispetto a società che per questo possono essere ricondotte al modello *in house providing*. Il controllo dell'Autorità su questi enti societari, infatti, può essere ritenuto “indiretto”, passando attraverso la necessaria iscrizione di queste articolazioni della Pubblica Amministrazione alla banca dati menzionata in precedenza, tramite cui queste si sottopongono alla verifica ad opera dell'ANAC,⁴⁴⁶ della sussistenza delle condizioni in presenza delle quali viene in essere tale rapporto di controllo definito “analogo”.

Nell'ambito dell'analisi di questo particolare tipo di monitoraggio, svolto esclusivamente nei confronti delle società che adottano il modello *in house providing*, giova in questa sede definire nuovamente e più dettagliatamente le caratteristiche fondamentali di tale tipo di gestione societaria, alla luce dei due diversi dettati normativi qui richiamati, entrambi recanti definizioni di questo tipo: il Testo Unico sulle società pubbliche e a partecipazione pubblica e il Codice dei Contratti Pubblici. Per delineare i tratti caratterizzanti questo modello societario, infatti, risulta necessario confrontarsi con un coordinamento dei due testi normativi che, come si vedrà, contengono definizioni non completamente coincidenti degli enti societari in discorso.⁴⁴⁷ Senza voler distogliere l'attenzione dal tema principale di questa trattazione, quello del controllo, tale analisi delle norme definitorie di questo modello merita comunque attenzione, anche nell'ottica di assumere una prospettiva critica ma pur sempre consapevole rispetto alla materia. A ben guardare, le disposizioni riguardanti i requisiti che tali società devono possedere per essere definite *in house*, differiscono sin dalle “fondamenta” della designazione di tale modello: se da una parte, infatti, l'articolo 5 del d.lgs. 50/2016 non identifica tali enti necessariamente come soggetti giuridici in forma societaria, gli articoli 3 e 16 del Testo Unico fanno unicamente riferimento a tale forma organizzativa, escludendo la possibilità che una persona giuridica diversa

⁴⁴⁵ P. Cosmai, R. Iovino, “Il nuovo Codice degli appalti pubblici: Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50” (Ipsa, 2016), Cap. XXIII, “L'in house e le società pubbliche di progetto. Cenni e rinvio”.

⁴⁴⁶ M. Clarich, “Continuità e Discontinuità nella nuova disciplina delle Società a Partecipazione Pubblica” in F. Capriglione, “Liber Amicorum Guido Alpa” (CEDAM, 2019), pg. 254.

⁴⁴⁷ E. Stanizzi, “Le Società in-house”, in R. Garofoli, A. Zoppini, “Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica” (Nel Diritto Editore, 2018), Parte I, Cap. II, pg. 111.

da una società a responsabilità limitata o una società per azioni possa definirsi un soggetto *in house providing*.⁴⁴⁸

Da questo primo sguardo alle norme di interesse emerge una prima problematica in tema di coordinamento dei testi normativi ed un'evidente necessità di analisi congiunta delle disposizioni se si vuole perseguire il fine di definire in modo adeguato e completo il modello societario in discorso. Come già detto in precedenza in questa trattazione,⁴⁴⁹ l'istituto dell'*in house* rappresenta quasi un'anomalia rispetto alla disciplina degli enti di diritto societario previsti e regolati nel nostro ordinamento.⁴⁵⁰ Ciò che definisce, in primo luogo, tale *tipo* societario è il potere di controllo esercitato dall'amministrazione sociale dell'ente stesso che deve essere in grado di esercitare nei confronti del soggetto cui partecipa, un controllo analogo rispetto a quello esercitato sui servizi di cui è titolare.⁴⁵¹ Diretta conseguenza di tale potere affidato all'amministrazione sociale è l'esercizio rispetto alla società di riferimento di un'influenza dominante,⁴⁵² che si sostanzia, nella pratica, nella possibilità di esercitare un controllo strutturale dell'ente, scegliendo i componenti degli organi di amministrazione e controllo quantomeno fino a raggiungere la maggioranza degli stessi, svolgendo una funzione di monitoraggio sull'attività e gli atti caratterizzanti la gestione dell'ente societario *in house*.⁴⁵³ Le norme definitorie di tale requisito prevedono, inoltre, che questo possa essere esercitato congiuntamente da più amministrazioni sociali, delineandosi in questo caso una situazione di "controllo analogo congiunto".⁴⁵⁴

Alla luce del necessario coordinamento della materia con il Codice dei Contratti Pubblici e richiamando la funzione di controllo esercitata dall'ANAC rispetto alla possibilità di derogare le norme vigenti in tema di appalti e procedere all'affidamento diretto in favore di questo tipo di società da parte delle amministrazioni aggiudicatrici che le controllano, pare opportuno in questa sede definire, inoltre, i concetti di "*in house* a cascata", "*in house* invertito" e "*in house* orizzontale", ulteriori tipologie di tale modello previste dal d.lgs. 50/2016.⁴⁵⁵ Con la prima dicitura ci si riferisce al caso in cui una Pubblica Amministrazione controlli una società definibile *in house* la quale, in virtù di tale potere esercitato, a sua volta sia in grado di possedere questo tipo di influenza dominante su un terzo organismo.⁴⁵⁶ Il secondo modello considerato, invece, si delinea laddove il soggetto verso cui si esercita il potere di controllo risulta essere a sua volta un'amministrazione

⁴⁴⁸ Nell'art. 5 del d.lgs. 50/2016, infatti, compare la formulazione "*persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato*" così ammettendo che anche soggetti giuridici non organizzati in forma societaria possano dirsi *in house*. Nel d.lgs. 175/2016, invece, ci si riferisce sempre a tale modello parlando di "*società*" (artt. 3 e 16).

⁴⁴⁹ Si veda Introduzione, pg. 5 ss.

⁴⁵⁰ E. Stanizzi, "*Le Società in-house*", in R. Garofoli, A. Zoppini, "*Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica*" (Nel Diritto Editore, 2018), Parte I, Cap. II, pg. 113.

⁴⁵¹ R. Narducci, "*Le società in-house*" in "*Le società a Partecipazione Pubblica - il Testo Unico*", Guida Normativa per l'Amministrazione Locale 2019 (Area I – "Gli Ordinamenti delle Autonomie", Parte VIII, Capitolo III), pg. 425.

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ E. Stanizzi, "*Le Società in-house*", in R. Garofoli, A. Zoppini, "*Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica*" (Nel Diritto Editore, 2018), Parte I, Cap. II, pg. 115.

⁴⁵⁴ P. Cosmai, R. Iovino, "*Il nuovo Codice degli appalti pubblici: Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*" (Ipsoa, 2016), Cap. XXIII, "*L'in house e le società pubbliche di progetto. Cenni e rinvio*".

⁴⁵⁵ D.lgs. 50/2016, art. 5, co. 2.

⁴⁵⁶ Cons. di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 20 febbraio 2019, "*L'istituto dell'in house providing*", para. 4.

aggiudicatrice,⁴⁵⁷ il cui ruolo emergerà nel proseguo della trattazione quando verrà affrontato il tema dell'affidamento diretto di contratti pubblici. In ultimo, giova definirsi il concetto di “*in house orizzontale*”, situazione giuridica configurabile laddove una Pubblica Amministrazione controlli due società definibili *in house* e uno dei due affidi all'altro l'appalto pubblico.⁴⁵⁸

L'articolo 16 del Testo Unico rimarca il requisito necessario del controllo analogo, prevedendo inoltre un vincolo al potere di scelta in merito alle attività da svolgere da parte di queste società, dovendo queste ultime adoperarsi per erogare servizi di interesse pubblico di competenza dell'amministrazione che le controlla perlomeno per l'80% delle attività complessivamente considerate.⁴⁵⁹ Ciò si ricollega alla circostanza che il fatturato degli enti societari in discorso debba essere riferito unicamente allo svolgimento di tali servizi, con la sola eccezione consentita del conseguimento di economie di scala o risparmi di spesa dovuti alla gestione delle attività ispirata ai principi di efficienza ed economicità.⁴⁶⁰ È fatto inoltre divieto, a norma dei testi legislativi qui esaminati, a che tali società possano beneficiare della partecipazione al capitale di soggetti privati, a meno che questa sia autorizzata o obbligatoria sulla base di specifiche norme e non dovendo in nessun caso tradursi nella possibilità che tali soci esercitino un'influenza dominante nei confronti degli enti societari in discorso.⁴⁶¹

Fino a questo punto della trattazione ci si è occupati di definire nel dettaglio quelli che sono i requisiti che devono sussistere affinché una società possa dirsi aderente al modello *in house*, così disciplinato dai testi legislativi in esame. Quest'opera di definizione qui svolta non deve considerarsi fine a se stessa ma, al contrario, funzionale alla migliore comprensione della funzione di controllo svolta nei confronti di questi enti da parte dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Come vedremo più dettagliatamente nel proseguo di questa trattazione, infatti, è proprio la sussistenza di tali requisiti in precedenza delineati che costituisce l'oggetto del monitoraggio svolto dall'ANAC, finalizzato a garantire che la deroga all'applicazione delle norme vigenti in tema di affidamento di contratti pubblici sia correttamente giustificata dalla natura degli enti societari classificabili come *in house*.

La funzione di controllo della quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione detiene la titolarità è descritta e disciplinata dall'articolo 192 del Codice dei Contratti Pubblici e in ragione di ciò è opportuno focalizzare questa trattazione sull'analisi delle sue previsioni. La norma in esame prevede, infatti, che sia istituito presso l'ANAC un elenco recante il novero delle stazioni appaltanti in grado di operare attraverso affidamenti diretti in favore delle società *in house* verso le quali esercitano le forme di controllo sopra esaminate.⁴⁶² L'iscrizione

⁴⁵⁷ Cons. di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 20 febbraio 2019, “*L'istituto dell'in house providing*”, para. 4.

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 16, co. 3.

⁴⁶⁰ E. Stanizzi, “*Le Società in-house*”, in R. Garofoli, A. Zoppini, “*Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica*” (Nel Diritto Editore, 2018), Parte I, Cap. II, pg. 118.

⁴⁶¹ R. Narducci, “*Le società in-house*” in “*Le società a Partecipazione Pubblica - il Testo Unico*”, Guida Normativa per l'Amministrazione Locale 2019 (Area I – “Gli Ordinamenti delle Autonomie”, Parte VIII, Capitolo III), pg. 426.

⁴⁶² V. Giannotti, M. Panato, N. Sperotto, “*Il regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico-privato: Guida operativa al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*” (Ipsoa, 2016), Cap.XXV, “*Affidamenti in house e società pubblica di progetto*”.

appena menzionata consente di operare derogando alle norme del d.lgs. 50/2016 per ciò che concerne le procedure ad evidenza pubblica sulla base delle quali vengono stipulati contratti per l'erogazione di servizi e conduzione di lavori pubblici all'operatore economico che dimostra di possedere l'adeguata combinazione di requisiti tecnici idonei e offerta economica più vantaggiosa in ragione dei principi di trasparenza, libera concorrenza e pubblicità posti a salvaguardia di tale impiego di risorse pubbliche.⁴⁶³ È evidente, in questo senso, come in virtù di tale deroga si corra il rischio di mettere a repentaglio proprio i principi appena menzionati che ispirano l'intera materia degli appalti pubblici e come, in ragione di tale pericolo, si renda necessario predisporre un idoneo sistema di monitoraggio rispetto alla possibilità di avvalersi di tale regime derogatorio in modo tale da restringere tale possibilità soltanto ai casi in cui vengano soddisfatti stringenti requisiti posti dalla legge stessa.

Alla luce di quanto appena sostenuto si può apprezzare meglio il delicato compito affidato all'Autorità Nazionale Anticorruzione, che assume la veste di "guardiano" rispetto al soddisfacimento dei requisiti esaminati nella prima fase di questa trattazione nelle società che richiedono di essere inserite in tale elenco.⁴⁶⁴ La procedura per l'iscrizione è stata disciplinata dalla stessa ANAC attraverso l'emanazione di apposite Linee Guida a carattere vincolante,⁴⁶⁵ alle quali conviene guardare per avere un quadro completo della regolamentazione del sistema dei controlli in discorso. La domanda di iscrizione, alla cui presentazione telematica deve provvedere il Responsabile dell'Anagrafe delle Stazioni Appaltanti (RASA) in attuazione della delega fornita dalle persone fisiche in grado di agire in nome dell'amministrazione aggiudicatrice che richiede d'essere inserita nell'elenco,⁴⁶⁶ deve contenere l'attestazione circa la sussistenza di tutti i requisiti sopra menzionati grazie ai quali sia possibile identificare correttamente l'esercizio del controllo analogo rispetto alle società *in house* che saranno beneficiarie dei contratti pubblici da affidare direttamente.⁴⁶⁷

Il controllo rispetto alle condizioni che devono sussistere affinché l'ente aggiudicatario possa essere iscritto nell'elenco prevede due fasi principali, una di carattere interno e la successiva di esclusiva competenza dell'ANAC. Prima ancora della presentazione della domanda, infatti, l'amministrazione deve verificare la sussistenza dei requisiti che consentono di affermare l'esercizio del controllo analogo nei confronti della società *in house* di riferimento.⁴⁶⁸ Con riguardo a questa prima fase del monitoraggio, viene in rilievo il

⁴⁶³ E. Stanizzi, "Le Società in-house", in R. Garofoli, A. Zoppini, "Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica" (Nel Diritto Editore, 2018), Parte I, Cap. II, pg. 108-109.

⁴⁶⁴ P. Cosmai, R. Iovino, "Il nuovo Codice degli appalti pubblici: Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50" (Ipsoa, 2016), Cap. XXIII, "L'in house e le società pubbliche di progetto. Cenni e rinvio".

⁴⁶⁵ ANAC, Relazione Illustrativa in merito alla delib. n. 235/2017 recante Linee Guida n. 7 "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016".

⁴⁶⁶ ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016", para. 4.1 e 4.4.

⁴⁶⁷ ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016", para. 2.

⁴⁶⁸ E. Stanizzi, "Le Società in-house", in R. Garofoli, A. Zoppini, "Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica" (Nel Diritto Editore, 2018), Parte I, Cap. II, pg. 108.

compito svolto ad opera degli organi di controllo interni alla società ed in particolare di quello di revisione dell'attività dell'amministrazione stessa, responsabile della verifica della sussistenza di tali requisiti sulla base dei quali richiedere legittimamente l'accesso alla deroga alle norme del d.lgs. 50/2016.⁴⁶⁹ Tale tipo di controllo è definito “*ex ante*” dalla stessa Autorità titolare del monitoraggio esterno, e prevede che si dia conto della sussistenza di tali requisiti nei vari documenti di programmazione approvati dagli organi di controllo che esplicitino l'attività di interesse pubblico da condurre attraverso affidamenti in favore di società *in house providing*.⁴⁷⁰

La seconda fase del controllo, che costituisce il fulcro di questa trattazione, è nelle mani dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e ha inizio con la presentazione della domanda di iscrizione. Nei trenta giorni successivi a tale accadimento, infatti, si avvia il procedimento di verifica dei requisiti prescritti dalla legge, sulla base dei quali dovrebbe essere possibile configurare l'esercizio del controllo congiunto e, in definitiva, la qualificazione della società che sarà beneficiaria degli affidamenti diretti come *in house*.⁴⁷¹ Nell'arco temporale massimo di novanta giorni dall'inizio del procedimento, l'ANAC sarà in grado di formulare una decisione che potrà confermare l'iscrizione di tali amministrazioni nell'elenco dalla stessa Autorità tenuto oppure disporre il diniego a tale possibilità,⁴⁷² laddove dalla verifica svolta non risulti la sussistenza delle condizioni che il Codice dei Contratti Pubblici prima e il Testo Unico in un secondo momento hanno qualificato come necessari al fine di giustificare la deroga al regime di libero mercato.⁴⁷³ Attraverso quelli che vengono definiti come controlli “*contestuale*” ed “*ex post*”, infatti, l'Autorità è in grado di richiedere documenti, informazioni e dati alle amministrazioni aggiudicatrici oggetto stesso del controllo, sulla base dei quali procedere alla verifica in discorso.⁴⁷⁴

A questo proposito è interessante notare come la metodologia attraverso cui tale funzione di monitoraggio deve essere svolta differisce a seconda della tipologia di controllo analogo esercitata dall'amministrazione nei confronti della società *in house*, come è ragionevole comprendere se si considera la diversità dei rapporti intercorrenti tra gli enti a seconda della diversa configurazione del modello *in house providing*. Nel modello “a cascata”, ad esempio, l'ANAC è tenuta a verificare la sussistenza del controllo analogo sia nei confronti

⁴⁶⁹ M. C. Manca, “*Affidamenti diretti in house, i controlli dell'organo di revisione in relazione alle linee guida Anac*” (Il Sole 24 Ore – Enti Locali & PA, 24 Gennaio 2020).

⁴⁷⁰ ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 “*Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*”, para. 6.3.1, lett. a).

⁴⁷¹ ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 “*Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*”, para. 5.2.

⁴⁷² ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 “*Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*”, para. 5.5, lett. a) e b).

⁴⁷³ ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 “*Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*”, para. 6.1.

⁴⁷⁴ ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 “*Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*”, para. 6.3.1, lett. b) e c).

della prima società, sia quello intercorrente tra questa e l'ulteriore ente societario che potremo definire "a valle" del rapporto di influenza dominante. Anche rispetto alle altre due specie di controllo analogo viste nella parte introduttiva di questa trattazione, l'Autorità è tenuta a verificare volta per volta tutti i rapporti, siano questi "inversi", "orizzontali" o "congiunti", sulla base dei quali la società quasi interamente partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice può definirsi *in house*.⁴⁷⁵

Il potere di controllo di cui è titolare l'Autorità deve definirsi di tipo indiretto, azionabile cioè solamente in seguito alla richiesta avanzata dalle amministrazioni aggiudicatrici di essere iscritte nell'elenco tenuto dallo stesso soggetto controllore e che quindi si rivolge primariamente verso di queste e soltanto in un secondo momento sulle società *in house* che le stesse controllano.⁴⁷⁶ Questo non deve indurre all'erronea conclusione che l'ANAC non sia titolare di un potere di monitoraggio incisivo nei confronti di tale peculiare tipologia societaria disciplinata dal Testo Unico che può configurarsi, prima di tutto, come un controllo di tipo centralizzato che ha ad oggetto il possesso dei requisiti normativamente previsti,⁴⁷⁷ sulla base del quale l'Autorità è altresì titolare di un potere di acquisizione d'ufficio delle informazioni circa la gestione delle attività di interesse collettivo da parte delle amministrazioni iscritte nell'elenco o che hanno presentato domanda, sottoposte anche alla possibilità di un controllo a campione e continuativo svolto ad opera dell'ANAC stessa.⁴⁷⁸

Infine, ulteriore profilo di interesse che caratterizza lo svolgimento della funzione di monitoraggio nei confronti delle società *in house* della quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione detiene la titolarità è apprezzabile attraverso lo studio delle delibere mediante le quali l'ANAC stessa conferma l'iscrizione all'elenco o decreta il diniego in risposta alla domanda presentata dall'amministrazione aggiudicatrice. Attraverso lo svolgimento delle operazioni di verifica dei requisiti prescritti dalla legge, sulla base dei quali può configurarsi o meno il controllo analogo nei confronti delle società *in house*, infatti, l'Autorità risulta continuativamente impegnata nell'attività di definizione delle condizioni che devono sussistere affinché possa accordarsi tale iscrizione e, in definitiva, questa diviene titolare di un potere interpretativo rispetto alle norme che definiscono tali criteri.

Nella Delibera del 2019 che vede come protagonisti AMAP S.p.A. quale ente aggiudicatario aderente al modello *in house providing* e RE.SE.T. PALERMO (società consortile per azioni) come a sua volta ente societario *in house*, eventuale beneficiario di futuri affidamenti diretti in deroga al regime del d.lgs. 50/2016

⁴⁷⁵ ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016", para. 6.3.5, lett. a) – d).

⁴⁷⁶ M. Clarich, "Continuità e Discontinuità nella nuova disciplina delle Società a Partecipazione Pubblica" in F. Capriglione, "Liber Amicorum Guido Alpa" (CEDAM, 2019), pg. 254.

⁴⁷⁷ E. Stanizzi, "Le Società *in-house*", in R. Garofoli, A. Zoppini, "Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica" (Nel Diritto Editore, 2018), Parte I, Cap. II, pg. 110.

⁴⁷⁸ ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016", para 8.1.

e in accordo con l'istituto dell'"*in house* orizzontale", l'Autorità Nazionale Anticorruzione si trova a confrontarsi con la definizione di tale tipologia di controllo analogo dando a chi legge fondamentali strumenti per comprenderne le rilevanti caratteristiche.⁴⁷⁹

In accordo con tale potere interpretativo affidato all'Autorità Nazionale Anticorruzione, nel caso concreto legato alla realtà siciliana, questa si trova a dover chiarire come, da un lato, il controllo analogo orizzontale non possa configurarsi in modo "*parcellizzato*", dovendo le due società *in house* essere controllate dalla stessa amministrazione. La necessità della presenza di tale caratteristica può essere apprezzata compiutamente proprio con riguardo alla dinamica della conclusione del contratto avente ad oggetto servizi o lavori di pubblica autorità che potrebbe eventualmente concludersi tra le due società *in house* in virtù proprio del rapporto di controllo orizzontale che qui si mira a definire. La ratio della previsione circa tale tipologia di *in house* rispecchia, infatti, la circostanza che la conclusione del contratto tra le parti costituisca la "*manifestazione di un intento negoziale sostanzialmente unitario*" e non rappresenti invece l'incontro di volontà provenienti da due soggetti giuridici differenti come accade per la conclusione di un ordinario accordo civilistico.⁴⁸⁰

L'attività interpretativa condotta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione si riflette su un'ulteriore funzione svolta attraverso quella di monitoraggio nei confronti delle società *in house*. Attraverso la definizione attenta dei requisiti integranti i diversi tipi di controllo analogo, infatti, l'ANAC mira a circoscrivere le possibilità di iscriversi all'elenco tenuto dalla stessa, limitando in questo modo le situazioni giuridiche nelle quali una deroga al regime delle procedure di appalto ad evidenza pubblica disciplinate dal d.lgs. 50/2016 possa ritenersi legittima.⁴⁸¹ A ben guardare, quindi, l'attività di controllo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione si sostanzia, in questo caso, quale monitoraggio sulla possibilità che si configuri un'eccezione alle norme che regolano l'affidamento di contratti pubblici in favore degli operatori economici sul mercato attraverso le procedure di appalto, il cui svolgimento è teso ad assicurare che le risorse pubbliche che verranno impiegate proprio in ragione dell'aggiudicazione di tali accordi siano destinate rispettando i principi, tra gli altri, di imparzialità, trasparenza ed economicità.⁴⁸² In conseguenza di quanto appena detto, risulta ragionevole concludere nel senso che debbano sussistere un'adeguata motivazione che giustifichi l'eccezione al regime di scelta del contraente sulla base della procedura d'appalto e ragioni in forza delle quali tale deroga possa dirsi legittima,⁴⁸³ elementi che costituiscono i parametri oggetto dell'attività di monitoraggio e verifica svolta dall'ANAC.

Non sorprende come l'orientamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sia quello di interpretare i requisiti di sussistenza del modello di *in house providing* in maniera restrittiva, proprio per ridurre i casi in cui la deroga alla vigenza delle disposizioni del d.lgs. 50/2016 possa dirsi legittima e giustificata. Nel caso in

⁴⁷⁹ ANAC, Delibera n. 967/ 2019 (23 ottobre 2019).

⁴⁸⁰ ANAC, Delibera n. 967/ 2019 (23 ottobre 2019), pg. 7.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² E. Stanizzi, "*Le Società in-house*", in R. Garofoli, A. Zoppini, "*Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica*" (Nel Diritto Editore, 2018), Parte I, Cap. II, pg. 108-109.

⁴⁸³ *Ibidem*.

esame, a conferma di quanto appena sostenuto, l'ANAC è giunta a deliberare il diniego dell'istanza di iscrizione all'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici della società AMAP S.p.A. motivando tale decisione proprio sulla base dell'insussistenza dei requisiti richiesti sia dal Testo Unico sia dal Codice dei Contratti Pubblici per la configurabilità di una situazione di controllo analogo e, conseguentemente, la possibilità di derogare alla disciplina delle procedure d'appalto laddove sia necessario concludere contratti pubblici.⁴⁸⁴

Nella fase conclusiva di questa trattazione in merito ai poteri e alle prerogative cui è titolare l'Autorità Nazionale Anticorruzione con riguardo al complesso sistema delle società *in house providing*, pare opportuno operare alcune considerazioni in merito al tema con cui ci si è confrontati in questa sede. Già dalle prime fasi di questa analisi, è stato possibile misurarsi con le insidie che tale disciplina riserva: basti pensare alle difficoltà che si possono riscontrare laddove si confronti il testo dell'articolo 5 del Codice dei Contratti Pubblici e quello dell'articolo 16 del Testo Unico che fanno riferimento, quale ente aderente al modello *in house*, da un lato, a qualsiasi soggetto giuridico e dall'altro alle sole organizzazioni in forma societaria. Già da quanto appena ricordato emerge chiaramente la complessità nella comprensione del modello, da considerarsi un *unicum* rispetto al panorama delle disposizioni disciplinanti la forma organizzativa di tipo societario.

Eppure, nonostante le due discipline possano sembrare ad un primo sguardo non pienamente coerenti l'una rispetto all'altra, chi affronta tale ambito giuridico dovrà arrendersi a dover "convivere" con entrambe e, ancor di più, a doverle intendere come l'una a completamento dell'altra, in un'ottica, potremo dire, di collaborazione operativa dei due testi normativi, necessari entrambi se si persegue il fine di delineare il quadro completo del sistema di monitoraggio rispetto al quale l'ANAC svolge la funzione di controllore. È attraverso lo studio congiunto delle disposizioni appartenenti ai due testi legislativi che l'analisi giunge a definire il ruolo dell'Autorità nei confronti delle società *in house*, seppure, come si è detto in precedenza, il monitoraggio di questi enti avvenga in maniera indiretta. Proprio rispetto a tale ultima caratteristica pare opportuno ragionare in maniera critica, valutando se nonostante il controllo esercitato dall'Autorità su queste società debba passare necessariamente attraverso la richiesta di iscrizione formulata dalle amministrazioni aggiudicatrici all'elenco dalla stessa tenuto, la funzione di monitoraggio possa dirsi adeguata ed attenta alle peculiarità di tali enti societari.

Ad avviso di chi scrive, nonostante il carattere indiretto del controllo possa in un primo momento far sorgere dei dubbi rispetto all'efficacia ed incisività dello stesso, non può trascurarsi come questa funzione di monitoraggio affidata all'ANAC abbia carattere evidentemente specifico e si riferisca, più dettagliatamente, alla possibilità che tali enti societari siano destinatari di affidamenti diretti da parte delle amministrazioni iscritte nell'elenco in discorso, in deroga alla disciplina delle procedure d'appalto regolate dal d.lgs. 50/2016. Sebbene, come già detto in precedenza, tale controllo esercitato dall'Autorità assuma i caratteri di una vera e propria garanzia rispetto ai principi che governano l'affidamento di contratti pubblici e il conseguente impiego

⁴⁸⁴ ANAC, Delibera n. 967/ 2019 (23 ottobre 2019), pg. 8.

di risorse statali rendendo inevitabilmente tale funzione particolarmente delicata e complessa, non deve trascurarsi nemmeno come questo monitoraggio rappresenti solamente uno dei tanti aspetti facenti parte il composito quadro dei controlli operati da parte dell'ANAC rispetto alle società del Testo Unico tra le quali sono comprese anche le società *in house*, quale particolarissimo tipo di società partecipate. In definitiva, anche laddove tale controllo sia definibile come indiretto ciò non vuol dire da un lato, che sia per questo poco efficace e dall'altro che questo comporti una generalizzata “debolezza” del potere di monitoraggio esercitato dall'Autorità nei confronti delle società oggetto di questa trattazione.

Rispetto all'efficacia delle funzioni di controllo delle quali l'ANAC è titolare nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 192 del d.lgs. 50/2016, infatti, si ricordi come tale disposizione abbia avuto il merito di consentire all'Autorità di raccogliere, attraverso l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici, importanti dati riguardanti la vita societaria e la gestione delle società *in house* e come questa sia divenuta, nel tempo, una vera e propria fonte di informazioni su tali realtà societarie, la cui raccolta ha consentito all'Autorità da un lato di avere un quadro più completo del novero di questi enti e dall'altro ha permesso la creazione di un sistema di controllo centralizzato rispetto agli stessi, come si ha già avuto modo di precisare in precedenza.

Ancora una volta, non si può fare a meno di notare come il sistema dei controlli sulle società del Testo Unico, seppur possa essere sempre riconducibile alla finalità di monitorare la gestione di tali enti societari soprattutto nell'ottica di garantire che le risorse pubbliche vengano utilizzate per l'erogazione di servizi di interesse collettivo, si presenti come un quadro composito di esigenze diverse, nessuna delle quali può dirsi preminente rispetto alle altre poiché ognuna riconducibile ad un differente ambito della vita societaria e dell'amministrazione delle attività da tali società svolte. Al contrario, sarebbe impensabile un sistema di norme che non preveda una moltitudine di tipi di controllo, ognuno finalizzato al soddisfacimento di una delle esigenze prima menzionate e attraverso il quale il delicato meccanismo del monitoraggio può funzionare efficacemente, come una macchina dagli ingranaggi progettati a regola d'arte.

“LE SOCIETÀ PUBBLICHE NEI PAESI BASSI E IL SISTEMA DEI CONTROLLI”

3.1 Introduzione

Il sistema delle società pubbliche nei Paesi Bassi si distingue primariamente per la sua caratteristica esiguità, diretta conseguenza di un processo di nazionalizzazione di impatto relativamente modesto in questo Stato.⁴⁸⁵ Poche cifre bastino a confermare quanto appena sostenuto: il numero delle società pubbliche o a partecipazione pubblica ammontava a ventotto enti detenuti dallo Stato nel 2009⁴⁸⁶ ed è salito fino a quello di trentasette nel 2014⁴⁸⁷ con ricavi annui che oscillano tra 3.27 e 5.1 miliardi annui.⁴⁸⁸ I settori maggiormente interessati dal fenomeno nei Paesi Bassi sono quello finanziario, delle infrastrutture e dei trasporti.⁴⁸⁹ Delle società in questione, poi, trentacinque sono società commerciali pubbliche o private mentre due sono da classificarsi come fondazioni.⁴⁹⁰ La lista delle suddette è visionabile nel report del 2015 redatto dalla Algemene Rekenkamer, la Corte dei Conti, nel quale è peraltro possibile visionare la quota percentuale di partecipazione azionaria dello Stato nelle singole società verso cui l'*audit* si svolge. Undici dei trentasette enti sono completamente governati dal socio pubblico, titolare in questi di una partecipazione totalitaria⁴⁹¹ mentre la quota partecipativa è più esigua negli altri casi, arrivando ad essere “minima” nelle società del gruppo Thales attive nello Stato in questione nel settore elettronico, aerospaziale e dei trasporti,⁴⁹² di cui appena l'1% del capitale è di detenzione pubblica,⁴⁹³ dando allo Stato la sola possibilità di richiedere l'aggiornamento delle materie all'ordine del giorno in assemblea generale.⁴⁹⁴

La politica dei Paesi Bassi in materia di società a partecipazione pubblica e pubbliche ha subito un profondo cambiamento nel periodo di riforma che ha preso piede dall'anno 2007 al 2013. Prima di questa data, infatti, a meno della comprovata esistenza di ragioni imperative per non farlo, lo Stato era incline ad una politica di privatizzazione che, in altre parole, portava all'inevitabile smantellamento delle società pubbliche o delle

⁴⁸⁵ R. C. G. Haffner, K. G. Berden, “*Reforming Public Enterprises - Case Studies: the Netherlands*”, (Erasmus University, 1998) pg. 3.

⁴⁸⁶ H. Christiansen, OECD Corporate Governance Working Papers No. 6, “*Balancing Commercial and Non-Commercial Priorities of State-Owned Enterprises*” (2013), pg. 29.

⁴⁸⁷ National Court of Audit (Algemene Rekenkamer), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 6.

⁴⁸⁸ National Court of Audit (Algemene Rekenkamer), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 24.

⁴⁸⁹ H. Christiansen, OECD Corporate Governance Working Papers No. 6, “*Balancing Commercial and Non-Commercial Priorities of State-Owned Enterprises*” (2013), pg. 29.

⁴⁹⁰ National Court of Audit (Algemene Rekenkamer), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 6.

⁴⁹¹ National Court of Audit (Algemene Rekenkamer), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 7.

⁴⁹² È possibile consultare il sito internet del gruppo industriale Thales ed in particolare verificare i settori di attività delle società del gruppo nei Paesi Bassi (<https://www.thalesgroup.com/en/countries/europe/netherlands>)

⁴⁹³ National Court of Audit (Algemene Rekenkamer), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 7.

⁴⁹⁴ National Court of Audit (Algemene Rekenkamer), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 28.

partecipazioni in società private già esistenti e alla tendenza a non costituirne di nuove. Questo era ciò che emergeva al “Documento Programmatico sulle Imprese Statali” pubblicato annualmente dal Ministero delle Finanze olandese fino al termine del percorso di riforma sopra menzionato, con il quale invece si assiste ad una inversione di tendenza che ha visto lo Stato prendere la veste di azionista attivo, con l’obiettivo di stabilire politiche di management che dessero al soggetto pubblico la possibilità di gestire il patrimonio esistente piuttosto che di smantellarlo. Contestualmente, i Paesi Bassi hanno dovuto provvedere a costituire un sistema che consentisse una gestione efficiente del patrimonio azionario e, proprio con questo intento, è stato statuito ciò che ancora oggi costituisce una delle caratteristiche fondamentali del sistema della partecipazione statale in enti privati, l’attribuzione della *shareholdship* nelle mani del Ministero delle Finanze. L’attuale politica dei Paesi Bassi in materia di società pubbliche e a partecipazione pubblica è descritta nel “Documento Programmatico sulle Imprese Statali” del 2013 (al quale nel corso della trattazione ci si riferirà semplicemente come “Documento Programmatico”) nel quale lo Stato ribadisce la sua volontà di amministrare al meglio il patrimonio detenuto sotto forma di partecipazioni azionarie in società.⁴⁹⁵

Nonostante non possano essere enumerate esaustivamente le ragioni per le quali nei Paesi Bassi si sia avviata la politica di detenzione di partecipazioni in enti societari, il motivo preponderante nel panorama olandese sembra essere stata la necessità di supportare finanziariamente grandi opere infrastrutturali. Tra le più rilevanti, infatti, si ricorda l’implementazione del traffico aereo internazionale dell’aeroporto di Schipol e la costruzione del Maasvlakte al porto di Rotterdam i cui progetti sono stati portati a termine grazie allo strategico aiuto finanziario nazionale in forza del quale, al termine delle opere, lo Stato ha ricevuto la possibilità di detenere partecipazioni azionarie nelle società interessate.⁴⁹⁶ Non è certo un caso, infatti, che al giorno d’oggi uno degli enti nei quali il fenomeno della partecipazione pubblica nei Paesi Bassi possa essere realisticamente studiato sia proprio l’aeroporto di Schipol, il cui valore strategico per l’economia nazionale è evidente, dato il traffico aereo giornaliero sulla città di Amsterdam, il cui aeroporto è divenuto nel 2016 terzo in Europa per numero di passeggeri e traffico delle merci.⁴⁹⁷

La funzione legata alla detenzione di partecipazioni in società da parte dello Stato è, nei Paesi Bassi, legata ad un’esigenza di influenzare o determinare a seconda della consistenza della partecipazione pubblica stessa l’operare dell’ente nell’interesse della collettività.⁴⁹⁸ È dunque naturale concludere che, tra le funzioni di controllo svolte sulle società stessa, quella volta alla protezione dell’interesse pubblico assuma un ruolo maggiormente rilevante.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 29.

⁴⁹⁶ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 24.

⁴⁹⁷ Classifica stilata da Airports Council International (ACI Europe).

⁴⁹⁸ R. C. G. Haffner, K. G. Berden, “*Reforming Public Enterprises - Case Studies: the Netherlands*”, (Erasmus University, 1998), para 29.

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

Come sopra specificato, lo Stato svolge oggi nei Paesi Bassi un ruolo di azionista attivo verso il portafoglio di partecipazioni azionarie detenute negli enti societari pubblici e privati con partecipazione pubblica al capitale e si impegna nella gestione delle stesse attraverso quattro diverse modalità di azione: la definizione della strategia, il mantenimento del benessere finanziario delle società, l'approvazione degli investimenti e la determinazione di un efficiente sistema di *corporate governance*.⁵⁰⁰ Sulla base delle considerazioni fatte in precedenza, viene naturale concludere che queste funzioni siano esplicitate nel Documento Programmatico del 2013 che ha proprio il compito di guidare il Governo nella corretta amministrazione delle partecipazioni detenute.⁵⁰¹

Secondo quanto indicato nelle linee guida appena menzionate, per svolgere la funzione di protezione dell'interesse pubblico lo Stato deve essere, prima di tutto, coinvolto nel momento di definizione della strategia della società. In particolare, il coinvolgimento del soggetto pubblico deve essere presente sin dalle prime fasi della definizione strategica societaria e si concreta dunque non solamente in un potere di approvazione postuma della stessa, ma nella necessaria partecipazione dello Stato nel contesto della definizione di questa. Tuttavia, perché questo possa avvenire nella pratica è necessario che esistano nello statuto della società in esame, previsioni che disciplinino questo potere di intervento del socio pubblico, motivo per il quale spesso gli statuti delle stesse necessitano appositi emendamenti,⁵⁰² risultato di processi aziendali che richiedono molto tempo per essere portati a termine.⁵⁰³

L'obiettivo del benessere finanziario della società, poi, si risolve nella capacità dello Stato di mantenere alto il tasso di profittabilità delle società pubbliche e dunque un bilancio positivo a fine di ogni anno di esercizio, motivo per il quale nel 2013 il Governo olandese ha stabilito che andassero individuati tassi di rendimento diversi per ogni società partecipata da raggiungere nel futuro.⁵⁰⁴ È evidente, in questo senso, che sia ragionevole prevedere una discriminazione dei rendimenti economici da raggiungere all'interno dei diversi contesti societari, non dovendosi ritenere possibile delineare obiettivi univoci laddove le partecipazioni societarie siano detenute dallo Stato non soltanto in realtà imprenditoriali differenti ma anche, e soprattutto, in settori industriali diversi.

Per quanto concerne il potere di approvare gli investimenti finanziariamente più rilevanti o che siano nuovi o critici per le società a partecipazione pubblica, aspetto che verrà più approfonditamente esaminato nella sezione dedicata ai controlli, è opportuno comunque definire già in questa fase introduttiva il ruolo dello statuto societario nel provvedere circa il diritto di approvazione da parte del soggetto pubblico degli investimenti,

⁵⁰⁰ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg 10.

⁵⁰¹ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 11.

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ *Ibidem*.

⁵⁰⁴ European Commission, Institutional Paper - “*State-Owned Enterprises in the EU: Lessons Learnt and Ways Forward in a Post-Crisis Context*” (EU Commission, 2016), pg. 79.

definendo le tipologie per le quali l'approvazione è richiesta sulla base dell'identificazione di una soglia sopra la quale far scattare il potere in questione.⁵⁰⁵ In ultimo, il Documento Programmatico pone l'accento sulla corretta gestione societaria, con questo intendendo la necessaria presenza di una struttura di governance che riesca a rispondere efficacemente alle esigenze della società stessa.⁵⁰⁶ Appare evidente, con riguardo all'ultima modalità di azione menzionata, che questa possa configurarsi quasi come il presupposto necessario per rendere efficaci e possibili le altre tre, non potendosi ad esempio, ad avviso di chi scrive, garantire il corretto esercizio delle prerogative di "azionista attivo" dello Stato laddove la società non venga amministrata adeguatamente.

La partecipazione statale in società assume nei Paesi Bassi tre conformazioni differenti per ciò che concerne l'organizzazione e la gestione dei pacchetti azionari stessi. I due modelli più comuni tramite i quali le partecipazioni sono gestite ad opera del socio pubblico sono detti "centralizzato" e "decentralizzato" mentre al terzo, meno utilizzato, ci si riferisce con il termine "azionariato esterno".⁵⁰⁷

Nel modello "centralizzato", più diffuso nella realtà olandese, la responsabilità per la detenzione delle partecipazioni e il potere di gestire le stesse ricadono sul dipartimento del Ministero delle Finanze che si occupa di decidere in materia di finanziamenti, mentre la responsabilità sociale d'impresa ricade sui Ministri a loro volta competenti nei settori industriali nei quali la società in questione è attiva e che risultano quindi responsabili dell'operato dell'ente societario.⁵⁰⁸

Le società a partecipazione pubblica organizzate secondo il modello "decentralizzato", invece, sono dette "*policy-based*" e in queste il Ministero competente nel settore industriale nel quale la società risulta attiva svolge sia la funzione di detenzione e gestione del pacchetto azionario sia quella di definizione della politica sociale d'impresa sopra menzionata, garantendo l'impegno della stessa ad agire nell'interesse pubblico.⁵⁰⁹ È possibile notare, tuttavia, come utilizzando questa modalità di gestione il portafoglio azionario del socio pubblico tenda ad allontanarsi rispetto all'organo competente in materia di gestione centralizzata del capitale pubblico, il Ministero delle Finanze. Proprio per questo, lo stesso Governo olandese non è incline a sostenere tale modello, la cui adozione rischierebbe di far gestire le partecipazioni come un "prolungamento" dell'attività politica del Ministero coinvolto, con un ruolo degli enti societari strumentale rispetto ai compiti politici svolti dallo stesso.⁵¹⁰

Il terzo modello, in realtà, non è considerabile a tutti gli effetti una modalità di gestione delle partecipazioni interna al Governo. La modalità di amministrazione di queste in accordo allo schema dell'azionariato esterno,

⁵⁰⁵ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*" (2015), pg. 34.

⁵⁰⁶ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*" (2015), pg. 36.

⁵⁰⁷ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*" (2015), pg. 38.

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

infatti, è stata costituita a seguito della nazionalizzazione delle istituzioni finanziarie avvenuta come risposta alla crisi economica a seguito della quale è stata concessa la possibilità per il NLFI (Netherlands Financial Investments) di detenere azioni nelle istituzioni finanziarie nazionalizzate a partire dal 2011.⁵¹¹ La definizione dell'operato del NLFI è il risultato di una risoluzione parlamentare assunta proprio nel 2011 e tesa ad assicurare che le istituzioni finanziarie delle quali si avviava il processo di nazionalizzazione potessero essere gestite con una governance efficiente ed ispirata da principi commerciali e non politici. L'attività dell'organizzazione non governativa in esame è, in ogni caso, monitorata dal Ministero delle Finanze e deve rispettare un accordo di vigilanza, emanato nel contesto della risoluzione parlamentare sopra menzionata.⁵¹²

Il panorama delle società pubbliche e a partecipazione pubblica olandesi, dunque, sebbene risulti composto numericamente da pochi enti, risulta composito nella sua regolamentazione. L'attribuzione delle competenze al Ministero delle Finanze, che come vedremo anche nel prosieguo della trattazione ha rispetto a queste un ruolo cruciale, testimonia l'approccio con il quale il Governo olandese gestisce l'esperienza imprenditoriale del socio pubblico. È chiara, infatti, l'attenzione all'elemento economico insito nel sistema delle partecipazioni azionarie detenute dallo Stato e, forse ancora più rilevante, la funzione di garanzia che questo Ministero svolge nei confronti di questa attività del soggetto pubblico. Come già anticipato precedentemente e come verrà esaminato nella fase della trattazione dedicata ai controlli, infatti, nella regolamentazione delle società pubbliche o a partecipazione pubblica nei Paesi Bassi è centrale la funzione di garanzia svolta dallo Stato nei confronti della gestione del patrimonio pubblico. In altre parole, potremmo dire, l'investimento che ha ad oggetto denaro proveniente dalle casse statali deve soddisfare necessariamente un interesse collettivo. Risulta dunque chiara l'importanza di un *framework* di regole che ne disciplini ogni aspetto ed è fondamentale che sull'attuazione delle stesse vigili l'organo che dei conti pubblici detiene necessariamente le fila.

Nonostante ciò, comunque, il sistema olandese delle società pubbliche e a partecipazione pubblica non omette di ricordare che competenze industriali specifiche sono assolutamente necessarie per gestire partecipazioni azionarie in settori di chiara rilevanza pubblicistica. È dunque per questo motivo che il ruolo dei Ministeri di settore competenti non è da sottovalutare né nell'attuazione della gestione delle partecipazioni tramite il modello centralizzato né tantomeno nella modalità di organizzazione dei pacchetti azionari decentralizzata, che sebbene spesso caratterizzi realtà societarie in cui lo Stato detiene partecipazioni non di controllo, vede comunque attivi i Ministeri di settore nella veste di “guardiani” del capitale pubblico.

Una regolamentazione che risponde, dunque, sia alla necessità di gestire efficacemente le partecipazioni dal punto di vista economico e imprenditoriale sia a quella di tutelare l'interesse della collettività nell'utilizzo di

⁵¹¹ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 39.

⁵¹² Una breve panoramica sulla nascita e la ratio di tale organizzazione non governativa può essere reperita direttamente dal portale web della stessa (<https://www.nlfi.nl/what-we-do>).

risorse pubbliche, come avviene nel momento dell'acquisizione da parte dello Stato di pacchetti azionari in società private.

3.2 Il sistema dei controlli delle società pubbliche e a partecipazione pubblica nei Paesi Bassi

Come a questo punto della trattazione risulta chiaro, insita nella regolamentazione del sistema delle società pubbliche o a partecipazione pubblica è la necessità della definizione del momento del controllo che attraverso un sistema organizzato sia in grado di monitorare l'operato degli enti societari stessi a diversi livelli. Una premessa risulta tuttavia doverosa nel caso dei Paesi Bassi. Lo Stato di cui si studia il sistema delle società pubbliche e a partecipazione pubblica, infatti, aderisce completamente alle linee guida designate dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico (OCSE) in tema di società statali.⁵¹³ Questa informazione è una fondamentale premessa alla trattazione del tema dei controlli che, come è naturale concludere, è regolato in questo Stato membro sul modello delineato dalle linee guida OCSE sul tema.⁵¹⁴ La motivazione per la quale queste vengono seguite, o meglio, vengono trasposte in linee guida da parte del Governo olandese per l'organizzazione della detenzione di partecipazioni da parte dello Stato, risiede nella possibilità di assicurare “*transparency and disclosure*” sulle stesse in modo da garantire una gestione del denaro pubblico impiegato che sia il più controllata possibile.⁵¹⁵ È quindi opportuno esaminare queste per avere un primo quadro generale sul sistema vigente in tema di controlli nei Paesi Bassi.

Uno degli aspetti principali individuati dalle linee guida OCSE si fonda sul concetto di *disclosure*, letteralmente “divulgazione” o “apertura”, consistente nella rilevazione all'esterno di informazioni riguardo la gestione delle società stesse sotto diversi aspetti. Il sistema della *disclosure* così come delineato dalle linee guida OCSE proprio per adempiere alla sua funzione di divulgazione, infatti, si basa sulla necessaria pubblicazione di report redatti dalle società stesse con cadenza annuale, funzione attribuita al comitato *audit*,⁵¹⁶ la cui presenza come organo societario è oggi prevista come regola statutaria nei Paesi Bassi⁵¹⁷ e rientra nei principi di *best practices* del codice di corporate governance olandese.⁵¹⁸ Per le società pubbliche e a partecipazione pubblica vige l'obbligo appena descritto ed, in particolare, considerata la rilevanza pubblicistica dell'azione imprenditoriale nel contesto delle stesse si aggiunge un obbligo di rendicontazione che ricade sul Ministero delle Finanze, il quale risulta responsabile dell'emissione dei report annuali da trasmettere, per una fase successiva del controllo, alla Corte dei Conti (Algemene Rekenkamer), organo il cui

⁵¹³ H. Christiansen, OECD Corporate Governance Working Papers No. 6, “*Balancing Commercial and Non-Commercial Priorities of State-Owned Enterprises*” (2013), pg. 6.

⁵¹⁴ The World Bank, “*Corporate governance of state-owned enterprises: A Toolkit*”, Chapter 7, “*Transparency, Disclosure and Controls*” (World Bank Group, 2014).

⁵¹⁵ The World Bank, “*Corporate governance of state-owned enterprises: A Toolkit*”, Chapter 7, “*Transparency, Disclosure and Controls*” (World Bank Group, 2014), pg. 215.

⁵¹⁶ The World Bank, “*Corporate governance of state-owned enterprises: A Toolkit*”, Chapter 7, “*Transparency, Disclosure and Controls*” (World Bank Group, 2014), pg. 237.

⁵¹⁷ Corporate Governance Code Monitoring Committee, “*Dutch corporate governance code. Principles of good corporate governance and best practice provisions*”, pg. 6.

⁵¹⁸ Corporate Governance Code Monitoring Committee, “*Dutch corporate governance code. Principles of good corporate governance and best practice provisions*”, pg. 12.

ruolo è di cruciale importanza nell'ambito dei controlli rilevanti ai fini di questa trattazione.⁵¹⁹ Il ruolo del Ministero delle Finanze nei confronti dell'obbligo di *reporting*, infatti, si inserisce nel più ampio quadro delle sue funzioni di detentore e gestore delle partecipazioni societari nelle società pubbliche e a partecipazione pubblica del sistema statale olandese.⁵²⁰

Le informazioni da includere nei report annuali sono, prima di tutto, quelle riguardanti la situazione finanziaria della società.⁵²¹ Come ricordano le linee guida stesse, però, sebbene queste siano sempre tra le prime indicate come necessarie nel sistema della *disclosure*, non sono le uniche a dover comparire nei report annuali. La lista è infatti lunga e può essere suddivisa idealmente in due sezioni. La prima comprende le informazioni che devono essere contenute nel report annuale di ogni ente societario, al di là dell'eventuale presenza del soggetto pubblico fra gli azionisti in assemblea.⁵²² Questa è composta da informazioni di carattere gestionale come gli obiettivi societari, le maggioranze in assemblea con relativi diritti di voto, la politica remunerativa dei componenti degli organi esecutivi e le informazioni sugli stessi e sugli organi indipendenti, la descrizione di eventuali operazioni con parti correlate avvenute nell'anno al quale il report si riferisce, prevedibili fattori di rischio e modalità per affrontarli, eventuali questioni sorte nel periodo indicato riguardanti dipendenti o altre parti interessate e, in ultimo, la descrizione delle strutture di governance adottate e delle politiche di efficientamento delle stesse.⁵²³

La seconda sezione della lista delineata nelle linee guida, invece, è specificatamente strutturata per le società pubbliche e risponde ad una necessità di *disclosure* ulteriore rispetto agli enti di diritto privato, dovuta all'innegabile posizione particolare ricoperta dal socio pubblico detentore di azioni negli enti considerati. L'enumerazione delle informazioni da inserire nel report, infatti, vede accanto alla divulgazione circa gli obiettivi sociali, quella riguardante gli obiettivi di carattere pubblico che lo Stato persegue tramite la detenzione e la gestione delle partecipazioni stesse.⁵²⁴ Come ricordato in precedenza, i Paesi Bassi hanno acquisito la possibilità di gestire attivamente le azioni detenute in società private dal 2007. Lo Stato è divenuto verso di queste "azionista attivo" ed agisce con il fine di proteggere l'interesse pubblico ricollegato alle partecipazioni detenute.⁵²⁵ Per questo il contenuto del report annuale corrispondente a questa voce risulta di cruciale importanza nell'ottica del controllo, perché risponde alla necessità del monitoraggio sull'utilizzo delle risorse pubbliche per fini pubblicistici e perché attraverso la definizione da parte del Governo degli

⁵¹⁹ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises" (2015), pg. 9.

⁵²⁰ H. Christiansen, OECD Corporate Governance Working Papers No. 6, "Balancing Commercial and Non-Commercial Priorities of State-Owned Enterprises" (2013), pg. 29.

⁵²¹ The World Bank, "Corporate governance of state-owned enterprises: A Toolkit", Chapter 7, "Transparency, Disclosure and Controls" (World Bank Group, 2014), pg. 221.

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ *Ibidem*.

⁵²⁴ The World Bank, "Corporate governance of state-owned enterprises: A Toolkit", Chapter 7, "Transparency, Disclosure and Controls" (World Bank Group, 2014), pg. 222.

⁵²⁵ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises" (2015), pg. 10.

obiettivi societari, lo Stato può controllare che il capitale investito venga utilizzato a beneficio della collettività.⁵²⁶

Come avviene nei report delle società private, inoltre, anche per le società pubbliche o a partecipazione pubblica è necessario fornire informazioni sulla consistenza dei pacchetti azionari detenuti dagli *shareholders*. Questo ultimo obbligo è, potremmo dire, rafforzato nel caso in cui l'azionista sia il socio pubblico che, con il contenuto del report in discorso, dichiara all'esterno la percentuale di azioni detenuta in modo da far luce soprattutto sui poteri esercitabili in assemblea. Anche nel caso dei Paesi Bassi, infatti, i poteri che il socio pubblico può esercitare all'interno del contesto societario stesso differiscono a seconda della partecipazione gestita dal Ministero afferente nel singolo caso.⁵²⁷ Considerato ciò, tuttavia, una precisazione risulta doverosa. Nonostante il clima di riforme che ha caratterizzato i Paesi Bassi dal 2007 sul tema delle società pubbliche e a partecipazione pubblica e che è culminato con l'emanazione, nel 2013, del "Documento Programmatico sulle Imprese Statali" abbia sancito l'opportunità che lo Stato fosse considerato e avesse i poteri di un "azionista attivo" rispetto al suo portafoglio azionario, la Algemene Rekenkamer, nel suo report del 2015, non manca di sottolineare come le prerogative dello Stato nei confronti di queste stesse partecipazioni vadano implementate, in termini di poteri esercitabili dal socio pubblico che allo stato attuale risultano ancora poco efficienti dato, in particolare, il mancato allineamento degli statuti societari alle nuove previsioni sul tema introdotte con le riforme del 2013.⁵²⁸

Tornando alle informazioni che devono comparire nei report annuali redatti dalle singole società, rimane invariato nel caso delle società pubbliche o a partecipazione pubblica anche l'obbligo di divulgare la presenza di eventuali fattori di rischio prevedibili e le corrispondenti politiche "della prudenza" adottate. Le società pubbliche o a partecipazione pubblica nel sistema dei Paesi Bassi non fanno eccezione a questa regola.⁵²⁹ Dato l'esiguo numero di società in questione, tuttavia, l'analisi dei fattori di rischio è in queste considerato come una funzione di *audit* aggiuntiva e non richiede, a meno di ingenti capitali pubblici investiti, la creazione di un apposito Comitato Rischi. I risultati del controllo sono riportati poi annualmente all'organo di controllo delle società dai managers stessi.⁵³⁰

Infine, risulta del tutto nuova rispetto alla lista che riporta gli obblighi di *disclosure* delle società private, la presenza della previsione circa l'obbligo informativo inerente agli aiuti finanziari e gli investimenti di provenienza pubblica di cui la società ha beneficiato nel corso del periodo sul quale l'*audit* insiste ed è probabilmente questo l'aspetto più interessante dal punto di vista del controllo, soprattutto con riguardo alla

⁵²⁶ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises" (2015), pg. 10.

⁵²⁷ R. C. G. Haffner, K. G. Berden, "Reforming Public Enterprises - Case Studies: the Netherlands", (Erasmus University, 1998), pg. 13.

⁵²⁸ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises" (2015), pg. 11.

⁵²⁹ OECD (2018), "Ownership and Governance of State-Owned Enterprises A-Compendium of National Practices", pg. 77.

⁵³⁰ OECD (2018), "Ownership and Governance of State-Owned Enterprises A-Compendium of National Practices", pg. 80.

destinazione pubblica del capitale investito. Tra i poteri attribuiti allo Stato nel suo ruolo di “azionista attivo” sancito tramite le previsioni del Documento Programmatico del 2013, infatti, rientra anche quello di approvare o meno gli investimenti che superino una certa soglia.⁵³¹ Come prima ricordato, infatti, questo potere deriva dalla destinazione pubblica del capitale che lo Stato investe nelle società di cui diventa azionista ed il controllo degli investimenti risponde proprio all’esigenza di monitorare l’utilizzo delle risorse pubbliche.

La decisione sugli investimenti, come è facile immaginare, deve essere bilanciata e trasparente. Il primo requisito si sostanzia nella misurazione sia dell’interesse pubblico nell’approvare il finanziamento che nell’impatto finanziario che lo stesso avrebbe sulle casse dello Stato, in particolare dovendosi configurare nel caso concreto un livello di rischio “certo e accettabile”.⁵³² A questo punto della trattazione dovrebbe essere chiaro il ruolo dei Ministeri di competenza nei settori sui quali l’attività societaria incide. Anche in questo caso, infatti, la decisione circa l’opportunità di investire si sostanzia in un controllo da parte del Ministero che ha il ruolo di azionista attivo nella società che si accinge ad impiegare capitali e questi, nella maggior parte dei casi, sono il Ministero delle Finanze e il Ministro degli Affari Economici.⁵³³ Quanto appena detto deve essere considerata un’ulteriore dimostrazione del ruolo cruciale rivestito dai Ministeri all’interno del sistema dell’azione dello Stato nella veste di imprenditore nei Paesi Bassi, dovendosi sottolineare e ricordare, a questo punto della trattazione, la rilevanza assunta dalle decisioni in materia di movimentazioni di capitale pubblico in società private nel panorama del sistema dei controlli analizzato in questa trattazione. Proprio in ragione degli interessi connessi alla gestione corretta e trasparente del denaro appartenente alle casse dello Stato deve ancora una volta ricordarsi come il controllo sullo stesso sia finalizzato a garantire sempre un rapporto biunivoco ed esclusivo fra l’investimento e l’interesse pubblico per il quale si agisce.

Per quanto concerne l’aspetto del controllo finanziario degli investimenti, la Corte dei Conti registra in tutti i casi di approvazione di investimento un’analisi dei dati esaustiva, con particolare riguardo sia all’impatto finanziario a livello di bilancio societario che quello per le casse dello Stato,⁵³⁴ così esprimendo in definitiva parere positivo circa la capacità di monitorare preventivamente e giustificare la movimentazione di capitali in modo tale che non soltanto questi siano sempre impiegati per interessi collettivi ma anche che il bilancio dello Stato non ne risenta negativamente. I Paesi Bassi, inoltre, rientrano nella lista di Stati le cui società pubbliche e a partecipazione pubblica sono regolate da esplicite linee guida emanate dal Governo per quanto concerne la gestione degli investimenti, che hanno il ruolo di definire un sistema di *rating* per gli investimenti che dovrà necessariamente ed obbligatoriamente trovare applicazione nel contesto delle procedure decisionali che

⁵³¹ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 34.

⁵³² National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 43.

⁵³³ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 44.

⁵³⁴ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 45-46.

rientrano sotto questo profilo.⁵³⁵ Nonostante ogni società pubblica o partecipazione pubblica possa poi essere considerata come un caso a sé e quindi il socio pubblico debba controllare gli investimenti alla luce del caso specifico, il Governo dei Paesi Bassi ha stabilito un *benchmark* per i risultati finanziari degli investimenti degli enti societari di cui è socio che si sostanzia in un indicatore circa il ritorno dell'investimento, la cui soglia minima è stata fissata nel valore del 3%, del pagamento dei dividendi, che deve consistere in una minima percentuale del 40% e del valore contabile netto.⁵³⁶ Questi indicatori sono da considerarsi nazionali e hanno la funzione di guidare i Ministeri di settore competenti che si occupano della gestione delle partecipazioni societarie, svolgendo quindi un ruolo di azionisti.⁵³⁷

Ogni società pubblica o a partecipazione pubblica attiva nei Paesi Bassi, inoltre, dovrebbe dotarsi secondo la legge di una politica di CRS (*corporate social responsibility*) definita dalle linee guida OCSE come "credibile".⁵³⁸ Questo obbligo, vigente per ogni società privata situata nello Stato in questione, viene esteso anche agli enti societari pubblici data la rilevanza ulteriore del loro operato nei confronti della collettività. L'aspetto appena descritto, infatti, viene considerato parte della politica di trasparenza che ogni società a rilevanza pubblicistica dovrebbe implementare. Tuttavia, nonostante la chiara rilevanza di questo fattore, non si registra la presenza di una previsione legislativa che definisca formalmente i requisiti circa la corretta implementazione di una politica di *corporate social responsibility* per gli enti societari e questo comporta un discreto grado di libertà per gli organi interni delle società pubbliche o a partecipazione pubblica nella regolamentazione di questo aspetto.⁵³⁹ Nonostante l'assenza appena descritta di requisiti codificati legislativamente riguardanti le pratiche attuative delle politiche di CRS, gli enti sono comunque tenuti a rispettare gli obblighi di reporting (GRI, Global Reporting Initiative) già esaminati in precedenza, e che proprio per questo assumono un ruolo così importante nel sistema dei controlli e della trasparenza delle società pubbliche e a partecipazione pubblica olandesi.⁵⁴⁰

Come specificato in una fase introduttiva del tema dei controlli, l'attività di reporting degli enti societari a rilevanza pubblica è funzionale ad una seconda fase del controllo, quello effettuato dalla Algemene Rekenkamer, la Corte dei Conti olandese. La Costituzione dei Paesi Bassi disciplina quest'organo negli articoli 76, 77 e 78, grazie ai quali la Corte trova il fondamento istituzionale di organo indipendente con il compito di monitorare le entrate e le spese dello Stato.⁵⁴¹ A norma del quarto comma dell'articolo 77, poi, lo status

⁵³⁵ OECD, "Financing State-Owned Enterprises. An Overview of National Practices: An Overview of National Practices" (2014), pg. 31.

⁵³⁶ The World Bank, "Corporate governance of state-owned enterprises: A Toolkit", Chapter 7, "Transparency, Disclosure and Controls" (World Bank Group, 2014), pg. 123.

⁵³⁷ *Ibidem*.

⁵³⁸ H. Christiansen, OECD Corporate Governance Working Papers No. 6, "Balancing Commercial and Non-Commercial Priorities of State-Owned Enterprises" (2013), pg. 11.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ H. Christiansen, OECD Corporate Governance Working Papers No. 6, "Balancing Commercial and Non-Commercial Priorities of State-Owned Enterprises" (2013), pg. 31.

⁵⁴¹ Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden (Costituzione dei Paesi Bassi), art. 76.

giuridico dei membri della Corte è disciplinato con legge parlamentare che regola anche,⁵⁴² secondo le previsioni dell'articolo 78, l'organizzazione, la composizione e i poteri dell'organo insieme alla possibilità di attribuire a questo compiti e doveri aggiuntivi.⁵⁴³

Date le previsioni costituzionali appena menzionate e considerando dunque il ruolo di monitoraggio della Corte circa le entrate e le uscite dello Stato è chiaro come quest'organo ricopra un ruolo primario nel controllo del sistema delle società pubbliche o a partecipazione pubblica nel contesto in discorso. Come sopra ricordato, infatti, il ruolo dello Stato nella gestione delle partecipazioni azionarie ha rilevanza pubblicistica, considerata la provenienza pubblica del capitale investito dal socio pubblico stesso. È dunque da considerarsi un aspetto rientrante nell'attività finanziaria dei Paesi Bassi e che per questo rientra nei compiti di monitoraggio della Corte dei Conti olandese.

L'organo, infatti, riceve annualmente i reports redatti dalle singole società e, sulla base di questi, redige una sua relazione sull'andamento delle società pubbliche e a partecipazione pubblica che risulta essere uno strumento di cruciale importanza nel settore del monitoraggio di queste. I documenti appena descritti, tuttavia, non sono l'unica fonte utilizzata dalla Corte per svolgere la sua attività di *auditing*. Laddove le società si dotino di un *auditor* esterno, come è facile comprendere, anche le relazioni di quest'ultimo costituiscono la base per il lavoro dell'organo di monitoraggio.⁵⁴⁴ Vengono anche presi in considerazione documenti informativi depositati dalle società stesse alla Camera di Commercio, così come pareri di legali esperti eventualmente consultati dagli enti societari durante l'anno di gestione o materiale informativo derivante da interviste svolte dall'organo verso azionisti e rappresentanti delle società.⁵⁴⁵ L'insieme delle informazioni utilizzate dalla Algemene Rekenkamer per redigere la sua relazione risulta essere uno strumento cruciale per dipingere un quadro generale sull'andamento della gestione degli enti societari di cui lo Stato detiene pacchetti azionari di controllo, maggioritari o di minore entità. È proprio attraverso questa funzione di *audit* svolta dalla Corte che diviene possibile confrontare le singole società e, soprattutto, migliorare le politiche dello Stato nel suo ruolo di azionista attivo.

Il report di cui ci serviamo per questa trattazione, ad esempio, mette in luce tre aspetti principali su cui agire in futuro in un'ottica di miglioramento delle politiche statali sulla gestione del suo portafoglio azionario. Il primo riguarda la necessaria implementazione dei poteri dello Stato nel suo ruolo di "azionista attivo". Come già ricordato in precedenza, infatti, nonostante il dettato del Documento Programmatico del 2013 sia favorevole all'efficientamento del ruolo del socio pubblico come azionista, la Corte dei Conti non omette di ricordare come le prerogative dello Stato verso le politiche aziendali vadano rafforzate per permettere al socio

⁵⁴² Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden (Costituzione dei Paesi Bassi), art. 77 co 4.

⁵⁴³ Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden (Costituzione dei Paesi Bassi), art. 78.

⁵⁴⁴ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises" (2015), pg. 55.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

pubblico di esercitare efficacemente i suoi poteri.⁵⁴⁶ Il secondo aspetto emerso dal report pone l'attenzione sul processo di approvazione degli investimenti nelle società pubbliche o a partecipazione pubblica, *iter* riguardo al quale lo Stato dovrebbe garantire maggiore trasparenza. Anche rispetto a questo tema, dunque, il report registra la necessità di un miglioramento per il futuro, che veda il processo di *decision-making* sul capitale da investire implementato circa gli obblighi di *disclosure*.⁵⁴⁷ Il terzo profilo sottolineato dalla Corte riguarda l'ultima fase del sistema dei controlli che qui vengono delineati. Al termine dell'attività di reporting svolta in una prima fase dalle società stesse e successivamente dalla Corte dei Conti, infatti, i dati risultanti vengono trasmessi dai Ministeri responsabili della gestione delle partecipazioni societarie alla Camera dei Rappresentanti, Camera del Parlamento cosiddetta "bassa", rispetto al Senato, Camera "alta",⁵⁴⁸ che durante pubbliche sessioni esamina il comportamento dello Stato nel suo ruolo di imprenditore.⁵⁴⁹ Proprio con riguardo a questa fase del controllo, la Corte sostiene che debba essere attuato un miglioramento per quanto concerne il flusso informativo sulla gestione delle partecipazioni in società pubbliche o partecipate.⁵⁵⁰

La regolamentazione del sistema di monitoraggio svolto dalla Camera dei Rappresentati trova la sua fonte normativa nella legge sui conti pubblici emanata nei Paesi Bassi nel 2001. Ai sensi di questa disposizione legislativa, i Ministri interessati nella gestione delle società pubbliche o a partecipazione pubblica sono tenuti ad informare l'assemblea della Camera dei Rappresentati 30 giorni in anticipo della costituzione di una società pubblica o dell'acquisizione di partecipazioni azionarie in società private e delle motivazioni sottostanti tale investimento di denaro pubblico. Il periodo sopra indicato permette alla Camera dei Rappresentati di richiedere chiarimenti circa l'intenzione del Ministero di riferimento.⁵⁵¹ Grazie ad una recente modifica del dettato della sezione 34 della legge qui esaminata, è stato stabilito che laddove l'interesse finanziario legato alla costituzione di una società pubblica o all'acquisizione di partecipazioni in una società di diritto privato sia superiore a quello stabilito dal Ministero delle Finanze e consista perlomeno nella detenzione del 5% del capitale azionario emesso, allora la stessa operazione non possa aver luogo nei 30 giorni successivi alla comunicazione della stessa alla Camera dei Rappresentanti, per consentire loro l'adeguato controllo dell'investimento.⁵⁵² Nel contesto di riforma della regolamentazione qui esaminata emerge oggi anche il nuovo obbligo, per i Ministri, di informare annualmente la Camera delle politiche di governance attuate nelle singole società e delle eventuali nuove operazioni di acquisizione svolte dal Ministro delle Finanze.⁵⁵³ Un ulteriore

⁵⁴⁶ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*" (2015), pg. 11.

⁵⁴⁷ *Ibidem*.

⁵⁴⁸ Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden (Costituzione dei Paesi Bassi), art. 51.

⁵⁴⁹ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*" (2015), pg. 49.

⁵⁵⁰ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), "*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*" (2015), pg. 11.

⁵⁵¹ Legge sui Conti Pubblici dei Paesi Bassi (2001), sez. 34.

⁵⁵² Legge sui Conti Pubblici dei Paesi Bassi (2001), sez. 34(a).

⁵⁵³ Legge sui Conti Pubblici dei Paesi Bassi (2001), sez. 34(c), para. 1(a).

obbligo informativo è poi stato regolamento per il futuro, con la disposizione che prevede la trasmissione dei report anche al Senato, camera superiore degli Stati Generali.⁵⁵⁴

Con riguardo al meccanismo del controllo della gestione delle partecipazioni detenute dai Ministri di Governo dei Paesi Bassi in veste di azionisti svolto da parte della Camera dei Rappresentanti e reso possibile grazie alle informazioni trasmesse nei report, sembra rilevante la differenziazione fra il modello centralizzato e decentralizzato adottato per la gestione dei pacchetti azionari. Come già precedentemente analizzato, il modello centralizzato prevede un ruolo centrale del Ministero delle Finanze nella responsabilità sulla gestione delle partecipazioni mentre in quello decentralizzato, invece, è il Ministero competente nel settore in cui la società stessa è attiva a gestire il capitale pubblico investito. Questa differenza si riflette, dunque, sulle informazioni trasmesse sia alla Corte dei Conti sia alla Camera dei Rappresentanti.

I report delle società la cui partecipazione azionaria detenuta dal socio pubblico risulta organizzata secondo il modello decentralizzato, infatti, rispondono quasi esclusivamente dall'adempimento degli obblighi informativi riguardanti i dati di natura finanziaria e, non in tutti i casi, delle informazioni circa le politiche di governance adottate.⁵⁵⁵ Una delle realtà più rilevanti in questo senso è quella della partecipazione statale nelle società attive nel settore idrico, che hanno un ruolo strategico e di chiara rilevanza pubblicistica in uno Stato come i Paesi Bassi nel quale, non certo casualmente, venne istituito un Ministero delle Infrastrutture e della Gestione delle Risorse Idriche, proprio a testimoniare la delicatezza dell'amministrazione di tale risorsa.⁵⁵⁶ Dal 2011, infatti, grazie all'emanazione della Legge sull'Acqua Potabile lo Stato ha stabilito che il Ministero afferente che gestisce le partecipazioni azionarie detenute dal socio pubblico in questo settore debba condurre una valutazione annuale delle performance delle società interessate.⁵⁵⁷ La novità della legge del 2011 risiede nella previsione circa l'obbligatorietà di questo tipo di controllo, prima previsto solamente in forma facoltativa.⁵⁵⁸ È il segno, dunque, che anche nel caso di adozione del modello decentralizzato il meccanismo dei controlli stia ricevendo sempre maggiore regolamentazione, soprattutto nel caso di settori aventi chiara rilevanza sociale.

Nel caso in cui il modello adottato sia quello centralizzato, invece, il Ministero delle Finanze è responsabile per la completezza delle informazioni fornite per il controllo e queste rispondono, a loro volta, alle previsioni sul tema contenute nelle linee guida OCSE prima esaminate.⁵⁵⁹

⁵⁵⁴ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 49.

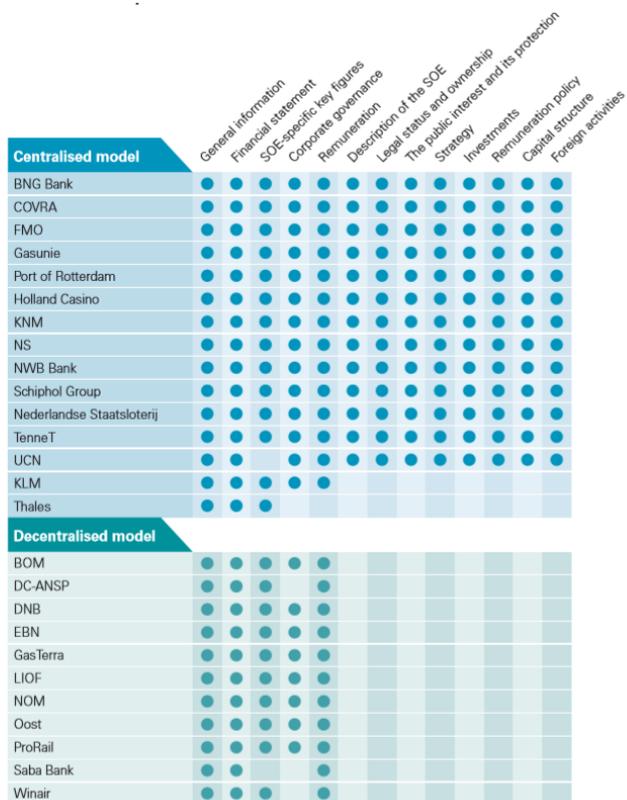
⁵⁵⁵ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 51.

⁵⁵⁶ J. L. T. Blank, B. Enserink and A. S. van Heezik, “*Policy Reforms and Productivity Change in the Dutch Drinking Water Industry: A Time Series Analysis 1980–2015*” (2019), pg. 4.

⁵⁵⁷ J. L. T. Blank, B. Enserink and A. S. van Heezik, “*Policy Reforms and Productivity Change in the Dutch Drinking Water Industry: A Time Series Analysis 1980–2015*” (2019), pg. 6.

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁵⁹ The World Bank, “*Corporate governance of state-owned enterprises: A Toolkit*”, Chapter 7, “*Transparency, Disclosure and Controls*” (World Bank Group, 2014), pg. 221.



La figura mostra le differenze nell'adempimento degli obblighi informativi e di disclosure vigenti per le società pubbliche e partecipate dei Paesi Bassi. (fonte: National Court of Audit, (Algemene Rekenkamer), "The State as a Public Shareholder – On the management of State-owned enterprises" (2015), pg. 51).

La figura⁵⁶⁰ qui riportata mostra graficamente queste differenze informative a cui fanno eccezione i soli casi delle società KLM e quelle appartenenti al gruppo industriale Thales.

Questa asimmetria nell'adempimento degli obblighi di reporting appare in questo caso giustificata dall'esiguità della partecipazione azionaria detenuta dallo Stato in queste due società. Nella realtà societaria di KLM infatti il Governo dei Paesi Bassi partecipa al capitale detenendo il 5,9% mentre nelle società del gruppo Thales attive in questo Stato ammonta ad una percentuale di appena l'1%.⁵⁶¹

Nonostante la completezza formale delle informazioni riportate alla Camera dei Rappresentati da parte del Ministero delle Finanze, tuttavia, la Corte dei Conti registra una necessità di implementazione di questo meccanismo del controllo, soprattutto con riguardo alla trasparenza circa il processo di approvazione degli investimenti più ingenti.⁵⁶²

Come è naturale concludere, dunque, il sistema dei controlli societari nel panorama delle società pubbliche e a partecipazione pubblica dei Paesi Bassi trova il suo fulcro nel flusso di informazioni che le linee guida OCSE definiscono come obbligatorie nel caso di società private e, ancor di più, di enti societari che annoverano nella compagine sociale anche il socio pubblico. È quindi attraverso l'obbligo di reporting che si rende possibile trasmettere sia ad un organo indipendente dal potere politico come la Corte dei Conti, sia il Parlamento stesso nell'espressione della sua Camera dei Rappresentati un insieme di informazioni riguardanti la vita societaria sulla base del quale si possa monitorare l'andamento della gestione dei pacchetti azionari. La duplicità dei soggetti controllori è un aspetto tutt'altro che da sottovalutare: appare chiaro infatti che un monitoraggio ad opera del solo potere politico sarebbe stato privo dell'obiettività ed imparzialità necessarie per garantire l'efficacia del controllo stesso mentre, dall'altra parte, sebbene la Algemene Rekenkamer garantisca

⁵⁶⁰ Figura tratta da: National Court of Audit (Algemene Rekenkamer), "The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises" (2015), pg. 51.

⁵⁶¹ National Court of Audit (Algemene Rekenkamer), "The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises" (2015), pg. 7.

⁵⁶² National Court of Audit (Algemene Rekenkamer), "The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises" (2015), pg. 11.

certamente un'attività terza ed imparziale rispetto agli interessi politici che si nascondono dietro la gestione delle partecipazioni, un sistema di monitoraggio che dia spazio solamente a quest'ultimo organo non riuscirebbe a soddisfare un interesse ulteriore, quello della definizione dell'interesse collettivo sulla base del quale perseguire nell'amministrazione del capitale pubblico. Rispetto a quanto appena sostenuto, dunque, deve evidenziarsi come anche nella realtà olandese oggetto di questa sezione della trattazione, emerge chiaramente la necessità che il sistema dei controlli risponda ad esigenze differenti e veda coinvolti una molteplicità di soggetti al fine di garantire che, attraverso un articolato sistema di rapporti, normative applicabili e obblighi da osservare si possa costruire un monitoraggio che giunga ad essere efficiente nelle diverse realtà societarie oggetto dello stesso.

3.3 Il controllo della corruzione negli enti pubblici dei Paesi Bassi e il *whistleblowing*

3.3.a. Il sistema di prevenzione della corruzione nelle società pubbliche e partecipate dei Paesi Bassi

La trattazione sul tema del monitoraggio delle società pubbliche o partecipazione pubblica non può prescindere dall'analisi circa un aspetto particolare del controllo stesso, quello vertente la prevenzione della corruzione all'interno degli enti di cui lo Stato è azionista.

Nonostante i Paesi Bassi si situino all'ottavo posto nella classifica redatta dalla Transparency International nel 2019 che enumera gli Stati in cui la corruzione è meno avvertita,⁵⁶³ non mancano in questo ambito strumenti di controllo in tal senso ed anzi probabilmente proprio grazie alla regolamentazione esistente sul tema della corruzione che questo Stato riesce a mantenere tale posizione nella classifica internazionale menzionata.

Il primo aspetto fondamentale da analizzare per avere un quadro completo dei sistemi di controllo vigenti in materia di corruzione nella pubblica amministrazione nei Paesi Bassi è l'approccio seguito dalle autorità olandesi nella regolamentazione del fenomeno. Rispetto ad altri paesi, infatti, assume un ruolo cruciale nella politica anticorruzione in questo Stato il concetto di *integrity*. Piuttosto che seguire strategie basate su regole di comportamento, la cosiddetta *compliance*, la regolamentazione si basa qui su strategie caratterizzate da valori che siano espressione di moralità ed etica che guidino il comportamento dei soggetti al servizio della pubblica amministrazione e che inevitabilmente giocano un ruolo importante anche laddove lo Stato eserciti la sua funzione di azionista poiché, come è oramai chiaro a questo punto della trattazione, è la rilevanza pubblica del suo intervento a dover essere protetta in ogni aspetto e dunque anche da comportamenti che possano integrare fattispecie corruttive da parte di chi agisce al servizio del socio pubblico.⁵⁶⁴

⁵⁶³ Le classifiche sono consultabili negli archivi del sito internet di Transparency International (<https://www.transparency.org/research/cpi/overview>).

⁵⁶⁴ L. Huberts, A. Hoekstra, I. Gaisbauer "Integrity and integrity management in the Netherlands. Describing the scene, definitions, strategies and developments" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 22.

La politica anticorruzione sviluppatasi negli anni nei Paesi Bassi, dunque, affonda le sue radici nel concetto stesso di *integrity*, da intendersi come una delle condizioni fondamentali da rispettare per un'adeguata gestione societaria grazie alla quale possa dirsi implementata la fiducia nelle azioni del Governo, una fra tutte l'investimento del denaro pubblico.⁵⁶⁵ Proprio per questo, l'implementazione della politica di *integrity* gioca un ruolo cruciale nel panorama dell'investimento pubblico in enti societari, perché assicura un'azione dello Stato scevra da comportamenti opportunistici e mirata, invece, al solo interesse pubblico non solamente in una prima fase acquisitiva delle partecipazioni ma anche, e soprattutto, nel momento della gestione delle stesse.

La politica nazionale che ha il suo fulcro nel concetto di *integrity* è, come già ricordato, basata sul meccanismo della prevenzione: attraverso l'elaborazione di un modello di comportamento strutturato su valori di etica e buona condotta, infatti, l'obiettivo raggiungibile è quello di evitare persino la nascita di comportamenti contrari all'etica e promuovere, più in generale, un ambiente di lavoro caratterizzato dagli stessi valori. Nei Paesi Bassi l'implementazione di questa politica con riguardo alla Pubblica Amministrazione è affidata ad una rete di organizzazioni situate su tutto il territorio dello Stato che, sebbene periferiche, fanno tutte riferimento nella loro azione alle linee guida elaborate dal Ministero dell'Interno e delle Relazioni del Regno. Una particolare attenzione merita, infatti, il ruolo di questo Ministero che ha il compito di formulare un *framework* legale ed istituzionale che guidi le autorità della Pubblica Amministrazione nello sviluppo delle singole politiche di *integrity* e che, inoltre, rimane in una situazione di supporto delle singole organizzazioni in tutte le fasi di applicazione delle stesse.⁵⁶⁶

Ad un livello periferico, dunque, sono i singoli enti della pubblica amministrazione ad avere la responsabilità per lo sviluppo degli specifici meccanismi etici interni. La scelta amministrativa qui esaminata risponde ad un intento pratico: ogni organizzazione differisce dalle altre sotto molteplici aspetti che, per questo, non possono essere regolati unitariamente da un organismo centrale come il Ministero dell'Interno con una regolamentazione che risponda correttamente alle esigenze organizzative di ogni ente. Per questo il concreto sviluppo di queste linee guida è affidato alle singole organizzazioni in modo che risultino il più possibile appropriate ed efficienti rispetto alle singole realtà.⁵⁶⁷

La base legislativa della regolamentazione esistente nei Paesi Bassi sul tema della prevenzione di atti integranti fattispecie corruttiva da parte dei soggetti al servizio della Pubblica Amministrazione affonda le sue radici nella *Ambtenarenwet*, legge parlamentare adottata nel dicembre del 1929 ed ancora in vigore che regola il

⁵⁶⁵ R. Hagedoorn, M. Hermu "Integrity in public administration Responsibilities of the Minister of the Interior and Kingdom Relations" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 33.

⁵⁶⁶ R. Hagedoorn, M. Hermu "Integrity in public administration Responsibilities of the Minister of the Interior and Kingdom Relations" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 34-35.

⁵⁶⁷ *Ibidem*.

comportamento dei dipendenti pubblici.⁵⁶⁸ Nella legge in esame non solamente viene definita la figura del dipendente pubblico come il soggetto incaricato di lavorare per un pubblico servizio, ma viene regolamentata la sua posizione legale all'interno delle singole organizzazioni.⁵⁶⁹ Negli anni il testo legislativo, come è intuitivo immaginare considerando la data alla quale risale la sua emanazione, ha subito diversi emendamenti. Nel 2006, in particolare, la *Ambtenarenwet* venne integrata per ricomprendere fra le sue disposizioni anche la definizione dell'approccio basato sull'*integrity* seguito dal governo olandese.⁵⁷⁰ Nello stesso clima di riforme sul tema si inserisce un accordo amministrativo concluso nel 2005 fra il Ministro dell'Interno e le associazioni professionali dei Governi subnazionali per il raggiungimento di ulteriori requisiti che integrino una buona politica di *integrity* all'interno delle associazioni stesse. Nasce così il "Modello per gli Standard di Integrità per la pubblica amministrazione e le forze di polizia" (Standard di Base) che, con le sue previsioni, si propone di integrare e innovare ancora la risalente legge sui dipendenti della pubblica amministrazione.⁵⁷¹

A livello pratico, l'implementazione delle linee guida dettate dal Ministero dell'Interno in ogni organizzazione di livello periferico coincide con l'elaborazione di un codice etico da seguire negli ambienti lavorativi.⁵⁷² Una elevatissima percentuale di organizzazioni della pubblica amministrazione nei Paesi Bassi adotta una politica di *integrity* (98%) e si dota di un codice di condotta interno rispondente alla prima (97%).⁵⁷³ La codificazione dell'etica costituisce una forma di standardizzazione a livello di condotta morale complementare rispetto alle leggi e ai regolamenti e contiene al suo interno la descrizione di quelli che sono i comportamenti desiderabili sul luogo di lavoro. Una parte importante del testo degli stessi comprende, infatti, quelli che sono i valori sulla base dei quali adeguare la performance lavorativa, soprattutto negli ambienti lavorativi aziendali. Come già specificato, il Ministero dell'Interno non prescrive direttamente nelle sue linee guida cosa debbano contenere i codici di condotta in modo da lasciare alla singola organizzazione la facoltà di adattarne il contenuto alle necessità dettate dal contesto locale e gli specifici compiti e rischi in cui incorre l'ente stesso.⁵⁷⁴

Nonostante il Ministero dell'Interno non indichi il contenuto esatto dei codici di condotta da adottare, anche per questo tipo di controlli i Paesi Bassi si conformano alle linee guida OCSE che fissano, proprio con riguardo a questa tematica e con particolare attenzione alla realtà delle società pubbliche o a partecipazione pubblica, i

⁵⁶⁸ Informazione presente nel database Natlex consultabile al link qui riportato: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=&p_isn=69221&p_country=NLD&p_count=2273&p_classification=22&p_lasscount=352

⁵⁶⁹ J. Uijlenbroek "Introduction" in The Minister of the Interior and Kingdom Relations, "The Dutch Public Service: Organisation and functioning of the government in the Netherlands, the position of civil servants and the main developments" (Public Service Labour Affairs Directorate Ministry of the Interior and Kingdom Relations, 2016), pg. 7.

⁵⁷⁰ R. Hagedoorn, M. Hermu "Integrity in public administration Responsibilities of the Minister of the Interior and Kingdom Relations" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 37.

⁵⁷¹ *Ibidem*.

⁵⁷² M. Bellacosa, "Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali" (Giuffrè Editore, 2006), pg. 278.

⁵⁷³ T. Lamboo, J. de Jong, "Monitoring integrity. The development of an integral integrity monitor for public administration in the Netherlands" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 104.

⁵⁷⁴ R. Hagedoorn, M. Hermu, "Integrity in public administration Responsibilities of the Minister of the Interior and Kingdom Relations" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 41-42.

requisiti di contenuto delle strategie di *integrity* adottate e della loro implementazione all'interno della realtà lavorativa attraverso i codici.

Nella sezione “*Promote internal controls, ethics and compliance measures in state-owned enterprises*”, infatti, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico ricorda l'importanza del ruolo dello Stato nel promuovere politiche e sistemi di *integrity* che permeino le organizzazioni societarie, arrivando a delinearsi come veri e propri standard di comportamento da includere in codici di condotta sempre consultabili (“*accessible*”) che disciplinino gli aspetti più rilevanti in materia, anche con riguardo ai comportamenti da condannare.⁵⁷⁵ Le politiche di *integrity*, inoltre, devono assicurare che i modelli di comportamento siano implementati da procedure aziendali tali da assicurarne il rispetto e da un'idonea gestione finanziaria dei capitali impiegati in questi enti societari.⁵⁷⁶

Non sorprende, infine, che l'OCSE miri a sottolineare come, nelle realtà delle società pubbliche o partecipate, l'esigenza di un monitoraggio attento e scrupoloso delle dinamiche aziendali debba essere avvertita come ancora più pressante che nelle altre organizzazioni, giustificando in tal modo la raccomandazione che prescrive la costruzione di un adeguato reticolato di strumenti di controllo.⁵⁷⁷ La posizione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo economico deve considerarsi pienamente in linea con quelle che sono le esigenze di monitoraggio dell'attività dello Stato come imprenditore e non sorprende, in questo senso, che i Paesi Bassi aderiscano pienamente a queste linee guida, laddove come si ricorderà che anche in tale ordinamento la tutela dell'interesse pubblico sotteso alla gestione delle partecipazioni assuma un ruolo centrale nel sistema e, per tale ragione, risulta sempre necessario che questo aspetto sia al centro del sistema dei controlli.

Stando ai dati riportati nel 2014 dall'Unione Europea nel suo report annuale per l'anticorruzione la pubblica amministrazione olandese è riuscita, negli anni, ad implementare correttamente le sue politiche di *integrity* e il sistema di prevenzione della corruzione introducendo sin dal 2004, peraltro, un sistema di monitoraggio a livello ministeriale, gestito dal Ministero dell'Interno e delle Relazioni del Regno. Il sistema di controllo prevede la conduzione di un'indagine “a tappeto” su tutti gli enti che gestiscono denaro pubblico e include non soltanto dati formali raccolti nelle singole società ma anche sondaggi condotti sui dipendenti. Il monitoraggio qui esaminato ha non solo una funzione di controllo successivo circa l'adozione delle politiche di *integrity* all'interno

⁵⁷⁵ OECD, Recommendation of the Council on Guidelines on Anti-Corruption and Integrity in State-Owned Enterprises, “*Promote internal controls, ethics and compliance measures in state-owned enterprises*” (adopted on: 22/05/2019), part IV, point 3, i.

⁵⁷⁶ OECD, Recommendation of the Council on Guidelines on Anti-Corruption and Integrity in State-Owned Enterprises, “*Promote internal controls, ethics and compliance measures in state-owned enterprises*” (adopted on: 22/05/2019), part IV, point 3, ii-iii.

⁵⁷⁷ OECD, Recommendation of the Council on Guidelines on Anti-Corruption and Integrity in State-Owned Enterprises, “*Promote internal controls, ethics and compliance measures in state-owned enterprises*” (adopted on: 22/05/2019), part IV, point 3, vi.

delle società ma anche, e soprattutto, mira a costruire un sistema che si adatti alla realtà fattuale dei singoli enti e che sia quindi sempre più integrabile nell'ambiente lavorativo quotidiano.⁵⁷⁸

Table 2 Awareness of integrity policies and perceptions of organisational culture by civil servants

Type	Cluster	Total
Hard controls	regulations, code of conduct	74%
	procedures concerning dealing with violations	36%
General controls	integrity policies	47%
Soft controls	exemplary management	39%
	values and standards	65%
	cooperation with colleagues	78%
	fair treatment	57%
Outcomes	honest attitude towards work	88%
	moral awareness	66%
	non-compliance with rules (negative statements)	39%

La figura mostra, in percentuale, la familiarità dei dipendenti pubblici con le politiche di *integrity*. (fonte: T. Lamboo, J. de Jong, "Monitoring integrity. The development of an integral integrity monitor for public administration in the Netherlands" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 104).

Dopo l'aggiornamento del Sistema di monitoring attuato nel 2010,⁵⁷⁹ nel 2012 il Ministro dell'Interno ha condotto un nuovo controllo per avere un quadro generale e completo delle politiche in tema di etica adottate anche attraverso l'invio dei sondaggi sui dipendenti via mail, per garantire un più elevato tasso di risposta.⁵⁸⁰

Come mostra la figura qui riportata,⁵⁸¹ il controllo ha consentito la "misurazione" in termini percentuali della consapevolezza e della familiarità dei dipendenti pubblici con

le politiche di *integrity* e mostra chiaramente come il sistema vada implementato anche nei Paesi Bassi con riguardo ad alcuni aspetti caratterizzati da percentuali non elevatissime.

Il lavoro del Ministero dell'Interno per il monitoraggio anticorruzione, sebbene risponda ad un'esigenza di coordinamento e di supporto delle strategie adottate nei singoli enti, non manca di essere organizzato a livello di agenzie indipendenti che collaborano direttamente con quest'ultimo.

Un valido esempio in questo senso è rappresentato dall'Ufficio Nazionale Olandese per l'Integrity (BIOS) che venne istituito all'inizio del millennio proprio ad opera del Ministero dell'Interno e che negli anni successivi acquisì indipendenza proprio da quest'ultimo favorendo in questo modo la possibilità di svolgere controlli obiettivi sull'operato della pubblica amministrazione.⁵⁸²

L'agenzia è relativamente piccola e gestisce un budget annuale di circa 1.3 milioni di euro ma l'aspetto forse più interessante del lavoro svolto da questo Ufficio sta nel carattere della sua azione.

Il BIOS infatti svolge unicamente una funzione preventiva rispetto alle fattispecie corruttive ed

⁵⁷⁸ T. Lamboo, J. de Jong, "Monitoring integrity. The development of an integral integrity monitor for public administration in the Netherlands" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 98.

⁵⁷⁹ T. Lamboo, J. de Jong, "Monitoring integrity. The development of an integral integrity monitor for public administration in the Netherlands" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 100.

⁵⁸⁰ T. Lamboo, J. de Jong, "Monitoring integrity. The development of an integral integrity monitor for public administration in the Netherlands" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 101.

⁵⁸¹ Figura tratta da: T. Lamboo, J. de Jong, "Monitoring integrity. The development of an integral integrity monitor for public administration in the Netherlands" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 104.

⁵⁸² A. Hoekstra, M. Zweegers, "The Dutch National Integrity Office: Supporting public integrity" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 53.

opera dunque come un centro di ricerca finalizzata allo studio delle metodologie più idonee per la promozione delle politiche di *integrity*.⁵⁸³ L'attività del BIOS rientra nella stessa logica con cui il Ministero emana le linee guida sopra esaminate: non si propone di delineare delle effettive strategie ma di guidare i singoli enti della pubblica amministrazione nell'elaborazione delle proprie, con riguardo alle esigenze delle singole realtà.⁵⁸⁴

Diversa è invece l'azione svolta Rijksoverheid, servizio indipendente specializzato in indagini criminali che ha il compito di intervenire laddove vengano in luce situazioni di abuso di potere all'interno della pubblica amministrazione. A differenza delle altre organizzazioni che operano per il rispetto delle politiche di *integrity*, il Rijksoverheid non è stato istituito a livello ministeriale ed anzi rispetto a questi si contraddistingue per la sua indipendenza operando sotto l'autorità del Consiglio Generale dei Procuratori e collocandosi quindi all'interno del potere giudiziario.⁵⁸⁵ Sebbene come precedentemente specificato questo servizio sia completamente indipendente rispetto ai Ministeri, una precisazione risulta necessaria. Il Rijksoverheid collabora, nelle sue investigazioni, con altre organizzazioni che, a loro volta, sono ricollegate al potere politico. Si pensi, tra le altre, al Servizio di Investigazione e Intelligence Fiscale (FIOD) che opera sotto la responsabilità del Ministero delle Finanze ma che allo stesso tempo coadiuva spesso l'operato del Rijksoverheid e la cui attività si concretizza in un controllo esterno e puntuale sui reati di frode, corruzione e riciclaggio di denaro all'interno della Pubblica Amministrazione.⁵⁸⁶

Anche rispetto al sistema dei controlli inerenti il tema di prevenzione della corruzione, come risulta evidentemente dalla trattazione in discorso, emerge un quadro composito che, nell'ordinamento olandese, prende le mosse da un insieme di disposizioni volte prima di tutto a garantire la creazione di un ambiente lavorativo che affondi le sue radici nei principi di etica e legalità qui delineati in modo tale da prevenire, ancor prima che combattere, eventuali fenomeni corruttivi che abbiano ad oggetto illecite movimentazioni di capitali pubblici in contrasto con gli interessi collettivi per i quali gli stessi dovrebbero essere impiegati.

3.3.b La disciplina del *whistleblowing* nell'ordinamento olandese

Nel panorama della lotta ai comportamenti integranti fattispecie corruttiva, però, è imprescindibile al giorno d'oggi l'analisi della pratica del *whistleblowing*, ultima frontiera in tema di rilevamento dei comportamenti illeciti nel contesto del luogo di lavoro. In questa sede, inoltre, la trattazione di questa materia si combina perfettamente con un dato, da cui conviene partire: i Paesi Bassi, con soli 16 milioni di abitanti, sono stati uno dei primi Stati a livello mondiale ad introdurre una legislazione che regolasse positivamente la figura e le

⁵⁸³ A. Hoekstra, M. Zweegers, "The Dutch National Integrity Office: Supporting public integrity" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 53.

⁵⁸⁴ A. Hoekstra, M. Zweegers, "The Dutch National Integrity Office: Supporting public integrity" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 55.

⁵⁸⁵ E. Hoenderkamp, "Criminal investigation, first aid for administrative mishaps" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 92.

⁵⁸⁶ E. Hoenderkamp, "Criminal investigation, first aid for administrative mishaps" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 94.

prerogative del *whistleblower*.⁵⁸⁷ Il dibattito in materia trova la sua origine qui nel 2001⁵⁸⁸ fino ad arrivare all'emanazione di una recente legge (2016) che istituisce quella che in Italia è conosciuta come “la Casa dei *whistleblowers*” (Huis Voor Klokkennluiders, in olandese), previsione legislativa che in questa sede ci si propone di analizzare.⁵⁸⁹

La regolazione del *whistleblowing*, infatti, prima di questa data era regolata esaustivamente solamente per il settore dei dipendenti pubblici e non prevedeva particolari obblighi per il datore di lavoro a capo di una società privata, materia che è stata implementata con le modificazioni più recenti della legge. Le previsioni qui menzionate, infatti, erano parte integrante di un testo legislativo *ad hoc* adottato nel 2001 che attribuiva un ruolo centrale ai codici di condotta già esaminati e che, al loro interno, avrebbero dovuto riportare anche la descrizione della figura dell'informatore e gli strumenti di protezione da eventuali ritorsioni in caso di segnalazione ad opera dello stesso.⁵⁹⁰ Nel 2006, poi, un decreto del Ministero dell'Interno e delle Relazioni del Regno ha aperto la strada di “comunicazione diretta” fra i funzionari pubblici e il sopra esaminato BIOS e questo provvedimento, combinato con l'attività dello stesso Ministero in tema di monitoraggio delle società, ha portato nel 2010 alla codificazione di una garanzia per i “segnalatori” appartenenti al Governo o alle forze di polizia, con la previsione in particolare di una forma di protezione ed assistenza nel caso in cui avessero segnalato illeciti e fossero a rischio per questo di ritorsioni. Dal 2012 al 2014 poi, importanti novità su questo aspetto sono da segnalare sia per il settore dei dipendenti privati che per quelli pubblici. Nel 2012 viene istituito il “Centro di consulenza per gli informatori” (in olandese: Commissie Adviespunt Klokkennluiders) che introduce un sistema di supporto sia per i lavoratori privati che per quelli facenti parte del settore pubblico per il quale, a partire dal 2014, la regolamentazione sul *whistleblowing* è stata implementata fino a ricomprendere ogni branca del settore lavorativo della Pubblica Amministrazione e, dunque, estendendo ancora la sua sfera di applicazione.⁵⁹¹ Da allora, il numero dei *whistleblowers* che annualmente si rivolgono al Centro di Consulenza per gli informatori è cresciuto, tanto da suggerire la necessità di proseguire nelle riforme e da condurre il Ministero ad istituire la sopramenzionata “Casa dei *whistleblowers*”.⁵⁹² Da quel momento, inoltre, il Parlamento olandese si è preoccupato di gestire entrambe le istituzioni in modo tale che cooperassero e non si creasse confusione nel sistema e, dunque, il potenziale segnalatore non venisse scoraggiato nel suo intento di informare le autorità sul presunto illecito. Con decisione parlamentare, infatti, è stato stabilito che il “Centro

⁵⁸⁷ B. Rohde-Liebenau, “Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU.” in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, “Whistleblowing - A Comparative Study” (Springer 2016), pg. 203.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ Transparency International - Nederland, “Whistleblowing Frameworks” (2017), pg. 7.

⁵⁹⁰ B. Rohde-Liebenau, “Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU.” in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, “Whistleblowing - A Comparative Study” (Springer 2016), pg. 208.

⁵⁹¹ B. Rohde-Liebenau, “Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU.” in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, “Whistleblowing - A Comparative Study” (Springer 2016), pg. 204-205.

⁵⁹² B. Rohde-Liebenau, “Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU.” in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, “Whistleblowing - A Comparative Study” (Springer 2016), pg. 206.

di Consulenza” dovesse diventare un dipartimento della Huis Voor Klokkennluiders con la funzione specifica di consulenza e che l’attività di supporto del segnalatore dovesse essere modellata con riguardo al contesto lavorativo nel quale lo stesso si inserisce, a seconda quindi che esso appartenga al settore pubblico o privato.⁵⁹³

L’istituzione si compone, dunque, di due sezioni con compiti differenti. La prima solamente consultiva, ha la competenza che la legge gli attribuiva precedentemente ma viene oggi ricompresa accanto alla sezione investigativa in modo tale che dall’esterno il segnalatore abbia l’impressione di rivolgersi sempre ad un unico istituto. Sin dalle prime versioni della legge in materia di *whistleblowing* è stato stabilito che il contenuto della segnalazione ad opera del *whistleblower* potesse riguardare un atto criminale, una violazione delle leggi regolanti il servizio pubblico o il Governo, un comportamento ingannevole della legge o che avrebbe potuto mettere a rischio la salute pubblica oppure, infine, una condotta atta a celare i fatti integranti le fattispecie menzionate. Se in buona fede, inoltre, il segnalatore può anche riportare un semplice sospetto.⁵⁹⁴

La legge che attualmente regola la materia nei Paesi Bassi stabilisce prima di tutto una soglia quantitativa: le imprese che contano al loro interno più di cinquanta dipendenti devono dotarsi di una procedura interna per la segnalazione degli illeciti e che i *whistleblowers* debbano ricevere protezione da eventuali ritorsioni derivanti dall’utilizzo di tali procedure.⁵⁹⁵ Nonostante la legge olandese sia certamente da considerare un modello per quanto riguarda la regolamentazione della pratica del *whistleblowing*, è da segnalare come la soglia dei cinquanta dipendenti fissata dal testo legislativo lasci aperti alcuni interrogativi. Gli obblighi vigenti per il datore di lavoro con riguardo alla dotazione di una procedura interna per le segnalazioni e per la protezione contro eventuali ritorsioni sul segnalatore, infatti, appaiono gli stessi nel caso di società medio-grandi fino ad arrivare ad imprese molto grandi.⁵⁹⁶ La previsione circa l’obbligatoria presenza di una procedura interna per la segnalazione degli illeciti prima enumerati risponde ad un’esigenza di implementazione del sistema di monitoraggio attraverso questa pratica. Il dipendente di una società medio-grande dei Paesi Bassi, infatti, laddove reputi necessario inviare una segnalazione circa la possibile presenza di un illecito in corso nell’ambiente di lavoro avvierà con questa una prima fase di controllo, interno, che solamente laddove non venga gestita correttamente, può dare il via ad una seconda fase di monitoraggio, stavolta esterno.

Questo meccanismo consentirebbe, dunque, una maggiore sicurezza per quanto riguarda la possibilità di verificare realmente se la segnalazione del *whistleblower* sia fondata e meriti una sanzione, garantendo un sistema di monitoraggio su due livelli. Nonostante la formale completezza del controllo, tuttavia, si riporta una poca chiarezza nella definizione dei casi nei quali è possibile abbandonare la procedura interna per

⁵⁹³ B. Rohde-Liebenau, “Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU.” in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, “Whistleblowing - A Comparative Study” (Springer 2016), pg. 207.

⁵⁹⁴ B. Rohde-Liebenau, “Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU.” in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, “Whistleblowing - A Comparative Study” (Springer 2016), pg. 208-209.

⁵⁹⁵ Transparency International - Nederland, “Whistleblowing Frameworks” (2017), pg. 7.

⁵⁹⁶ Transparency International - Nederland, “Whistleblowing Frameworks” (2017), pg. 8.

intraprendere quella ad opera di organizzazioni esterne. La legge stabilisce chiaramente che nel caso in cui il top management della società di appartenenza del *whistleblower* sia coinvolto nel presunto illecito la procedura di investigazione debba essere seguita da un organismo esterno rispetto alla società stessa ma non precisa nello stesso modo cosa debba prevedersi nel caso in cui ad essere coinvolto sia un manager di fascia inferiore (“*middle management*”).⁵⁹⁷

L’obbligo esistente per le società che gestiscono al loro interno più di cinquanta dipendenti di dotarsi di una procedura interna prevede, prima di tutto, la designazione di una figura che faccia parte della compagine societaria a cui il *whistleblower* deve poter rivolgersi per riportare quanto oggetto della sua segnalazione che la stessa istituzione Huis Voor Klokkennluiders chiama con un termine che in italiano verrebbe tradotto come “confidente”, per indicare da una parte il suo ruolo di consulenza interna rispetto al segnalatore e dall’altra l’aspetto legato alla riservatezza che deve caratterizzare il rapporto fra *whistleblower* e consulente interno stesso.⁵⁹⁸ Il ruolo del confidente interno è in genere svolto, nelle società attive nei Paesi Bassi, da dipendenti che si rendono disponibili a ricoprire questo ruolo in modo aggiuntivo rispetto ai loro doveri lavorativi e il loro incarico consiste soprattutto nell’ascoltare e consigliare il potenziale segnalatore, evitando di venire eccessivamente coinvolti nella vicenda segnalata e, dunque, cercando di rimanere quanto più possibile “esterni” rispetto al contenuto del report.⁵⁹⁹ Il confidente ha la possibilità di raccogliere la segnalazione e per questo motivo viene tutelato anch’egli dalla legge per quanto riguarda la protezione conferita al *whistleblower*.⁶⁰⁰ La legge stabilisce, inoltre, che la segnalazione possa avvenire sia in forma orale che in forma scritta e che su richiesta del segnalatore la trattazione della stessa possa avvenire in forma riservata o, meglio, che l’identità dello stesso rimanga anonima per il datore di lavoro fino ad eventuale consenso.⁶⁰¹

Nel caso in cui la procedura divenga esterna, invece, la gestione della segnalazione avviene ad opera della sezione investigativa della Casa dei *whistleblowers*. Il dipartimento si compone di quattro responsabili per l’investigazione che svolgono due diversi tipi di indagine. Una prima fase è strettamente legata al contenuto della segnalazione e mira a verificare se la fattispecie di cui il *whistleblower* riporta il probabile avvenimento ha avuto effettivamente luogo e, soprattutto, se la condotta ritenuta illecita sia considerabile pericolosa in termini di lesione dell’interesse pubblico. La legge olandese, peraltro, non risulta particolarmente chiara su quali condizioni debbano sussistere perché l’interesse collettivo possa dirsi leso e, dunque, quando è assolutamente necessario porre fine al comportamento e fare in modo che questo non venga reiterato in

⁵⁹⁷ K. Loyens, W. Vandekerckhove, “*The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study*” (USBO advies, 2018), pg. 21.

⁵⁹⁸ È possibile avere una panoramica sulla procedura interna e sui ruoli dei soggetti coinvolti sul sito dell’Huis Voor Klokkennluiders: <https://www.huisvoorklokkennluiders.nl/integriteit-bevorderen/de-vertrouwenspersoon>.

⁵⁹⁹ A. Bellingand, E. Fenne, “*Reporting malpractices in the dutch public sector*” in L. Huberts, A. Hoekstra “*Integrity management in the public sector - The Dutch approach*” (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 66-67.

⁶⁰⁰ A. Bellingand, E. Fenne, “*Reporting malpractices in the dutch public sector*” in L. Huberts, A. Hoekstra “*Integrity management in the public sector - The Dutch approach*” (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 69.

⁶⁰¹ K. Loyens, W. Vandekerckhove, “*The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study*” (USBO advies, 2018), pg. 24.

futuro.⁶⁰² Durante le investigazioni, la sezione può servirsi dell'aiuto delle forze di polizia, richiedere informazioni o la presenza del datore di lavoro e ascoltare testimoni e, infine, servirsi di un consulente esterno con specifiche competenze professionali.⁶⁰³ Al termine di questa fase, il dipartimento investigativo formula delle raccomandazioni, che indicano il comportamento da seguire da parte dei soggetti coinvolti nel procedimento.⁶⁰⁴

La seconda fase investigativa risulta, invece, legata alle previsioni contenute nella legge che mirano a garantire il *whistleblower* circa le possibili ritorsioni conseguenti alla sua segnalazione. Una delle principali caratteristiche della legge emanata dal Parlamento olandese nel luglio del 2016 è rintracciabile proprio nell'aspetto riguardante la protezione che deve essere conferita al dipendente, strumento necessario per permettere che il sistema di segnalazione funzioni correttamente: solamente attraverso adeguate garanzie per il lavoratore, infatti, è possibile che questo confidi nella possibilità di poter segnalare gli illeciti eventualmente riscontrati.⁶⁰⁵ Proprio con questo intento nel testo legislativo è stata regolamentata la seconda fase investigativa che ha il compito di rispondere ad eventuali ritorsioni subite dal segnalatore sul luogo di lavoro, proprio a causa della scelta di dare avvio alla procedura. Anche sotto questo aspetto, tuttavia, la legge dei Paesi Bassi sembra necessiti di essere migliorata in futuro: non è chiaro dal testo, infatti, se questa si riferisca ai soli aspetti formali caratterizzanti il rapporto di lavoro e dunque si attivi nel caso in cui il segnalatore venga licenziato o non riceva adeguate e meritate promozioni, oppure se la protezione possa essere garantita anche nel caso in cui egli subisca minacce o ingiusti trattamenti in via "informale". Nel silenzio della legge, comunque, le autorità olandesi hanno preferito estendere la garanzia per il dipendente su entrambi i fronti, garantendo la possibilità di ottenere misure compensative in entrambe le situazioni.⁶⁰⁶ È evidentemente un'interpretazione "realistica" del testo legislativo che mira a non lasciare impunito il datore di lavoro laddove cerchi di aggirare la legge e, seppur formalmente non agire in danno del suo dipendente, porlo in una condizione di svantaggio rispetto ai suoi colleghi che hanno omesso qualsiasi segnalazione. Questa fase può concludersi con la richiesta, da parte del dipartimento, di misure compensative per il danno eventualmente subito dal *whistleblower* e che includono il risarcimento monetario dei danni, il ripristino delle condizioni contrattuali lavorative eventualmente modificate come conseguenza della ritorsione e provvedimenti provvisori adeguati al caso di specie.⁶⁰⁷

La seconda sezione della Huis Voor Klokkennluiders, invece, è composta da cinque consulenti che non hanno funzioni investigative ma si occupano di supportare i segnalatori laddove essi richiedano delucidazioni in

⁶⁰² K. Loyens, W. Vandekerckhove, "The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study" (USBO advies, 2018), pg. 24.

⁶⁰³ K. Loyens, W. Vandekerckhove, "The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study" (USBO advies, 2018), pg. 23.

⁶⁰⁴ *Ibidem*.

⁶⁰⁵ Transparency International - Nederland, "Whistleblowing Frameworks" (2017), pg. 7.

⁶⁰⁶ K. Loyens, W. Vandekerckhove, "The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study" (USBO advies, 2018), pg. 24.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

merito alla procedura da seguire per segnalare, nei casi in cui questi siano incerti sulle fattispecie che possono costituire oggetto del report o, ad esempio, sulle possibili conseguenze pratiche della loro azione, fornendo consulenza volta per volta circa la strada più conveniente da intraprendere. Un altro aspetto, spesso poco considerato dalla legislazione, ma che merita spazio in una regolamentazione che voglia dirsi completa e che risponda ad ogni esigenza del soggetto segnalatore, è quello della possibilità per lo stesso di ricevere aiuto psicologico durante le fasi della procedura soprattutto con riguardo all'avvio della stessa. Il Parlamento olandese non manca di considerare questo aspetto con le previsioni del testo legislativo circa il dipartimento di consulenza, operando su un duplice fronte: da una parte, il segnalatore ha possibilità di ricevere supporto psicologico, fornito ad opera di psicologi dipendenti direttamente dall'organismo stesso, e dall'altra la legge stabilisce che egli sia padrone in qualsiasi momento della procedura consultiva di interromperla, assicurando quindi lo stesso in merito alla possibilità di "cambiare idea" in corso d'opera e, naturalmente, incentivandolo anche a richiedere consulenza non dovendo necessariamente rimanerne vincolato in una fase successiva. Alcuni dati possono essere riportati a conforto dell'efficiente funzionamento del sistema di consulenza appena delineato: nei primi sei mesi di lavoro del dipartimento 532 potenziali segnalatori hanno contattato l'autorità e nel 2017 sono state ricevute 417 richieste di supporto.⁶⁰⁸

Nonostante il sistema delineato dal testo legislativo del luglio del 2016 sembri funzionare correttamente nei Paesi Bassi, l'organizzazione Huis Voor Klokkennluiders non è l'unica ad oggi attiva nel panorama della pratica del *whistleblowing* e non costituisce dunque l'unico canale utilizzabile dal potenziale *whistleblower* considerando che altre organizzazioni, indipendenti rispetto a quella istituita di recente, restano destinatarie insieme a questa di contatti da parte di segnalatori.

La "Confidential Line", parte integrante dell'organizzazione NL Confidential, rappresenta un valido esempio in questo senso. Privati cittadini e dipendenti della pubblica amministrazione possono mettersi in contatto con questa per segnalare potenziali abusi delle politiche di *integrity* societarie, riportando in modo anonimo eventuali comportamenti attuali o sospetti che possono integrare una violazione. Sebbene il sistema garantisca quindi l'anonimato, non è tuttavia sufficiente per l'avvio della procedura di investigazione la messa in contatto con la stessa. La Confidential Line, infatti, laddove riceva un report, ha il compito di trasmetterne il contenuto all'autorità competente che ha gli strumenti legali per dare avvio all'investigazione.⁶⁰⁹

Seppur non formalmente parte della procedura per porre fine agli illeciti, altre organizzazioni operano "ai margini" del sistema procedurale coadiuvando il lavoro delle autorità competenti e fungendo da mediatori fra la Huis Voor Klokkennluiders e i singoli segnalatori. Il Whistleblower Expert Group, ad esempio, è stato formato nel 2010 ed è composto da ex informatori che si propongono l'obiettivo di agire come centro di raccolta delle informazioni, consulenza e segnalazione per i *whistleblowers* che non abbiano ricevuto

⁶⁰⁸ K. Loyens, W. Vandekerckhove, "The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study" (USBO advies, 2018), pg. 23.

⁶⁰⁹ A. Bellingand, E. Fenne, "Reporting malpractices in the dutch public sector" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 70.

adeguata assistenza durante le fasi della procedura o, addirittura, che non siano riusciti ad ottenere una corretta consulenza in una fase iniziale della stessa e che dunque, non sapendo come muoversi, abbiano rinunciato all'intento di segnalare. L'organizzazione può essere classificata come un'ONG con funzioni di raccordo tra le organizzazioni competenti e i singoli segnalatori, svolgendo un ruolo di ascolto per coloro i quali registrano un'esperienza negativa rispetto al report di illeciti.⁶¹⁰

Anche il sito internet [Publeaks.nl](https://publeaks.nl),⁶¹¹ lanciato nel 2013, si pone come obiettivo quello di fare da cassa di risonanza per le segnalazioni anonime. La ratio di questa iniziativa trova le sue radici nella constatazione che, spesso, i *whistleblowers* il cui contenuto del report possa avere una notevole rilevanza pubblicistica, non vogliono mettersi in contatto con la stampa per evitare ritorsioni ancora maggiori di quelle che subirebbero, ad esempio, a causa della sola segnalazione ad un'autorità competente. Grazie a questo portale, invece, senza bisogno del contatto diretto con un giornalista, i *whistleblowers* possono rendere pubblici eventuali illeciti che altrimenti rimarrebbero non segnalati. Nonostante l'intento dell'iniziativa sia certamente positivo e soprattutto diretto alla divulgazione di materiale di interesse pubblico, le relazioni prodotte dal 2013 dallo stesso sono un numero esiguo, solamente quaranta.⁶¹²

Il sistema di segnalazione degli illeciti qui delineato è di evidente utilità nell'ottica del sistema dei controlli societari e, per ciò che concerne questa trattazione, svolge un ruolo importante nel caso in cui il segnalatore si inserisca nella realtà lavorativa di una società pubblica o a partecipazione pubblica. Questo tipo di controllo infatti, potremmo dire, parte "dal basso": trova il suo punto di partenza in un soggetto, il dipendente, che costituisce parte integrante dell'organizzazione che poi sarà oggetto stesso del controllo e che dunque ha il compito di elevare un tipo di monitoraggio tipicamente interno in uno svolto da un'organizzazione terza e imparziale come, nel caso dei Paesi Bassi, la *Huis Voor Klokkennluiders*.

Nonostante, dunque, il ruolo del *whistleblower* sia cruciale per un corretto andamento di qualsiasi ente societario, è chiaro come questo possa assumere una valenza ulteriore nel caso in cui lo Stato sia socio di controllo o anche, più semplicemente, detenga partecipazioni in società private. Come sottolineato in precedenza, infatti, nella fase investigativa svolta durante la procedura esterna di verifica dell'esistenza di una fattispecie integrante illecito, è l'interesse pubblico violato dalla condotta del soggetto segnalato stesso ad essere messo in discussione. In questo senso, è imprescindibile considerare la rilevanza pubblicistica dell'azione del socio pubblico nella gestione delle partecipazioni societarie e dunque l'interesse collettivo ricollegato alla corretta amministrazione delle stesse che equivale, come oramai è chiaro, al corretto e trasparente investimento di denaro delle casse dello Stato. Fulcro di una segnalazione di illecito ricollegata ad

⁶¹⁰ A. Bellingand, E. Fenne, "Reporting malpractices in the dutch public sector" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 71.

⁶¹¹ Il sito internet che fornisce il servizio qui descritto (<https://publeaks.nl/>) fornisce al potenziale *whistleblower* una guida pratica dell'iter da compiere per segnalare eventuali illeciti.

⁶¹² A. Bellingand, E. Fenne, "Reporting malpractices in the dutch public sector" in L. Huberts, A. Hoekstra "Integrity management in the public sector - The Dutch approach" (BIOS, Den Haag, 2016), pg. 71.

una società nella quale la compagine azionaria vede presente anche il socio pubblico è dunque proprio il rischio di una possibile violazione dell'interesse collettivo e la rilevanza dell'operato dei segnalatori interni all'ambiente di lavoro è indubbia: attraverso la possibilità concreta per i dipendenti di relazionare circa eventuali fattispecie che integrano illecito corruttivo, siano queste in una fase solamente potenziale o attuale, si inserisce nel sistema un'ulteriore livello di controllo che, peraltro, affonda le sue radici proprio nella quotidianità dell'ambiente lavorativo. Tramite il *whistleblowing*, infatti, il monitoraggio sui dipendenti delle società pubbliche o a partecipazione pubblica ha il vantaggio di essere continuo e capillare ed è privo di quel lato negativo caratteristico del controllo solo esterno, la sua discontinuità rispetto alla vita aziendale.

È chiaro, però, che un tale sistema di monitoraggio con tutti i suoi vantaggi, non può funzionare correttamente se le basi normative su cui si poggia non garantiscono da una parte procedure chiare e di facile accesso e comprensione da parte dei *whistleblowers* e dall'altra adeguate garanzie in tema di protezione circa le potenziali ritorsioni verso i segnalatori stessi. I Paesi Bassi, tuttavia, sembrano aver risposto ad entrambe queste necessità tramite l'emanazione della legge sul *whistleblowing* del 2016. L'obbligo vigente per le società con più di cinquanta dipendenti di implementare procedure interne di segnalazione, infatti, garantisce prima di tutto la presenza in un rilevante numero di enti societari di un sistema già modellato sulla base delle esigenze della realtà societaria stessa per rendere possibile la segnalazione e la previsione circa la possibilità di "spostare" la procedura da un livello interno ad uno esterno ha la funzione primaria di superare possibili conflitti di interesse che ostacolerebbero il corretto svolgersi della stessa.

Attraverso la previsione che obbliga il trattamento esterno dell'investigazione nel caso in cui sia coinvolto il top management, infatti, viene soddisfatta la necessità di delegare ad un organismo competente esterno lo svolgimento della procedura in modo tale da rendere il controllo effettivo. L'articolazione della Huis Voor Klokkennluiders con le sue sezioni consultiva e investigativa, inoltre, contribuisce a rendere il sistema di monitoraggio completo e ben funzionante in tutte le sue fasi che possono così essere coadiuvate da un solo organismo in modo tale che il segnalatore non venga, dall'esterno, scoraggiato nell'intraprendere la procedura da una molteplicità di agenti ai quali rivolgersi o con cui dialogare. Nonostante ciò, comunque, la Huis Voor Klokkennluiders, come già specificato, non è l'unica organizzazione attiva nel panorama del *whistleblowing* per garantire al segnalatore molteplici canali attraverso i quali far giungere il suo report alle autorità competenti. A completare il quadro non può mancare il richiamo alla codificata possibilità di rimanere anonimi durante la procedura e alle garanzie di protezione offerte al segnalatore contro eventuali ritorsioni sul suo rapporto lavorativo che potrebbero scaturire dalla segnalazione stessa e che sono evidentemente necessarie per far sì che il sistema funzioni correttamente.

Laddove poi il Parlamento olandese omette di specificare elementi tutt'altro che secondari, come la possibilità di essere protetti anche rispetto a ritorsioni "informali" come ad esempio il *mobbing*, è l'attività delle organizzazioni competenti a sopperire a tale mancanza nella legge, garantendo nella pratica ed attraverso l'interpretazione estensiva del testo normativo il conferimento di misure compensative al dipendente leso

anche in quest'ultimo caso. È opportuno concludere, dunque, che anche nel caso in cui un sistema di monitoraggio funzioni correttamente e sia definibile “all'avanguardia”, come nell'esperienza olandese riguardante la regolamentazione del *whistleblowing*, non si possa prescindere dall'osservare come la realtà legislativa debba spesso essere integrata per far fronte alle esigenze che nascono dall'applicazione pratica delle previsioni normative stesse.

CONCLUSIONI

Nella fase conclusiva di questa trattazione, incentrata sul tema dei controlli interni ed esterni svolti nei confronti delle società del Testo Unico, ci si propone di riprendere e delineare più dettagliatamente le considerazioni svolte al termine dell'analisi sui diversi profili di interesse dell'argomento in discorso. Come si ha avuto modo di constatare, infatti, gli ambiti di applicazione della disciplina del controllo, seppur tutti riconducibili al generico tema del monitoraggio degli enti societari disciplinati dal d.lgs. 175/2016, presentano peculiarità ricollegate allo specifico profilo della vita societaria su cui insistono ed impongono, in definitiva, una trattazione conclusiva che risponda al proposito di “mettere ordine” in un coacervo di disposizioni così differenziate tra di loro eppure destinate ad operare in modo coordinato per realizzare quel sistema composito di controllo oggetto di questo lavoro di tesi. L'esposizione degli argomenti oggetto della trattazione non ha potuto fare a meno di confrontarsi con quelli che sono i profili di “specialità” della disciplina di questi enti societari, dovendosi sempre rapportare alle esigenze di protezione dell'interesse pubblico sottese alla gestione delle attività da parte delle società oggetto di questa analisi e con l'esigenza di garantire che i capitali impiegati in tali enti, di provenienza pubblica, venissero amministrati con la specifica finalità di soddisfare l'interesse collettivo appena menzionato.

In una prima fase, partendo dal fulcro del sistema, la trattazione si è focalizzata sul monitoraggio “interno” agli enti in discorso, con ciò intendendo quei controlli che hanno ad oggetto le dinamiche proprie della vita aziendale, il monitoraggio inteso alla prevenzione e alla composizione della crisi d'impresa e, infine, l'applicazione in queste realtà societarie della normativa anticorruzione e della disciplina del *whistleblowing*, quest'ultima di introduzione relativamente recente ma la cui applicazione presenta ancora alcune criticità.

Per quanto riguarda il profilo dei controlli interni aziendali, con ciò intendendo quelli che hanno ad oggetto il monitoraggio sulla gestione delle attività societarie da parte dei soggetti agenti nell'ambito degli stessi enti, la disciplina dei controlli delineati nel Testo Unico ha dovuto fare i conti con quella di diritto comune vigente per le società così come regolamentate nel Codice Civile, dovendosi coordinare con quest'ultima per assicurare un monitoraggio attento anche alle esigenze pubblicistiche già menzionate e tipiche delle realtà in discorso. Il sistema di controllo imposto dalle disposizioni del d.lgs. 175/2016, come si è visto, fa largo uso del principio del *comply or explain* e del modello delineato dalle *best practices* internazionali, rispetto alle quali, peraltro, le realtà societarie non si dimostrano ad oggi sempre *compliant*.

In ogni caso, deve porsi l'accento in questa fase sui modelli utilizzati dal legislatore per delineare il sistema del monitoraggio, focalizzandosi sul ruolo del principio di *comply or explain* attraverso il quale, da un lato affida spesso alla responsabilità degli organi societari stessi la decisione circa l'adesione o meno ai modelli di governance prescritti dalle disposizioni legislative sul tema e dall'altro impone, laddove ci si discosti dalle raccomandazioni prescritte nelle norme, di motivare adeguatamente tale scelta nella Relazione sul governo

societario.⁶¹³ Senza esaminare nel dettaglio le ipotesi nelle quali questo principio è applicabile avendo già compiutamente analizzato i risvolti della sua applicazione nel Capitolo I, si intende in fase conclusiva riflettere su come, attraverso questo strumento, il legislatore abbia inteso rispondere all'esigenza di fornire alla compagine societaria la possibilità di costruire, volta per volta, un modello societario *ad hoc* che sia delineato specificatamente per rispondere alle esigenze della realtà nel quale opera e delle attività che si propone di svolgere.

Questo strumento, se da un lato consente quanto appena detto, impone necessariamente un controllo che abbia ad oggetto le motivazioni per le quali si scelga di non aderire alle raccomandazioni legislative, in questo modo delineando uno degli aspetti del monitoraggio più interessanti: imporre all'ente societario di spiegare compiutamente perché si è operata una certa scelta piuttosto che un'altra consente di verificare l'adeguatezza di tale scelta anche preventivamente, portando così alla costruzione di un controllo in due fasi. Se utilizzato in questo modo, il principio di *comply or explain* si presenta come uno strumento prezioso che consente di costruire enti societari modellati sulle specifiche esigenze proprie di ogni realtà in cui gli stessi si inseriscono e che permette di delineare un profilo certo di responsabilità per coloro i quali hanno operato determinate scelte e le hanno esplicitate nella Relazione sul governo societario. Oltre a ciò, non si dimentichi che oggi il "controllo" generalmente inteso non può più essere considerato solamente e semplicemente sinonimo di un'attività di monitoraggio *top-down* svolta da un'autorità superiore rispetto al soggetto controllato, ma deve delinarsi come il risultato di un dialogo continuo fra gli attori del rapporto di monitoraggio così delineandosi non più solamente come un'attività tesa a correggere *ex post* scelte sbagliate ma, in definitiva, come uno strumento per operare *ex ante* in modo informato e ponderare preventivamente ogni decisione, concetto che verrà ripreso anche successivamente in questa stessa sede.

Nello stesso panorama si inseriscono le *best practices* internazionali, le quali non si configurano come il risultato di norme impositive ma piuttosto come raccomandazioni seguendo le quali ci si conforma agli standard del settore. La normativa italiana, e di riflesso le società in discorso, non sempre riesce a classificarsi come *compliant* rispetto alle stesse ma queste costituiscono non soltanto un utile parametro di riferimento laddove si voglia confrontare il già menzionato grado di adesione alle stesse ma rappresentano inoltre e indubbiamente il *target* al quale riferirsi laddove si voglia perseguire un percorso di riforma.

In un secondo momento, questa trattazione si è focalizzata sulla disciplina dei controlli nell'ambito della crisi di impresa. In primo luogo, si è ripercorso l'*iter* giurisprudenziale che ha portato all'affermazione dell'applicabilità, negli enti societari in discorso, della disciplina dell'insolvenza vigente per qualsiasi società di diritto comune, assoggettando così al fallimento e alle altre procedure concorsuali anche quelle pubbliche e partecipate. I momenti critici della vita di un'organizzazione societaria, infatti, assumo nelle realtà del Testo Unico un significato preciso, quello del pericolo circa l'interruzione dell'erogazione di servizi di interesse

⁶¹³ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 6, co. 5.

collettivo.⁶¹⁴ È per questo che le garanzie poste a tutela della corretta gestione della crisi aziendale devono risultare in questi contesti necessariamente “rafforzate” e assumere la veste di presidi di controllo non soltanto finalizzati alla risoluzione di un eventuale stato di crisi ma anche della prevenzione dello stato di insolvenza. Per costruire un sistema di monitoraggio a ciò deputato e che sia adeguato ed efficiente, si sottolinea in particolare il ruolo di due strumenti, i programmi di prevenzione del rischio ed i piani di risanamento. Rispetto a questi giova in questa fase analizzare i profili di criticità riscontrati nell’applicazione delle norme che li regolano.

Con riguardo ai programmi di prevenzione del rischio, deve sottolinearsi ancora in questa fase conclusiva come questi assumano la veste di veri e propri strumenti di controllo societario preventivi, imponendo agli organi di controllo societari un’attività di ricognizione su quelle che sono le situazioni di rischio per la stabilità economica e finanziaria della società che questa dovrà potenzialmente fronteggiare. Nonostante il ruolo evidentemente cruciale nell’ambito del controllo societario svolto da questo strumento, il legislatore non si è occupato di definire adeguatamente quale deve essere il contenuto necessario di tale documento,⁶¹⁵ lasciando alla prassi il compito di delineare gli elementi la cui presenza è da considerare imprescindibile rispetto ai programmi. In particolare, tale strumento deve essere certamente utilizzato nelle realtà societarie in discorso per “misurare” i rischi ricollegati allo svolgimento di attività ad interesse collettivo,⁶¹⁶ delineando volta per volta la categoria tipologica nella quale può essere riclassificato il rischio individuato e la sua “entità”.⁶¹⁷

Seppur sia indubbio che le accortezze rispetto al contenuto necessario dei programmi di valutazione in discorso siano coerenti con il disegno generale delineato dal legislatore nel panorama della disciplina della crisi di impresa, non si può fare a meno di constatare come l’assenza di indicazioni dettagliate rispetto a tale strumento rappresenti una vera e propria lacuna legislativa. Come si ha già avuto modo di sottolineare, peraltro, l’assenza di una disciplina certa sui contenuti dei programmi avrebbe potuto comportare un inutile spreco di risorse in realtà societarie pubbliche o partecipate di ristrette dimensioni, laddove la valutazione del rischio non presenta gli stessi profili di complessità emergenti in realtà dalle movimentazioni di capitali pubblici più significative.⁶¹⁸

Con quanto appena sostenuto si vuole richiamare all’attenzione una delle principali finalità perseguite dal legislatore con l’emanazione del Testo Unico, quella del taglio alla spesa pubblica. Questo intento che, come si ha avuto modo di constatare nell’evolversi della trattazione, costituisce il *fil rouge* di molte delle disposizioni

⁶¹⁴ G. Guizzi, M. Rossi, “La crisi di società a partecipazione pubblica” in R. Garofoli, A. Zoppini, “Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica” (Nel Diritto Editore, 2018), pg. 594.

⁶¹⁵ M. Libertini, “I principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)” in “federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo”, n. 2/2016, pg. 12.

⁶¹⁶ G. Guizzi, M. Rossi, “La crisi di società a partecipazione pubblica” in R. Garofoli, A. Zoppini, “Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica” (Nel Diritto Editore, 2018), pg. 602.

⁶¹⁷ P. Montalenti, “La Gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale” (RDS, 2011), pg. 827 ss.

⁶¹⁸ M. Libertini, “I principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)” in “federalismi.it - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo”, n. 2/2016, pg. 12.

del d.lgs. 175/2016 ed ispira anche la disciplina dei controlli, avrebbe meritato una più attenta calibrazione già nella fase di predisposizione delle norme in esame. La mancanza di una puntuale previsione su quelli che devono essere i contenuti essenziali dei programmi di valutazione del rischio ed una graduazione degli obblighi a seconda delle dimensioni societarie di riferimento, infatti, avrebbe potuto tradursi in un inutile spreco di risorse laddove, nell'incertezza dovuta alla lacuna legislativa, si fossero adottati strumenti di valutazione del rischio eccessivi rispetto alle esigenze concrete, vanificando così l'intento di fondo del taglio agli sprechi di denaro pubblico. Non deve neanche trascurarsi, d'altra parte, il ruolo cruciale svolto in questo senso dalla prassi grazie alla quale è stato in ogni caso possibile fornire indicazioni circa l'adeguato modo di procedere per l'analisi del rischio in tutte le realtà disciplinate dal Testo Unico.

Per quello che riguarda il secondo degli strumenti menzionati, il piano di risanamento delle società, si riesce ad apprezzare lo sforzo del legislatore di renderli parte di un più articolato sistema di monitoraggio aziendale volto alla definizione di un piano di ristrutturazione aziendale che a sua volta si inserisca nel composito sistema dei controlli finalizzati alla prevenzione dello stato di crisi.⁶¹⁹ Pur non specificando come debba strutturarsi un adeguato piano di risanamento, il legislatore si preoccupa in questo caso di precisare che la sola previsione circa la metodologia da seguire per ripianare le perdite non sia sufficiente se non accompagnata da un idoneo piano di ristrutturazione aziendale.⁶²⁰ Rispetto alla disposizione legislativa appena definita, infatti, è possibile desumere la volontà del legislatore del Testo Unico di costruire il sistema dei controlli finalizzato alla prevenzione dello stato di insolvenza come un reticolato di presidi di monitoraggio che sia in grado di prendere in considerazione non soltanto l'aspetto strettamente finanziario ricollegato alla gestione di tali enti ma coinvolgere diversi aspetti della vita societaria, così da assicurare una sistema di monitoraggio organizzato e pervasivo attraverso il quale si possa concretamente prevedere l'insorgere di una situazione di insolvenza non soltanto nella fase finale del suo evolversi, quando questa si riflette direttamente sul bilancio.⁶²¹

La trattazione in merito alla prevenzione della crisi d'impresa si è dovuta coordinare necessariamente con gli ultimi sviluppi della normativa sul tema e quindi confrontarsi con le nuove disposizioni contenute nella riforma Rordorf, riportate nel nuovo "*Codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza*" che, come si ha avuto modo di constatare, sembrano aver recepito i presidi del controllo delineati nel Testo Unico rafforzandone alcuni tratti e rendendone necessaria l'applicazione in tutte le realtà societarie di diritto comune. In ragione di ciò, è parso necessario in questa trattazione affrontare il tema del necessario coordinamento tra le due discipline con riguardo agli enti societari del Testo Unico con particolare riferimento alla regolamentazione delle "*procedure di allerta*".⁶²² Queste ultime, infatti, sembrano rispondere alla specifica esigenza di garantire che la crisi di

⁶¹⁹ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 14, co. 4.

⁶²⁰ *Ibidem*.

⁶²¹ D'Attore G., "*I Piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*" in IPSOA, "*Il Fallimento e altre procedure concorsuali*", n. 2/2018 (Wolters Kluwer 2018).

⁶²² L. 155/2017, art. 4, co. 1.

impresa venga “colta sul nascere” assicurando un adeguato monitoraggio interno su quelle che possono essere le situazioni nelle quali la società possa trovarsi maggiormente esposta al rischio.

In particolare, il sistema dei controlli definito nel nuovo Codice appare addirittura più stringente nelle sue previsioni rispetto alla disciplina del Testo Unico così facendo sorgere l'esigenza di definire in che modo le due discipline debbano convivere in modo tale da non confrontarsi con il paradosso che vedrebbe applicabile nelle società che svolgono attività di solo rilievo privatistico una disciplina più severa e garantista di quella vigente per gli enti gestori di servizi a rilevanza pubblicistica come quelli in discorso. Sebbene, come è stato rilevato nel corso della trattazione del Capitolo I, le discipline rispondano ad esigenze differenti essendo peraltro state strutturate dall'origine come regolamentazioni dedicate a realtà societarie differenti, deve apprezzarsi in questo senso la flessibilità di alcuni strumenti predisposti dal legislatore la cui utilità nell'ambito della prevenzione della crisi d'impresa può esplicarsi sia in società come quelle in discorso sia in enti di diritto comune. Quanto appena detto, peraltro, deve essere considerata una conferma del fatto che presidi e garanzie adeguatamente disciplinati possano mostrare tutto il loro potenziale in fase applicativa e rispondere ad esigenze diverse quali l'assicurazione della continuità aziendale in realtà di diritto privato e allo stesso tempo quella di garantire che le risorse pubbliche vengano impiegate correttamente per la gestione degli enti partecipati o controllati.

La trattazione si è poi concentrata sulla disciplina dei controlli finalizzati a prevenire l'insorgere di fenomeni corruttivi all'interno delle realtà societarie nelle quali, se possibile, il verificarsi di tali fenomeni risulta caratterizzato da un ancora più elevato grado di odiosità, considerata la provenienza pubblica dei capitali impiegati e al risvolto negativo che si misurerebbe rispetto all'erogazione dei servizi di interesse collettivo, protagonisti del novero di attività svolte dagli enti societari disciplinati dal Testo Unico. Proprio in ragione di quanto appena sostenuto si è giunti ad affermare l'applicabilità in tali realtà societarie della l. 231/2001 e si è evidenziato il ruolo cruciale nel monitoraggio sulla prevenzione dei fenomeni corruttivi che i presidi imposti da questa normativa svolgono proprio nel contesto delle società pubbliche e partecipate. In particolare, infatti, si è analizzato come venga resa necessaria anche in queste l'istituzione di un organismo di vigilanza, interno e composto da membri che soddisfino i requisiti di professionalità, indipendenza e onorabilità tali da garantire un monitoraggio adeguato e scevro da ogni conflitto di interesse, focalizzato sull'implementazione del “modello 231” nella realtà nella quale lo stesso organo svolge la sua funzione di controllo.⁶²³

Con riguardo quest'ultimo profilo, nell'evolversi della trattazione è emerso come risulti fondamentale garantire che OdV agisca nel pieno controllo delle informazioni necessarie a svolgere adeguatamente le sue funzioni arrivando a dimostrare come sia necessario, al fine di garantire un monitoraggio efficace dell'ente societario, che a quest'organo pervenga un continuo ed aggiornato flusso informativo non solo rispetto a tutte le attività maggiormente esposte al rischio del verificarsi di situazioni di indebito vantaggio acquisito dall'ente

⁶²³ R. Ursi, “*Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*” (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 254.

stesso ma più generalmente finalizzato ad avere una completa conoscenza delle dinamiche intercorrenti all'interno della società.⁶²⁴ Il flusso informativo assume la veste di un vero e proprio garante del corretto funzionamento della funzione di controllo cui risulta titolare l'OdV e ci permette di riflettere sull'importanza che riveste, soprattutto nelle società in esame che gestiscono servizi di interesse collettivo, la presenza di un sistema che assicuri un obbligo di trasparenza sulle attività e le decisioni caratterizzanti la vita degli enti societari, esigenza che rappresenta un fondamento anche del regime delineato dalla Legge Severino le cui previsioni, non a caso, costituiscono un altro pilastro di questa trattazione.

La legge 190/2012, infatti, pur inserendosi nel quadro della disciplina anticorruzione, risponde ad un intento diverso rispetto alla regolamentazione del "modello 231" con questo intendendo il garantire controlli preventivi che impediscano il verificarsi di fenomeni corruttivi a danno dell'ente societario di riferimento. Mentre la l. 231/2001, come ricordato in precedenza, ha l'intento di scongiurare che vengano in essere fenomeni corruttivi in conseguenza dei quali si ingeneri un indebito vantaggio per la società, la Legge Severino risponde alla specifica esigenza di prevenire comportamenti corruttivi che si traducano in un nocumento per l'ente societario nell'ambito del quale si verificano.

In ragione di quanto appena detto appare evidente che le due discipline debbano convivere ed integrarsi reciprocamente nelle realtà societarie pubbliche e partecipate al fine di scongiurare che proprio laddove vengano impiegate risorse provenienti dalle casse dello Stato e le attività siano di interesse pubblico, si possano verificare fenomeni di tal genere. Un efficiente coordinamento dei due regimi normativi, perciò, consente di "schermare" l'ente di riferimento da entrambi i tipi di comportamento illecito, così garantendo una protezione adeguata degli interessi collettivi sottesi alla gestione delle partecipazioni statali, siano queste di controllo o meno. Preme qui ricordare, in questo senso, le disposizioni contenute nel Piano Nazionale Anticorruzione emanato dall'ANAC nel 2019 che hanno avuto la funzione non soltanto di ribadire la necessaria complementarietà dei due sistemi normativi ma anche e soprattutto di prescrivere come nella pratica questi debbano convivere.⁶²⁵ A tal proposito giova qui richiamare l'importanza di un'adeguata implementazione del MOG 231 con le misure prescritte dalla Legge Severino, così che nelle società in discorso venga strutturato un unico e composito sistema di monitoraggio e prevenzione dei fenomeni corruttivi.

È ancora una volta il coordinamento tra regimi normativi a garantire, nelle realtà societarie disciplinate dal Testo Unico, che il sistema dei controlli possa dirsi adeguato rispetto a tutte le fattispecie di illiceità e cattiva amministrazione che ha la funzione di prevenire. La "chiave" per l'adeguato funzionamento di un sistema di monitoraggio che possa dirsi efficace non soltanto rispetto all'esigenza di garantire che le partecipazioni societarie detenute dallo Stato o da altri enti pubblici siano amministrate nel rispetto dei principi di buona amministrazione esaminati anche in questa trattazione ma anche e, verrebbe da dire, soprattutto, rispetto agli

⁶²⁴ G. Strampelli, *"Il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza"* in (opera diretta da) F. Auletta, *"I controlli nelle società pubbliche"* (Zanichelli, 2017), Parte II, Capitolo IV, pg. 117.

⁶²⁵ ANAC, PNA 2019, pg. 20.

specifici profili di criticità che possono costituirsi nella singola realtà societaria, permettendo quindi di implementare un sistema dei controlli attraverso il quale l'autorità a ciò deputata possa assumere contemporaneamente la veste di supervisore della società e intervenire laddove un correttivo alla gestione societaria risulti necessario.

Il proposito appena delineato appare certamente di difficile attuazione ed è forse anche in ragione di ciò che il legislatore sia sempre alla ricerca di nuovi strumenti per estendere l'operatività di tale rete di monitoraggio, garantendo nuovi ruoli di "guardiano" sulla gestione societaria a soggetti diversi e che si pongono in posizioni anche differenti rispetto al singolo ente di riferimento. Appare coerente rispetto a tale intento del legislatore la disciplina relativamente recente del *whistleblowing*, sistema in forza del quale il singolo dipendente può denunciare l'illecito verificatosi nel contesto nel quale è impegnato nel quotidiano lavorativamente.

Come è stato sottolineato nella trattazione dedicata a questo nuovo tipo di controllo, l'aspetto veramente innovativo di questo profilo del sistema di monitoraggio aziendale risiede nella "capillarità" che assume il controllo stesso laddove ad ogni singolo attore della compagine societaria sia concessa la possibilità di "suonare il fischietto" per denunciare fenomeni di corruzione cui, suo malgrado, è stato testimone. Dall'analisi di tale possibilità emerge immediatamente il profilo di maggiore criticità connesso all'*iter* di segnalazione che il *whistleblower* dovrebbe attivare, quello della protezione dello stesso dipendente dalle ritorsioni che subirebbe sul luogo di lavoro in conseguenza del "suono del fischietto". Proprio per tale ragione risulta necessario che la disciplina di questo sistema di controllo assicuri al dipendente la riservatezza sui suoi dati personali durante tutta la procedura di verifica del contenuto della sua segnalazione,⁶²⁶ garantendo in questo modo che il superiore gerarchico eventualmente responsabile del fenomeno corruttivo non possa rivalersi su di lui, compromettendone la posizione lavorativa.

Le Linee Guida ANAC n. 6 del 2015 in materia di protezione del *whistleblower* affrontano proprio il tema della garanzia alla riservatezza del dipendente pubblico regolando la segnalazione di illeciti dal punto di vista procedurale per scongiurare il pericolo, immediatamente deducibile, che il dipendente sentitosi minacciato dalla possibilità di ricevere ritorsioni sul posto di lavoro sia scoraggiato dal suo intento di segnalare e che il sistema risulti in questo modo viziato all'origine. Perché questo rischio venga scongiurato, però, spetta al legislatore predisporre regole certe in materia di protezione dell'anonimato del dipendente segnalatore implementando un sistema che da un lato garantisca la sua riservatezza e dall'altro renda sempre agevole la possibilità di "suonare il fischietto", attraverso una piattaforma tecnologica di semplice accesso per i dipendenti la cui presenza deve essere garantita in ogni Pubblica Amministrazione.⁶²⁷

⁶²⁶ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)", pg. 3.

⁶²⁷ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)", pg. 8.

Le due esigenze delineate risultano strettamente connesse, soprattutto se si ragiona sulla circostanza che è proprio attraverso il sistema tecnologico da implementare in ogni ente societario del Testo Unico che si riuscirebbe a consentire un'adeguata protezione della riservatezza del dipendente, attraverso la crittografia dei suoi dati e la tecnologia *end-to-end*, così come ha cura di descrivere il Piano Nazionale Anticorruzione del 2016.⁶²⁸ Nonostante le previsioni dimostrino l'intento del legislatore di perseguire gli obiettivi appena menzionati, la disciplina del *whistleblowing* risulta ancora presentare profili di criticità per quel che riguarda proprio l'esigenza di garantire la riservatezza del segnalatore in tutte le fasi della procedura di segnalazione.

In particolare, ci sono due momenti dell'*iter* appena menzionato rispetto ai quali sono emerse criticità per quel che riguarda la tutela dei dati personali del *whistleblower* e che per tale ragione hanno reso necessario un intervento del legislatore. In primo luogo, come si ha avuto modo di analizzare nel corso della trattazione, sulla base del dettato delle Linee Guida ANAC del 2015, emanate prima della L. 179/2017 che ha riformato la materia, laddove all'Autorità Nazionale Anticorruzione o alla Corte dei Conti fosse pervenuta una segnalazione che non trovava alcun precedente nel materiale già raccolto dalle stesse Autorità, veniva consentito al soggetto accusato di conoscere l'identità del segnalatore per rispondere alla specifica finalità di garantire a quest'ultimo l'esercizio del diritto di difesa contro quanto affermato dalla segnalazione stessa.⁶²⁹ Questa violazione della riservatezza del *whistleblower* appariva giustificata dalla circostanza che, laddove non fossero riscontrati ulteriori elementi sulla base dei quali si potesse affermare la responsabilità dell'accusato, non si trattasse soltanto e semplicemente di confermare un comportamento illecito del quale le autorità già avevano una seppur parziale contezza ma, al contrario, la segnalazione costituiva in questo caso il vero e proprio inizio di una procedura atta a stabilire la sussistenza di elementi integranti una fattispecie corruttiva.

Sebbene quanto appena detto risultava coerente con la volontà del legislatore di bilanciare adeguatamente il "peso" della segnalazione tra i soggetti coinvolti, il *whistleblower* e l'accusato, ciò non toglie nulla alla circostanza che in questo specifico caso la riservatezza del segnalatore avrebbe potuto essere violata, esponendolo ad eventuali future ritorsioni tali da tradursi, nel peggiore dei casi, in un licenziamento illegittimo. Oggi, grazie alle novità legislative introdotte dalla L. 179/2017 diffusamente esaminate nel corso del Capitolo I di questa stessa trattazione, il dispositivo dell'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 garantisce che il consenso del *whistleblower* in merito alla possibilità che i suoi dati vengano svelati sia sempre necessario, anche laddove questi siano indispensabili per garantire all'accusato l'esercizio del diritto di difesa.⁶³⁰ L'introduzione della precisazione legislativa è tale da rendere il sistema più garantista, per quel che concerne questa ipotesi di tutela dei dati personali del *whistleblower*, ma non toglie nulla alla circostanza che lo stesso sistema sia stato viziato da tale debolezza fino al momento in cui il correttivo è stato emanato connotando in un primo momento il sistema stesso come scarsamente affidabile per il segnalatore.

⁶²⁸ ANAC, PNA 2016, pg. 37.

⁶²⁹ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*", pg. 7.

⁶³⁰ D.lgs. 165/2001, art. 54-bis, co. 3. Ci si riferisce in questo caso alla versione vigente della disposizione.

Le criticità sembrano addirittura acuirsi laddove si considera che non esistano previsioni legislative in grado di assicurare la segretezza dei dati personali del *whistleblower* nel passaggio della procedura che vede la segnalazione diventare di competenza dell'ANAC o della Corte dei Conti ed è la stessa Autorità Nazionale Anticorruzione ad evidenziare tale lacuna nella disciplina della materia.⁶³¹

Per affrontare tali criticità, la trattazione ha preso spunto dal lavoro di ricerca di Previtali e Cerchiello, “*The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*” i quali, confrontandosi con le realtà pubbliche oggetto di analisi, hanno evidenziato da un lato la necessità che vengano implementate regole procedurali certe sulle modalità con le quali poter “suonare il fischietto” senza ripercussioni ingiuste e dall’altro quella di istituire canali informativi o corsi di aggiornamento interni alle organizzazioni per garantire un flusso costante di informazioni sulla disciplina del *whistleblowing* e la sua attuazione, non dimenticando che solo in tal modo si possa raggiungere quel clima di eticità e legalità rispetto al quale questo strumento di controllo sembra poter esprimere le sue potenzialità.⁶³² Inoltre, come evidenziato nell’evolversi della trattazione su questa tematica, la disciplina del *whistleblowing* pare inserirsi in contesti normativi differenti a seconda dell’organizzazione che si considera: per le società controllate dal socio pubblico, infatti, questa sembra essere parte del regime di attuazione della Legge Severino, mentre per gli enti meramente partecipati dovrebbe inserirsi nel sistema di strutturazione del MOG 231. Ciò chiaramente in ragione della differente natura e delle diverse esigenze che caratterizzano questi due tipi di società disciplinate dal Testo Unico ma, seppur per questo motivo giustificata, tale differenziazione nella fase di attuazione del regime normativo sul *whistleblowing* potrebbe portare, a parere di chi scrive, ad un’ulteriore confusione circa le modalità di implementazione del sistema dei controlli che rischia per tale disomogeneità di non poter esprimere le sue potenzialità operative.

La circostanza che le criticità teoriche, così come esaminate, si riflettano poi su una scarsa efficienza o ancor prima implementazione del sistema di *whistleblowing* nella realtà è confermata dai dati poco incoraggianti sul numero di segnalazioni pervenute nelle realtà di riferimento. Come già ricordato nella trattazione, infatti, nel 2015 a seguito delle prime riforme della disciplina non si registravano più di una decina di segnalazioni al mese.⁶³³ Il dato deve far riflettere se confrontato con l’elevato numero di entità pubbliche ed il numero elevatissimo di società partecipate o controllate dallo Stato all’interno delle quali sarebbe necessario un sistema di controllo pervasivo come quello del *whistleblowing*.

⁶³¹ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, “*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*”, pg. 12.

⁶³² P. Previtali, P. Cerchiello, “*The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*” *Public Management Review* (2018), 20:11, 1683-1701, DOI: 10.1080/14719037.2017.1417468, pg. 1688.

⁶³³ P. Previtali, P. Cerchiello, “*The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities*” *Public Management Review* (2018), 20:11, 1683-1701, DOI: 10.1080/14719037.2017.1417468, pg. 1685.

Il quadro appena delineato, però, deve condurre alla riflessione circa possibili profili di riforma futuri che siano in grado di dare finalmente a tale strumento la potenzialità operativa di un vero sistema di monitoraggio della vita e della gestione delle società che svolgono attività di interesse collettivo. L'analisi si spinge, in questo modo, ad acquisire una prospettiva più ampia di quella dei soli confini nazionali, portando l'attenzione di chi legge su un'altra realtà europea che, per molti versi, può essere considerata un modello per ciò che concerne l'efficienza del sistema di *whistleblowing*, i Paesi Bassi.

Lo Stato olandese, seppur non rinomato per la sua ingente popolazione e nel quale il fenomeno delle società controllate o partecipate dallo Stato assume dimensioni ridottissime rispetto alla realtà italiana tanto che possa essere gestito, come ricorderemo meglio in seguito, in modo completamente centralizzato a livello ministeriale, si è comunque preoccupato di disciplinare la materia del *whistleblowing* in modo tanto innovativo e completo da poter essere considerato un modello di ispirazione anche per altri ordinamenti, regolamentando la figura e le prerogative del segnalatore.⁶³⁴ Si evidenzia, tra tutte, l'esperienza della "Casa dei *whistleblowers*" ("Huis Voor Klokkennluiders"), organismo che si occupa di gestire nello specifico le segnalazioni dei *whistleblowers* che, a loro volta, possono affidarsi a tale autorità certi del soggetto giuridico cui rivolgersi e della procedura da seguire.⁶³⁵ Con riguardo a tale ultimo organismo si deve in questa fase ricordare, in particolare, come questo sia stato organizzato in dipartimenti specifici, ognuno dedicato ad una diversa fase del procedimento e che per questo risultano altamente specializzati: esiste un settore della Huis che si occupa di fornire consulenza ai potenziali *whistleblowers*,⁶³⁶ altri dedicati alla fase investigativa a sua volta suddivisi in dipartimenti deputati a svolgere la fase consultiva e altri a quella strettamente investigativa. Dall'istituzione della "Casa dei *whistleblowers*" il numero delle segnalazioni nei Paesi Bassi si è incrementato, così testimoniando il risvolto positivo, in termini di efficacia del sistema, dell'implementazione di una disciplina coerente e organizzata così come avviene attraverso l'istituzione di un unico organismo che rappresenti un punto fermo nel sistema per un potenziale "suonatore del fischietto".

Ad avviso di chi scrive deve riflettersi proprio sull'impatto positivo che potrebbe avere, anche nel nostro ordinamento, l'istituzione di un'autorità pubblica la cui funzione sia specificatamente quella di occuparsi della gestione delle diverse fasi della procedura atta a verificare se il contenuto della segnalazione trovi corrispondenza nella realtà societaria cui si riferisce. L'efficacia potrebbe tradursi, anche in Italia, in un incremento del numero di segnalazioni pervenute agli occhi delle autorità. Tale risultato, inoltre, rappresenterebbe soltanto la "punta dell'iceberg" la cui base sommersa dovrebbe considerarsi inevitabilmente

⁶³⁴ B. Rohde-Liebenau, "Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU." in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, "Whistleblowing - A Comparative Study" (Springer 2016), pg. 203.

⁶³⁵ B. Rohde-Liebenau, "Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU." in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, "Whistleblowing - A Comparative Study" (Springer 2016), pg. 206.

⁶³⁶ Come si ricorderà questo dipartimento è nato per far confluire in un unico organismo (la "Huis Voor Klokkennluiders") altre organizzazioni che si occupavano dell'attualizzazione della disciplina del *whistleblowing*. Nel caso del settore che si occupa della consulenza questa è il "Centro di Consulenza", organizzazione nata proprio per fornire tale servizio ai potenziali segnalatori.

costituita dall'incremento di fiducia nelle istituzioni dei potenziali *whistleblowers* che, rassicurati dalla presenza di un'unica istituzione in grado di processare le segnalazioni non sarebbero né portati a temere possibili violazioni della riservatezza dovute ai passaggi tra autorità della loro denuncia né scoraggiati nel loro intento a causa dell'incertezza su come procedere e a chi rivolgersi.

Il sistema olandese, per quel che concerne la disciplina del *whistleblowing*, si distingue per essere particolarmente garantista nei confronti dei segnalatori. Basti pensare che, come avviene peraltro anche in Italia, questi debbano essere protetti anche laddove le minacce e le ritorsioni derivanti in conseguenza della segnalazione stessa assumano carattere di informalità. Tale ulteriore protezione è frutto, come si ha avuto modo di sottolineare nel Capitolo III di questa trattazione, di coerente interpretazione estensiva della norma ad opera di recente giurisprudenza olandese.⁶³⁷ Su quest'ultimo punto, come si evince, le discipline olandese e italiana sembrano convergere, mentre si registra una sostanziale divergenza per ciò che riguarda la possibilità che il mero "sospetto" costituisca oggetto della segnalazione. Mentre questa facoltà è prevista nella legislazione olandese a patto che questo tipo di segnalazione sia comunque caratterizzato da buona fede,⁶³⁸ in Italia ciò rimane non possibile, così riducendo di fatto il novero delle ipotesi in accordo alle quali il *whistleblower* può "suonare il fischietto". Come ricordato nella trattazione del Capitolo I, nel nostro ordinamento tale possibilità non è consentita per evitare che l'Autorità Nazionale Anticorruzione non sia in grado di delineare esattamente i confini del contenuto della segnalazione e, in tal modo, non possa operare efficacemente rispetto alla stessa.⁶³⁹ Tale previsione della normativa italiana se, da un lato, risulta coerente rispetto alla volontà di evitare che l'ANAC prenda in considerazione anche segnalazioni che non trovano preciso fondamento nella realtà, dall'altro inevitabilmente riduce le possibilità che il dipendente "suoni il fischietto" potendo esercitare tale facoltà solamente laddove il contenuto della sua potenziale segnalazione sia veramente fondato.

In conclusione, merita attenzione un ultimo punto di confronto tra le discipline in esame. Il regime normativo dei Paesi Bassi sulla tematica in discorso, infatti, pare sempre attento a garantire che i lavoratori, potenziali *whistleblowers*, vengano informati rispetto ai propri diritti di segnalare e allo stesso tempo non rischino che i propri dati personali possano venire illegittimamente conosciuti dal superiore gerarchico accusato nella segnalazione, rischiando in tal modo di incorrere nelle già menzionate ritorsioni. Tale attenzione rispetto all'informazione circa i diritti e le facoltà del *whistleblower* non può dirsi ad oggi altrettanto presente nel panorama italiano che, come si evince da questa trattazione, necessita ancora di essere implementato per raggiungere quell'efficacia tanto agognata. Con ciò non vuole concludersi che il sistema olandese debba essere

⁶³⁷ K. Loyens, W. Vandekerckhove, "The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study" (USBO advies, 2018), pg. 24.

⁶³⁸ B. Rohde-Liebenau, "Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU." in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, "Whistleblowing - A Comparative Study" (Springer 2016), pg. 208-209.

⁶³⁹ ANAC, Det. n. 6 del 28 aprile 2015, "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)", pg. 5.

preso a modello in ogni sua parte o che questo non necessiti di ulteriori riforme, l'opportunità delle quali è già stata vagliata nella trattazione a ciò dedicata, ma piuttosto si vuole affermare che l'ordinamento olandese può essere un modello d'ispirazione per i tratti caratteristici qui esaminati, seppur tale ispirazione potrebbe costituire solamente il punto di partenza di una riforma legislativa specificatamente modellata per rispondere alle esigenze del nostro ordinamento.

Per il resto, l'analisi sulla disciplina dei controlli sulle società pubbliche e partecipate nei Paesi Bassi risulta profondamente diversa dalla nostra, se non altro per quel che concerne l'aspetto dimensionale del fenomeno: a fronte dei 9.655 enti italiani censiti nel 2017,⁶⁴⁰ nell'ordinamento olandese risultano 37 le società aventi le caratteristiche assimilabili al genere.⁶⁴¹ Probabilmente è proprio in forza di tale ultimo dato presentato che il sistema di amministrazione e di controllo delle partecipazioni dello Stato nei Paesi Bassi è fortemente accentrato, basato sulla detenzione dei pacchetti azionari da parte dei diversi Ministeri competenti del settore nel quale si inserisce la società di riferimento, con un ruolo preponderante del Ministero dell'Economia e delle Finanze che gestisce sempre l'aspetto economico della gestione. Come analizzato nell'evolversi della trattazione, nel Capitolo III, il sistema dei controlli fonda la sua efficacia sul flusso informativo sulle attività e sulla gestione delle società controllate o partecipate dal socio pubblico olandese. Al centro del sistema di monitoraggio, peraltro, assumono un ruolo cruciale la Corte dei Conti e il Parlamento olandesi, entrambi coinvolti nelle fasi di controllo delle società. In particolare, si sottolinea in questa fase il ruolo della Algemene Rekenkamer, responsabile del monitoraggio degli enti pubblici e partecipati per quel che concerne l'aspetto economico della gestione delle partecipazioni e di fatto connotando il tipo di controllo preponderante nel panorama nell'ordinamento dei Paesi Bassi.⁶⁴²

Il ruolo di questa Corte è stato evidenziato nella trattazione anche con riguardo al regime normativo del sistema dei controlli previsti dal Testo Unico in Italia, delineando quelli che sono i profili di maggiore interesse nell'ambito dei compiti affidati a tale autorità e regolati dal d.lgs. 175/2016. In primo luogo, è stato evidenziato il ruolo della Corte dei Conti rispetto alla fase di costituzione delle società in discorso con riguardo all'obbligo vigente per questi enti di inviare “*a fini conoscitivi*” l'atto deliberativo con il quale si acquisisce la partecipazione o si costituisce l'ente.⁶⁴³ È chiaramente un tipo di controllo successivo che non consente un efficace potere di intervento in questa fase da parte della Corte ma che, allo stesso tempo, è la modalità con la quale quest'autorità acquisisce le prime informazioni circa la detenzione di pacchetti azionari da parte del socio pubblico o la costituzione di nuovi enti, così fondando le basi per un successivo e più incisivo controllo sulla vita e la gestione delle risorse di provenienza pubblica impiegate in queste società.

⁶⁴⁰ R. Garofoli, A. Zoppini, “*Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica*” (Nel Diritto Editore, 2018) – Premessa, V.

⁶⁴¹ National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015) pg. 6.

⁶⁴² National Court of Audit (*Algemene Rekenkamer*), “*The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises*” (2015), pg. 9.

⁶⁴³ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 5, co. 3.

L'analisi delle funzioni svolte dalla Corte dei Conti rispetto al monitoraggio operato nei confronti degli enti societari controllati o partecipati dallo Stato si sposta successivamente all'esame delle disposizioni contenute nell'articolo 14 del d.lgs. 175/2016 recante le norme in tema di controlli nel contesto di crisi aziendali e insolvenza. In questo caso a tale organismo è demandato il compito di verificare che le risorse pubbliche siano state adeguatamente destinate e impiegate dalla società sottoposta a controllo, in particolare verificando che la gestione delle stesse sia stata ispirata dal principio di economicità.⁶⁴⁴ La Corte è titolare della funzione di monitoraggio che ha ad oggetto i piani di risanamento, già esaminati in precedenza, strumento del quale in questa sede si vuole evidenziare il contenuto economico: è attraverso le decisioni prese in sede di adozione di tali piani che l'organismo dello Stato, deputato a vigilare sulle sue finanze, è in grado di discernere se la gestione delle risorse pubbliche impiegate si è svolta adeguatamente. Risulta particolarmente delicata, in questa fase, la protezione dell'interesse collettivo sotteso all'erogazione dei servizi gestiti da tali enti, valore tanto importante che, laddove rischi di venire danneggiato come nel caso di una situazione di crisi o insolvenza, giustifica l'intervento incisivo dell'organo deputato a vigilare sulla corretta amministrazione dei capitali attraverso quali tali servizi possono essere resi alla collettività. Non è mancata, nella trattazione, l'attenzione alla coerenza del legislatore nel disciplinare i ruoli di monitoraggio della Corte dei Conti rispetto all'intento di fondo ispiratore del Testo Unico, quello di contenere la spesa pubblica e, dove possibile, tagliare sui costi eccedenti il necessario per amministrare correttamente le partecipazioni azionarie. Attraverso la previsione della funzione di controllo ad opera di questa Corte circa la necessità che le società disciplinate dal d.lgs. 175/2016 siano sempre gestite nell'ottica dell'equilibrio finanziario, infatti, il legislatore persegue l'obiettivo di individuare e, se del caso, correggere, tutte quelle situazioni nelle quali è possibile ravvisare uno spreco di risorse pubbliche.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, la pervasività e l'efficacia dei compiti affidati alla Corte dei Conti sono apprezzabili laddove si analizzi la funzione svolta da questo stesso organismo nei confronti del "danno erariale" eventualmente provocato nei confronti della Pubblica Amministrazione. In questo caso, infatti, l'autorità preposta al controllo ha la giurisdizione rispetto al danno non soltanto patrimoniale arrecato agli enti partecipati e controllati dallo Stato ma anche inteso quale nocimento all'immagine del socio pubblico, così delineando le due componenti fondamentali di tale tipo di giurisdizione.⁶⁴⁵ Il potere di controllo della Corte dei Conti ne risulta, di conseguenza, inevitabilmente ampliato potendo altresì essere esercitato laddove una cattiva gestione delle finanze della società sia tale da danneggiare la reputazione dello Stato.

Così come già ricordato nella sezione di questa stessa trattazione dedicata ai compiti svolti da questa Corte, l'operato del soggetto titolare del controllo, in questo senso, va ben oltre il mero controllo formale circa la corretta gestione delle risorse pubbliche impiegate per le attività di interesse collettivo e finalizzate

⁶⁴⁴ Il principio guida è stato ribadito dalla Corte dei Conti stessa, insieme a quelli di efficienza ed efficacia della gestione, così come già ricordato nella nota a piè di pagina n. 367 del Capitolo II di questa stessa trattazione.

⁶⁴⁵ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 12, co. 2.

all'erogazione degli stessi servizi ma si sostanzia come un vero e proprio monitoraggio sull'amministrazione di questi enti societari per fare in modo che l'adeguato impiego dei capitali pubblici si traduca in una gestione della vita societaria trasparente ed equilibrata, atta a soddisfare gli interessi collettivi che la stessa funzione di controllo della Corte mira a garantire.⁶⁴⁶

L'articolato sistema dei controlli esterni è completato dal ruolo di monitoraggio assunto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze attraverso la sua "Struttura di Monitoraggio" e dall'ANAC con specifico riguardo ai controlli da questa autorità svolti nei confronti delle società *in house*, in merito alla possibilità che queste ultime possano beneficiare di affidamenti diretti di lavori, servizi o forniture da parte delle amministrazioni pubbliche che le controllano.

Per quanto riguarda il monitoraggio degli enti societari controllati o partecipati ad opera del Ministero dell'Economia e delle Finanze si è posta particolare attenzione, nel corso della trattazione dedicata al tema in discorso, alla circostanza che vede questo Dicastero rivestire contestualmente il ruolo di "supervisore" sull'adeguatezza della gestione di tali partecipazioni e d'altra parte quello di detentore delle stesse. Il MEF, infatti, ha il compito di amministrare i pacchetti azionari detenuti in società private erogatrici di servizi di interesse collettivo che lo Stato acquisisce agendo a livello "centrale" e non attraverso le sue articolazioni territoriali. Come è facile intuire e come è stato rilevato da autorevole dottrina, le cui posizioni sono state esaminate nel corso della trattazione, per queste partecipazioni emergono profili di criticità con riguardo alla problematica dei potenziali conflitti di interesse che possono sorgere nel contesto della procedura di controllo che viene condotta dallo stesso soggetto amministratore. Tale funzione di monitoraggio spetta, in accordo con le previsioni legislative del Testo Unico esaminate nella trattazione,⁶⁴⁷ alla "Struttura di Monitoraggio", dipartimento interno al Dicastero composto a sua volta da tre Uffici che svolgono le funzioni di "*indirizzo*", "*monitoraggio*" e "*controllo*" nei confronti degli enti societari disciplinati nel Testo Unico.⁶⁴⁸

La principale critica al modello che descrive la funzione di monitoraggio di titolarità del MEF prende le mosse proprio dalla previsione che descrive tale Struttura come un dipartimento interno al Dicastero stesso, non riuscendo in tal modo a garantire un adeguato grado di autonomia del soggetto controllore da quello che amministra le partecipazioni e facendo sorgere, verosimilmente, il pericolo che si verificino situazioni di conflitto di interesse. A ben guardare, le disposizioni normative che prevedono il carattere interno della Struttura rispetto al MEF sono ispirate dalla stessa finalità di fondo che ha guidato il legislatore nella predisposizione dell'intero Testo Unico, quella del taglio alla spesa pubblica. A conferma di quanto appena sostenuto si ricordi che il DM 16 Maggio 2017, che ha disciplinato nel dettaglio le caratteristiche e le funzioni

⁶⁴⁶ F. A. Cancilla, "*Società a partecipazione pubblica e controllo della Corte dei Conti*" (Ratio Iuris, 1 Marzo 2019).

⁶⁴⁷ D.lgs. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica), art. 15, co. 1.

⁶⁴⁸ M. S. Richter Jr, "*I "Controlli" nelle Società a Partecipazione Pubblica*" (Estratto), Rivista delle Società (Anno LXIII Fasc. 5-6 - 2018), pg. 1374-1375.

attribuite alla Struttura, prevede che questa debba essere istituita sfruttando “risorse umane, strumentali e finanziarie” già disponibili,⁶⁴⁹ non andando ulteriormente ad intaccare le casse dello Stato.

È opportuno in questa sede riprendere il ragionamento già affrontato con riguardo a tale ultima tematica, riflettendo sulle conseguenze pratiche derivanti da questa scelta del legislatore. In particolare, seppure da un lato sia da comprendere e promuovere la finalità che ha guidato la formulazione di tali previsioni, dall’altro non può non riflettersi su come, per perseguire l’intento di risparmiare risorse pubbliche ed evitare ulteriori sprechi delle stesse, il legislatore sia finito per delineare una Struttura di Monitoraggio che non ha la possibilità di svolgere efficacemente la sua funzione a causa della sua stessa conformazione quale articolazione interna al soggetto giuridico che amministra e gestisce le partecipazioni che dovrebbero costituire oggetto del controllo da questa svolto. Prescrivendo in tal modo, il legislatore non riesce, evidentemente, a coniugare l’intento del taglio alla spesa pubblica con quello più specificatamente relativo al sistema dei controlli, garantire un monitoraggio efficiente ed efficace delle modalità con le quali le partecipazioni societarie detenute dal socio pubblico vengono amministrate che possa dirsi scevro, in particolare, da situazioni di conflitto di interesse tra gli attori della relazione di controllo.

Ad avviso di chi scrive è possibile ravvisare, nelle disposizioni in esame, un bilanciamento inadeguato tra le esigenze che il legislatore cerca di soddisfare, in conseguenza del quale viene realizzato il contenimento della spesa pubblica ma si rileva un fallimento per ciò che concerne il raggiungimento dell’indipendenza di questo soggetto controllore. Come sottolineato anche nel corso della trattazione, tuttavia, l’autonomia di giudizio dell’autorità preposta al controllo rispetto all’ente societario oggetto del monitoraggio assurge a garanzia di efficienza del controllo stesso e tale considerazione non può che tradursi, nel caso del ruolo della “Struttura di Monitoraggio” in questo complesso sistema, in una inefficienza di questa articolazione del Ministero dell’Economia e delle Finanze. Proseguendo su tale linea di ragionamento, quindi, si giunge a dubitare della stessa efficacia del controllo svolto dalla Struttura derivante, seppur indirettamente, dalla “traduzione legislativa” del proposito del taglio alla spesa pubblica. Le disposizioni in merito al monitoraggio delle società disciplinate dal Testo Unico rappresentano, in definitiva, un’opportunità per riflettere circa le conseguenze derivanti dallo strenuo perseguimento di un interesse di fondo da parte del legislatore che pare sovrastare gli altri nel processo di bilanciamento degli stessi, necessario e propedeutico alla formulazione di qualsiasi norma dell’ordinamento.

Nel caso specifico, quindi, l’interesse al perseguimento del risparmio della spesa pubblica è riuscito ad offuscare la necessità che si assicurasse la concreta autonomia di giudizio della “Struttura di Monitoraggio” e la formulazione della norma che disciplina la sua costituzione riflette proprio tale disequilibrio di interessi. Con quanto appena sostenuto non si vuole evidenziare una noncuranza del legislatore rispetto alle diverse istanze che emergono dall’implementazione di tale tipo di controllo ma piuttosto si mira a riflettere sulla

⁶⁴⁹ D.M. 16 Maggio 2017, art. 6.

complessità connaturata nell'attività di previsione delle problematiche che possono emergere nella fase di applicazione della norma che ci si propone di formulare. Così, seppur il legislatore si preoccupa di prescrivere la necessità che tale Struttura debba risultare indipendente nella sua attività di giudizio sulla gestione delle partecipazioni societarie ad opera dello Stato, sembra porre maggiore attenzione nell'evitare il pericolo di un utilizzo improprio delle risorse pubbliche finalizzato a costituire un nuovo organismo che tuttavia, in accordo con quanto fin qui sostenuto, se istituito *ex novo* avrebbe potuto dimostrare nel suo operato un'effettiva autonomia di giudizio.

In conclusione, pare ragionevole in questa sede riflettere sull'opportunità che il legislatore operasse in questo caso una scelta differente, mostrandosi più attento all'esigenza di garantire una reale indipendenza della Struttura di Monitoraggio nello svolgimento dei suoi compiti rispetto alle società disciplinate dal Testo Unico riflettendo anche sulla possibilità di derogare alla regola del taglio alla spesa pubblica, linea guida ispiratrice dell'intero testo legislativo in esame. Ad avviso di chi scrive ciò si traduce, in definitiva, nella necessità di mettere sempre in discussione il bilanciamento delle finalità di fondo ispiratrici il processo di formazione della volontà legislativa attraverso l'attività di normazione, in modo tale da rilevare, caso per caso, l'emergere della necessità che venga assunto un atteggiamento più flessibile anche rispetto a quelle che sono le fondamenta dell'intento del legislatore, non intendendo con ciò il superamento di tali finalità perseguite ma piuttosto una ponderazione dell'incidenza delle stesse rispetto alle esigenze da soddisfare attraverso la formulazione attenta delle singole norme.

In ultimo è sembrato opportuno focalizzare l'attenzione sul controllo esercitato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione sulle società che adottano il modello *in house providing* che si sostanzia nel monitoraggio svolto da questa Autorità sulla possibilità che le amministrazioni pubbliche che detengono partecipazioni di controllo negli stessi enti societari possano concludere contratti pubblici con i soggetti giuridici *in house* attraverso il sistema degli affidamenti diretti, derogando al regime legislativo degli appalti pubblici delineato dal d.lgs. 50/2016.⁶⁵⁰ Come è stato già sottolineato nel corso della trattazione, questo tipo di monitoraggio è finalizzato alla verifica dell'esistenza delle condizioni che consentono la sospensione dell'efficacia della rigida disciplina che prevede la conclusione dei contratti pubblici unicamente a seguito di procedure ad evidenza pubblica che assicurano, nello specifico, un equo confronto tra operatori economici attivi nel libero mercato. In ragione di quanto appena sostenuto e delle garanzie che il legislatore pone a salvaguardia del corretto svolgimento delle procedure di affidamento a seguito di appalto pubblico, pare coerente la previsione di uno stringente controllo laddove si ipotizzi di derogare a tale regime.

Nel corso della trattazione sono state evidenziate due caratteristiche chiave del sistema di monitoraggio svolto ad opera dell'ANAC nei confronti delle società che adottano il modello *in house providing* o, per meglio dire, del controllo indiretto cui sono sottoposte. In primo luogo, infatti, è opportuno ribadire ancora una volta in

⁶⁵⁰ P. Cosmai, R. Iovino, "Il nuovo Codice degli appalti pubblici: Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50" (Ipsoa, 2016), Cap. XXIII, "L'in house e le società pubbliche di progetto. Cenni e rinvio".

fase conclusiva come tale tipo di monitoraggio non sia specificatamente rivolto all'ente societario di riferimento ma, piuttosto, abbia quale oggetto primario il soggetto pubblico titolare della partecipazione azionaria di controllo nella società *in house* stessa. Più specificatamente, l'articolo 192 del Codice dei Contratti Pubblici prevede la tenuta, ad opera dell'Autorità stessa, di un elenco di enti della pubblica amministrazione titolari di partecipazioni di controllo in società che adottano il modello *in house providing*, che possono vantare il soddisfacimento di tutti i requisiti previsti per legge per questo tipo di enti societarie e che, in ragione di ciò, hanno diritto a concludere contratti attraverso il meccanismo dell'affidamento diretto, così derogando al regime normativo delineato dal d.lgs. 50/2016.⁶⁵¹ Come si evince senza necessità di ulteriori specificazioni, il monitoraggio non è direttamente rivolto a verificare, ad esempio, l'adeguatezza della gestione di tali società, ma piuttosto è inteso quale garanzia a che vengano rispettate le condizioni previste dal Testo Unico per la classificazione di un ente quale aderente al modello *in house providing* ed in particolare se, in ragione del soddisfacimento delle stesse, possa giustificarsi un'eccezione al regime di libero mercato per la conclusione dei contratti pubblici. La verifica della sussistenza degli stessi requisiti richiesti dalla legge al fine di individuare una società di questo tipo, tuttavia, è operata per il tramite del controllo sulla pubblica amministrazione che controlla l'ente societario e solamente laddove questa richieda di essere iscritta all'elenco previsto dall'articolo 192 del Codice dei Contratti Pubblici, così qualificando definitivamente questo controllo come indiretto.⁶⁵²

Ad un primo sguardo, la caratteristica appena menzionata può far sorgere dubbi circa l'efficacia e pervasività del monitoraggio e ciò trova conferma, in particolare, nella circostanza che vede la procedura attivarsi solamente nel caso in cui le pubbliche amministrazioni richiedano di essere iscritte all'elenco previsto nella norma suddetta. Giova a questo punto della trattazione ribadire la posizione assunta al termine dell'analisi svolta nel Capitolo II e che ha avuto ad oggetto proprio tale tipo di controllo. In particolare, si è posto a confronto, da un lato, il carattere indiretto del monitoraggio e dall'altro la specificità dello stesso arrivando a riflettere sulla possibilità che, seppur il controllo non abbia specificatamente ad oggetto le società in discorso e il meccanismo possa prendere il via solamente a seguito della richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice di essere iscritta nella lista tenuta dall'ANAC, questo possa dirsi comunque adeguato a soddisfare l'esigenza di monitoraggio di questi enti societari. Ad avviso di chi scrive, infatti, è opportuno che venga presa in considerazione la specificità del compito attribuito all'Autorità Nazionale Anticorruzione a garanzia della pervasività del potere esercitato e che non si dimentichi di assumere una visione di insieme su tutte le tipologie di controllo cui risulta titolare l'Autorità nei confronti delle società del Testo Unico quali, ad esempio, la verifica della sussistenza dei presidi anticorruzione analizzati nel Capitolo I operata nei confronti di tutte le società del d.lgs. 175/2016, novero nel quale rientrano anche gli enti in discorso.

⁶⁵¹ D.lgs. 50/2016, art. 192.

⁶⁵² M. Clarich, "Continuità e Discontinuità nella nuova disciplina delle Società a Partecipazione Pubblica" in F. Capriglione, "Liber Amicorum Guido Alpa" (CEDAM, 2019), pg. 254.

In ragione di quanto sostenuto in precedenza giova tenere a mente che, seppure il controllo si renda effettivo solamente laddove l'amministrazione aggiudicatrice richieda di poter accedere al regime derogatorio del d.lgs. 50/2016 è proprio questo il momento nel quale viene in luce la necessità di monitorare l'operare delle società *in house* poiché, al di là della possibilità di risultare affidatarie dirette di contratti pubblici, esse sono comunque monitorate dall'ANAC per ciò che riguarda gli altri aspetti di competenza di questa stessa Autorità al pari delle altre società disciplinate dal Testo Unico. Con ciò vuole ricordarsi che laddove il potere di controllo dell'ANAC non venga esercitato, le stesse non potranno beneficiare del regime di deroga, così rendendo il monitoraggio puntuale ed efficace, seppur indiretto.

Inoltre, non deve sfuggire che il controllo esercitato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione sulle società che adottano il modello *in house providing* possa dirsi, senza ombra di dubbio, stringente e pervasivo. A conferma di quanto appena sostenuto si ricordi che questo debba essere volta per volta modellato in accordo con la tipologia di rapporto di "controllo analogo" in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice possa qualificarsi come socio di controllo della società. Di fatto gli adempimenti necessari al corretto svolgimento della procedura di monitoraggio variano a seconda che l'Autorità sia chiamata a verificare la sussistenza e il soddisfacimento dei requisiti richiesti dalla legge affinché possano dirsi configurati i rapporti di *in house* "semplice", "a cascata", "invertito", "orizzontale" o "congiunto".⁶⁵³ Quanto appena sostenuto deve considerarsi una conferma del carattere specifico assunto dal controllo esercitato dall'ANAC nei confronti delle società in discorso, in ragione del quale si giustifica lo svolgimento di una procedura di monitoraggio *ad hoc* che possa rispondere all'esigenza di verificare, caso per caso, la sussistenza dei requisiti richiesti dalle norme del d.lgs. 175/2016.

La funzione di controllo svolta ad opera dell'ANAC nei confronti delle società che adottano il modello *in house providing* assume un ruolo rilevante ai fini di questa trattazione per ciò che concerne la disponibilità di informazioni circa la gestione delle società disciplinate dal Testo Unico e che costituiscono l'oggetto dell'analisi svolta. Attraverso la procedura di controllo finalizzata alla verifica del soddisfacimento dei requisiti fissati dal d.lgs. 175/2016, necessari affinché un ente societario possa definirsi *in house providing*, e al fine di costituire validamente l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici tenuto dalla stessa Autorità deputata al monitoraggio, infatti, è resa possibile l'acquisizione di un cospicuo numero di informazioni circa l'amministrazione degli enti verso i quali il potere di controllo si esplica. La circostanza appena descritta porta il filo della trattazione a confrontarsi con una tematica di cruciale importanza, quella del ruolo svolto dal flusso informativo rispetto all'efficacia dei controlli, alla luce del quale sembra opportuno ricostruire una visione di insieme del sistema di monitoraggio sugli enti societari in discorso.

⁶⁵³ ANAC, delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016", para. 6.3.5, lett. a) – d).

A ben guardare, infatti, sembra che la necessità che venga assicurato un flusso informativo costante e aggiornato circa la vita e l'amministrazione delle società disciplinate dal Testo Unico possa essere considerata una costante di tutte le tipologie di controllo analizzate in questa trattazione. Gli interessi collettivi sottesi alla gestione delle attività e dei capitali impiegati negli enti societari sembrano giustificare a pieno la necessità informativa in discorso che ricopre un ruolo di rilievo laddove si debba assicurare un'adeguata erogazione dei servizi a rilevanza pubblica e una corretta amministrazione del denaro proveniente dalle casse dello Stato. In ragione di quanto appena sostenuto, deve rilevarsi come proprio grazie al flusso informativo circa la vita societaria si renda possibile per le Autorità e gli organismi competenti il monitoraggio dell'operato degli enti oggetto della trattazione. Non è un caso, infatti, che l'attività della Struttura ministeriale sia finalizzata ad acquisire informazioni sulle società verso cui il potere di controllo è esercitato e che queste vadano ad arricchire la Banca Dati istituita presso lo stesso Dicastero ed utilizzata al fine di monitorare le modalità di gestione degli stessi enti societari, così da poter avere una panoramica completa dell'evoluzione anche temporale dell'amministrazione degli stessi.

Tuttavia, il flusso informativo non esplica la sua utilità solamente in un'ottica di controllo esterno, dovendosi considerare cruciale anche laddove il monitoraggio venga svolto dagli stessi organi societari per i quali risulta altresì necessario ricevere aggiornamenti circa le scelte e le modalità con le quali quelli amministrativi assumono le decisioni di loro competenza. Così, l'informazione in merito alle scelte di gestione che interessano le attività ed i servizi a rilevanza collettiva non riveste un ruolo cruciale solamente laddove sia finalizzata a mettere al corrente un'Autorità estranea e terza rispetto all'ente societario circa gli accadimenti e le decisioni che interessano lo stesso e regolano il suo operato ma, piuttosto, sembra assumere la veste di garante del corretto funzionamento del rapporto di controllo anche laddove costituisca uno strumento interno alla società attraverso il quale gli organi amministrativi hanno il dovere di mettere al corrente quelli di controllo in merito alle scelte operate.

L'esigenza di un puntuale aggiornamento sull'evoluzione della vita societaria degli enti disciplinati dal Testo Unico garantisce non soltanto che il controllo sia efficace nel momento stesso in cui la procedura di monitoraggio viene attivata ma assicura altresì che l'Autorità o l'organismo a ciò deputato possano avere una panoramica completa dell'evoluzione della società oggetto della procedura. Ciò risulta tanto importante non soltanto nell'ottica di un tipo di monitoraggio inteso a correggere le scelte inadeguate dell'amministrazione dell'ente societario di riferimento, ma piuttosto deve considerarsi cruciale laddove questo sia inteso a costituire un vero e proprio dialogo costruttivo fra gli attori del rapporto di controllo, mirato ad elaborare orientamenti circa il corretto modo di operare della società pubblica o partecipata, arrivando così a configurarsi quale monitoraggio preventivo rispetto all'azione dell'ente. Ad avviso di chi scrive tale ultima considerazione merita una riflessione conclusiva, potendosi qualificare come uno dei tratti più rilevanti ai fini di questa trattazione. A dover guidare quest'analisi è l'evoluzione del concetto stesso di controllo, non più inteso solamente quale rapporto *top-down* tra l'Autorità a ciò deputata e l'oggetto del monitoraggio, mirato ad evidenziare e

correggere inadeguatezze nell'amministrazione delle società, ma piuttosto teso a divenire un rapporto "alla pari" tra i due protagonisti dello stesso, finalizzato a garantire un controllo continuo e puntuale dell'evolversi della società in un'ottica collaborativa e che possa finalmente dirsi caratteristica di un rapporto costruttivo.

Perché tale tipo di monitoraggio diventi una realtà, tuttavia, appare evidente come risulti necessario garantire che il soggetto giuridico preposto al controllo sia destinatario di un continuo flusso informativo che possa assicurargli il puntuale aggiornamento sulle vicende che interessano la società oggetto del monitoraggio in modo tale da istaurare con la stessa il suddetto rapporto collaborativo. Quanto appena sostenuto deve considerarsi la dimostrazione della stretta correlazione tra la trasparenza circa le scelte gestorie che descrivono l'evoluzione degli enti societari disciplinati dal Testo Unico e l'opportunità che ogni tipologia di controllo sia davvero intesa quale rapporto "alla pari" tra gli attori dello stesso, in modo tale che venga definitivamente superata l'accezione gerarchica del monitoraggio, finalizzata al solo scopo di correggere errori già commessi e che per questo nella maggior parte dei casi non deve considerarsi realmente efficace: ad avviso di chi scrive, infatti, un controllo preventivo in grado di orientare le decisioni prima che queste diventino esecutive può assicurare non soltanto una limitazione degli effetti negativi conseguenti ad un'amministrazione inadeguata ma anche un'efficace modalità di "apprendimento" per le società oggetto del rapporto che, con l'esperienza di una correzione preventiva, possano dirsi consapevoli delle più corrette scelte da operare in un momento successivo a quello del monitoraggio.

A ben guardare è proprio l'efficacia del controllo a costituire il fulcro dell'intera trattazione, che si è mossa non soltanto all'interno e all'esterno degli enti oggetto della stessa ma anche al di fuori dell'ordinamento normativo, quasi come se questi fossero posti sotto un "microscopio giuridico" in grado di valutare, al variare della lente utilizzata e della prospettiva di osservazione, i risvolti sull'evoluzione degli "organismi" esaminati laddove questi si confrontino con il complesso sistema dei controlli. Devono considerarsi oggetto d'analisi le peculiarità che porta con sé ogni interazione tra soggetti giuridici differenti, assumendo connotati specifici laddove le parti del rapporto siano i singoli enti societari nel dialogo tra gli organi di amministrazione e di controllo, caratteristico del primo tipo di monitoraggio, e che si evolvono diversamente laddove si debba valutare l'interazione delle società in esame con autorità esterne, generando la necessità di cambiare ancora una volta la lente attraverso la quale guardare, analizzare e riflettere. Questo modo di operare deve dirsi necessario laddove ci si ponga quale obiettivo quello di comprendere le esigenze e le insidie che l'evolversi di ogni rapporto giuridico porta con sé, muovendosi all'interno di un ordinamento in continua evoluzione, quasi come fosse un vero e proprio organismo vivente, da esaminare attraverso strumenti di analisi accurati al pari di lenti di laboratorio.

BIBLIOGRAFIA

ALBERICI A., *“La corporate governance ex d.lgs. 231/2001”* in A. Alberici, P. Baruffi, M. Ippolito, A. Rittatore Vonwillen, G. Vaciago, *“Il modello di organizzazione e gestione di cui al D.lgs. n. 231/2001”*.

ANESA M., PUCCIO F., *“Governance e misure di allerta tra riforma Madia e Codice della crisi d'impresa”* (57° Congresso Nazionale UNGDCEC, 03 Aprile 2019), in Ipsoa Quotidiano (Wolters Kluwer 2019) reperibile in formato digitale al seguente link: <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/fallimento-e-procedure-concorsuali/quotidiano/2019/04/03/governance-misure-allerta-riforma-madia-codice-crisi-impresa>,

ANGELICI C., *“Tipicità e Specialità nelle Società Pubbliche”* in S. Fortunato, F. Vessiac, *“Le “nuove” Società Partecipate e in house providing”* (Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, 2016).

AODV, Position Paper *“Modello organizzativo 231 e OdV delle partecipate pubbliche”* (20 Febbraio 2014).

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Del. n. 782/2019.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Del. n. 1134/2017.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Del. n. 831/2016.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Delib. n. 235/2017, Linee Guida n. 7 *“Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016”*.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Delib. n. 967/ 2019 (23 Ottobre 2019).

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Det. n. 6/2015, *“Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)”*.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Det. n. 8/2015, *“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”*.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Piano Nazionale Anticorruzione 2013.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Piano Nazionale Anticorruzione 2016.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Piano Nazionale Anticorruzione 2019.

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE (ANAC), Relazione Illustrativa in merito alla delib. n. 235/2017 recante Linee Guida n. 7 *“Linee Guida per l’iscrizione nell’Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall’art. 192 del d.lgs. 50/2016”*.

BASTIA P., *“I modelli organizzativi”*, in (a cura di) G. Lattanzi, *“Reati e responsabilità degli enti”* (Milano, 2005).

BELLACOSA M., *“Obblighi di fedeltà dell’amministratore di società e sanzioni penali”* (Giuffrè Editore, 2006).

BELLINGAND A., FENNE E., *“Reporting malpractices in the dutch public sector”* in L. Huberts, A. Hoekstra *“Integrity management in the public sector - The Dutch approach”* (BIOS, Den Haag, 2016).

BENVENUTO L., *“Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato degli enti”* (Società, 2009).

BERCELLI J., *“Le società a partecipazione pubblica. La centralità degli atti deliberativi e la loro sindacabilità nell’attuazione del Testo Unico”* in (a cura di) G. Sala, G. Scialoja, *“Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione”* (ESI, Napoli, 2017).

BLANK J. L. T., ENSERINK B. AND VAN HEEZIK A. S., *“Policy Reforms and Productivity Change in the Dutch Drinking Water Industry: A Time Series Analysis 1980–2015”* (2019).

BONURA H., FONDERICO G., *“Brevi note su società pubbliche e libertà di iniziative economica delle P.A.”* (Astrid Rassegna – n. 9/2019).

BONURA H., FONDERICO G., *“Il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica”* (Giorn. Dir. Amm., 2016).

CAMERA DEI DEPUTATI (SERVIZIO STUDI) E SENATO DELLA REPUBBLICA (SERVIZIO STUDI), *“Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica – Schede di Lettura”*, Dossier – XVII Legislatura (Settembre 2017).

CAMERA DEI DEPUTATI (SERVIZIO STUDI), *“Società a Partecipazione Pubblica”* (14 Febbraio 2020), Amministrazione e Controllo delle Società a Partecipazione Pubblica.

CAMPOFILONI F., *“Interesse pubblico e causa societaria: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse”* in F. Fimmanò, A. Catricalà, *“Le Società Pubbliche”* (Universitas Mercatorum Press, ed. II, 2017), Tomo I.

CANCILLA F. A., *“Società a partecipazione pubblica e controllo della Corte dei Conti”* (Ratio Iuris, 1 Marzo 2019).

CAPALBO F., *“La compliance della normativa italiana con le raccomandazioni OCSE”*, in (opera diretta da) F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli, 2017).

CERIONI F., *“Il danno erariale come effetto pregiudizievole al patrimonio dell’ente pubblico nell’art. 12 del Testo unico sulle società pubbliche: rassegna delle condotte dannose e delle connesse responsabilità”*, Convegno *“Il nuovo testo unico sulle società pubbliche”*, Corte dei conti (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, Milano, 14 novembre 2016).

CHRISTIANSEN H., OECD Corporate Governance Working Papers No. 6, *“Balancing Commercial and Non-Commercial Priorities of State-Owned Enterprises”* (2013).

CIARALLI F., *“Prime considerazioni sulla nuova disciplina della crisi d’impresa delle società pubbliche”* (Luiss Law Review n. 1/2017).

CICCHINELLI S., *“I controlli interni nella società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica”*, in (a cura di) G. Guizzi, *“La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016”* (Giuffrè Editore, 2017).

CLARICH M., *“Continuità e Discontinuità nella nuova disciplina delle Società a Partecipazione Pubblica”* in F. Capriglione, *“Liber Amicorum Guido Alpa”* (CEDAM, 2019).

CNDCEC, *“Relazione sul governo societario: criteri per il corretto monitoraggio del rischio di crisi d’impresa”*, in Ipsoa Quotidiano (Wolters Kluwer 2019) reperibile in formato digitale al link: <https://www.ipsoa.it/documents/impresa/contratti-dimpresa/quotidiano/2019/03/08/relazione-governo-societario-criteri-corretto-monitoraggio-rischio-crisi-impresa#>

COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, Codice di Autodisciplina (2020).

COMMISSARIATO STRAORDINARIO PER LA REVISIONE DELLA SPESA, *“Programma di Razionalizzazione delle Partecipate Locali”* (Roma, 7 Agosto 2014).

COMMISSIONE EUROPEA, *“Libro Verde: Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese”* (Bruxelles, 2001).

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione del 11 marzo 1998, n. COM (98) così come riportata da G. Piperata, *“La Partecipazione delle P.A. a società di capitali nel nuovo sistema della riforma”* in F. Cerioni (e altri), *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2016).

COMMISSIONE SPECIALE DEL CONSIGLIO DI STATO, Parere del 21 aprile 2016, n. 968 sullo schema di decreto recante *“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. I, Adunanza di Sezione del 20 febbraio 2019, *“L’istituto dell’in house providing”*.

CORPORATE GOVERNANCE CODE MONITORING COMMITTEE, *“Dutch corporate governance code. Principles of good corporate governance and best practice provisions”*.

CORTE DEI CONTI, Delib. n. 13/2018 della Sezione Autonomie su *“I controlli interni degli enti locali, anni 2015-2016”*.

CORTE DEI CONTI, Sezione delle Autonomie, delib. n. 29/2019, *“Gli organismi partecipati degli enti territoriali e sanitari”*.

COSMAI P., R. IOVINO, *“Il nuovo Codice degli appalti pubblici: Guida operativa al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50”* (Ipsoa, 2016), *“L’in house e le società pubbliche di progetto. Cenni e rinvio”*.

COSSU F., *“L’organo di controllo interno delle società pubbliche”*, in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, *“Le società pubbliche”* (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I.

D’ATTORE G., *“I Piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche”* in IPSOA, *“Il Fallimento e altre procedure concorsuali”*, n. 2/2018 (Wolters Kluwer 2018).

DE GIROLAMO A., *“Le finalità perseguibili dalle società pubbliche”* in R. Garofoli, A. Zoppini, *“Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica”* (Nel Diritto Editore, 2018).

DE VIVO A., L. MARTINO, *“L’organismo di vigilanza”* in (a cura di) F.M. D’Andrea, A. De Vivo, L. Martino, *“I modelli organizzativi ex. D.lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese”* (Giuffrè Editore, 2006).

EUROPEAN COMMISSION, Institutional Paper - *“State-Owned Enterprises in the EU: Lessons Learnt and Ways Forward in a Post-Crisis Context”* (EU Commission, 2016).

- FARNETI G., *“L’evoluzione del sistema delle partecipate e dei controlli della Corte dei conti”*, Azienditalia n. 12/2018.
- FAUCEGLIA G., *“Il nuovo Diritto della crisi e dell’insolvenza”*, (Giappichelli Editore, 2019).
- FIMMANÒ F., CATRICALÀ A., *“Le Società Pubbliche”* (Universitas Mercatorum Press, ed. II, 2017), Tomo I.
- FIMMANÒ F., *“Insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento”* in (a cura di) F. Fimmanò, A. Catricalà *“Le società pubbliche”* (Universitas Mercatorum Press 2017), Tomo II.
- FRIGNANI A., P. GROSSO, *“L’organismo di controllo, sua composizione e problematiche”*, in (a cura di) C. Monesi, *“I modelli organizzativi ex. D.lgs. n. 231/2001”*.
- FURGIELE L., *“I controlli interni nella società per azioni a partecipazione pubblica”*, in (a cura di) G. Guizzi, *“La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016”* (Giuffrè Editore, 2017).
- GALLETTI D., *“I modelli organizzativi nel D.lgs. N 231/2001: le implicazioni per la corporate governance”* in *Rivista 231* n. 3, (2006).
- GAROFOLI R., ZOPPINI A., *“Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica”* (Nel Diritto Editore, 2018).
- GELMINI L., *“Piani contro la corruzione, modelli organizzativi e whistleblowing: l’esperienza italiana”* (Universitas Studiorum, 2018).
- GIANNOTTI V., PANATO M., SPEROTTO N., *“Il regime dei contratti esclusi e il partenariato pubblico-privato: Guida operativa al D.Lgs. 18 aprile 2106, n. 50”* (Ipsosa, 2016), *“Affidamenti in house e società pubblica di progetto”*.
- GIUSTI C. A., *“La corporate governance delle società a partecipazione pubblica: profili civilistici e di diritto comparato”* (Giappichelli Editore, 2018).
- GOISIS F. E CODAZZI E., *“Crisi d’Impresa di società a partecipazione pubblica”* in F. Cerioni (e altri), *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2016).
- GRASSO A., *“Le Società a Partecipazione Pubblica in Italia”* in F. Cerioni (e altri), *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2016).

- GUIZZI G., ROSSI M., *“La crisi di società a partecipazione pubblica”* in R. Garofoli, A. Zoppini, *“Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica”* (Nel Diritto Editore, 2018).
- HAFFNER R. C. G., BERDEN K. G., *“Reforming Public Enterprises - Case Studies: the Netherlands”*, (Erasmus University, 1998).
- HAGEDOORN R., HERMU M., *“Integrity in public administration Responsibilities of the Minister of the Interior and Kingdom Relations”* in L. Huberts, A. Hoekstra *“Integrity management in the public sector - The Dutch approach”* (BIOS, Den Haag, 2016).
- HOEKSTRA A., ZWEEGERS M., *“The Dutch National Integrity Office: Supporting public integrity”* in L. Huberts, A. Hoekstra *“Integrity management in the public sector - The Dutch approach”* (BIOS, Den Haag, 2016).
- HOENDERKAMP E., *“Criminal investigation, first aid for administrative mishaps”* in L. Huberts, A. Hoekstra *“Integrity management in the public sector - The Dutch approach”* (BIOS, Den Haag, 2016).
- HUBERTS L., HOEKSTRA A., GAISBAUER I., *“Integrity and integrity management in the Netherlands. Describing the scene, definitions, strategies and developments”* in L. Huberts, A. Hoekstra *“Integrity management in the public sector - The Dutch approach”* (BIOS, Den Haag, 2016).
- INGENITO C., *“La corporate governance delle società pubbliche”* in [“federalismi.it](http://federalismi.it) - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo”, n. 6/2018.
- INTERNATIONAL PUBLIC SECTOR ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IPSASB), *“Recommended Practice Guideline n. 3/2015”*
- LAMBOO T., DE JONG J., *“Monitoring integrity. The development of an integral integrity monitor for public administration in the Netherlands”* in L. Huberts, A. Hoekstra *“Integrity management in the public sector - The Dutch approach”* (BIOS, Den Haag, 2016).
- LIBERTINI M., *“I principi fondamentali sull’organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)”* in [“federalismi.it](http://federalismi.it) - Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo”, n. 2/2016.
- LOYENS K., VANDEKERCKHOVE W., *“The Dutch Whistleblowers Authority in an international perspective: a comparative study”* (USBO advies, 2018).
- LUBERTI A., *“I controlli della Corte dei conti sulle società pubbliche”* in F. Cerioni (e altri), *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2016).

- MANCA M. C., *“Affidamenti diretti in house, i controlli dell'organo di revisione in relazione alle linee guida Anac”* (Il Sole 24 Ore – Enti Locali & PA, 24 Gennaio 2020).
- MATTARELLA B.G., *Presentazione*, in F. Cerioni (e altri), *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2016).
- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE (STRUTTURA DI MONITORAGGIO E CONTROLLO), *“Orientamento”* (28 Maggio 2018).
- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *“Direttiva sulla separazione contabile”* reperibile al link: http://www.dt.mef.gov.it/it/news/2019/direttiva_contabile.html
- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *“Nota Illustrativa della Direttiva sulla separazione contabile”* (http://www.dt.mef.gov.it/it/news/2019/direttiva_contabile.html).
- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *“Partecipazioni dello Stato”*. Il report è visionabile sul sito: <http://www.mef.gov.it/ministero/struttura/societa-partecipate.html>
- MINISTERO PER LA SEMPLIFICAZIONE E LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, Circolare n. 6 del 4 Dicembre 2014.
- MONTALENTI P., *“Impresa, società di capitali, mercati finanziari”*, (Giappichelli Editore, 2017).
- MONTALENTI P., *“La Gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale”* (RDS, 2011).
- NARDUCCI R., *“Le società a Partecipazione Pubblica - il Testo Unico”*, Guida Normativa per l'Amministrazione Locale 2019 (Area I – “Gli Ordinamenti delle Autonomie”).
- NATIONAL COURT OF AUDIT (ALGEMENE REKENKAMER), *“The State as Public Shareholder - On the management of State-owned enterprises”* (2015).
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *“Financing State-Owned Enterprises. An Overview of National Practices: An Overview of National Practices”* (2014).
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *“Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises”*, 2005, reperibile su www.oecd.org.

- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *“Ownership and Governance of State-Owned Enterprises A-Compendium of National Practices”* (2018).
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), Recommendation of the Council on Guidelines on Anti-Corruption and Integrity in State-Owned Enterprises, *“Promote internal controls, ethics and compliance measures in state-owned enterprises”* (adopted on: 22/05/2019).
- PICARDI L., *“Strutture e Principi di Governance”*, in (a cura di) G. Guizzi, *“La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. 175/2016”* (Giuffrè Editore, 2017).
- PIPERATA G., *“La Partecipazione delle P.A. a società di capitali nel nuovo sistema della riforma”* in F. Cerioni (e altri), *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2016).
- POLICE A., *“Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma”* (Maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it)
- POLITO M. T., *“Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti”* in (a cura di) F. Fimmanò e A. Catricalà, *“Le società pubbliche”* (Universitas Mercatorum Press, 2017), Tomo I.
- PREVITALI P., CERCHIELLO P., *“The determinants of whistleblowing in public administrations: an analysis conducted in Italian health organizations, universities, and municipalities”* Public Management Review (2018), 20:11, 1683-1701, DOI: 10.1080/14719037.2017.1417468.
- PRICE WATERHOUSE AND COOPERS, *“Internal Auditing nelle società quotate - Approfondimenti sull’informativa fornita al mercato”*.
- RICHTER M. S. JR, *“I “Controlli” nelle Società a Partecipazione Pubblica”* (Estratto), Rivista delle Società (Anno LXIII Fasc. 5-6 – 2018).
- RIGANTI F., *“I controlli interni nelle società pubbliche”* in F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli Editore, 2017).
- ROHDE-LIEBENAU B., *“Country Report: The Kingdom of the Netherlands. Providing an Alternative to Silence: Toward Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU.”* in (a cura di) G. Thüsing, G. Forst, *“Whistleblowing - A Comparative Study”* (Springer 2016).
- ROSSANO D., *“I controlli nelle società pubbliche”* in “federalismi.it, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo” – Ottobre 2018.

- RUGANTI A., *“I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 Novembre 2017 n. 179”* in *“La legislazione penale”* (3 Dicembre 2018).
- SARCONE V., *“L’applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e sulla tutela della trasparenza (l. n. 190/2012 e decreti attuativi) alle società pubbliche”* in (a cura di) F. Cerioni, *“Le società pubbliche nel Testo Unico”* (Giuffrè Editore, 2017).
- SCAROINA E., *“Specialità del modello organizzativo per la prevenzione dei reati”* in (opera diretta da) F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli, 2017).
- SCHLITZER E.F., *“L’oscillante ambito della giurisdizione contabile sulle S.p.A. partecipate pubbliche”* (articolo reperibile su: www.cortedeiconti.it).
- SCIARRA E., *“L’insolvenza delle società partecipate a un anno dal T.U.”* (*“Aperta Contrada”*, 2017).
- SGARRA M., *“La “mappatura” delle aree di rischio nello sviluppo dei modelli organizzativi”* in (opera diretta da) F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli, 2017).
- STANIZZI E., *“Le Società in-house”*, in R. Garofoli, A. Zoppini, *“Manuale delle Società a Partecipazione Pubblica”* (Nel Diritto Editore, 2018).
- STRAMPELLI G., *“Il sistema dei controlli e l’organismo di vigilanza”* in F. Auletta, *“I controlli nelle società pubbliche”* (Zanichelli Editore, 2017).
- THE WORLD BANK, *“Corporate governance of state-owned enterprises: A Toolkit”*, in *“Transparency, Disclosure and Controls”* (World Bank Group, 2014).
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL - NEDERLAND, *“Whistleblowing Frameworks”* (2017).
- UIJLENBROEK J., *“Introduction”* in The Minister of the Interior and Kingdom Relations, *“The Dutch Public Service: Organisation and functioning of the government in the Netherlands, the position of civil servants and the main developments”* (Public Service Labour Affairs Directorate Ministry of the Interior and Kingdom Relations, 2016).
- URSI R., *“Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali”* (Editoriale Scientifica, 2013).

LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA

CONSIGLIO DI STATO, Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, Parere n. 968/2016.

CONSIGLIO DI STATO, sent. n. 1206 e 1207/2001.

CONSIGLIO DI STATO, sent. n. 1303/2002.

CONSIGLIO DI STATO, sent. n. 4711/2002.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, sent. n. 1555/2009.

CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, sent. 16741/2019.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, sent. *Teckal*, causa C-107/98.

D.LGS. 14/2019.

D.LGS. 155/2017 (Codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza).

D.LGS. 165/2001.

D.LGS. 175/2016 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica).

D.LGS. 231/2001.

D.LGS. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali).

D.LGS. 33/2013.

D.LGS. 50/2016, art. 5, co. 2.

D.L. 90/2014.

D.LGS. 97/2016.

GRONDWET VOOR HET KONINKRIJK DER NEDERLANDEN (Costituzione dei Paesi Bassi).

L. 15/2009.

L. 155/2017.

L. 165/2001.

L. 179/2017.

L. 190/2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione).

L. 259/1958.

LEGGE FALLIMENTARE (così come modificata dal d.l. 273/2005 convertito con legge l. 51/2001).

LEGGE SUI CONTI PUBBLICI DEI PAESI BASSI (2001).

R.D. 273/1942, così come modificato dalla l. 51/2006.

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'EMILIA-ROMAGNA (CORTE DEI CONTI), delib. n. 58/2018.

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA (CORTE DEI CONTI), delib. n. 193/2018, analizzata e commentata da G. Farneti in *"Il controllo di legalità secondo la Corte dei conti nei rapporti fra Ente locale e società partecipate"*, Azienditalia, n. 8-9, 2018.

TESTO UNICO FINANZIARIO (TUF).

TRIBUNALE DI MILANO, sent. 30382/2004.

TRIBUNALE DI ROMA, sent. 317/2004.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, sent. *Carbotermo*, C-340/04.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, sent. *Commissione CE v Germania*, C-480/06.

TRIBUNALE DI MILANO, 20 settembre 2004, così come riportato da R. Ursi, *"Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali"* (Editoriale Scientifica, 2013), pg. 256.

CORTE DI CASSAZIONE PENALE, sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699.

CORTE DI CASSAZIONE PENALE, Sez. IV, 26 Ottobre 2010 commentata da E. Scaroina, *"Specialità del modello organizzativo per la prevenzione dei reati"* in (opera diretta da) F. Auletta, *"I controlli nelle società pubbliche"* (Zanichelli, 2017).

CORTE DI CASSAZIONE PENALE, sez. II, 10 Gennaio 2011, n. 234.

CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209.

CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, sent. 30 Gennaio 2014, n. 4677.

D.M. 16 Maggio 2017.