

PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE, TRASPARENZA E MODELLO 231 NELLE SOCIETÀ IN CONTROLLO PUBBLICO «QUOTATE» E NELLE LORO PARTECIPATE

DOMENICO RUSSO, Avvocato penalista del Foro di Benevento e Presidente di Organismi di Vigilanza

Controversa e degna di attenzione è la questione attinente all'applicabilità della normativa in materia di prevenzione della corruzione (l. 190/2012) ed in materia di trasparenza (d.lgs. 33/2013) alle società «quotate» ed alle loro partecipate, dal momento che la relativa disciplina non fornisce una univoca e chiara indicazione in tal senso, ponendo all'interprete seri interrogativi aventi rilevanti ripercussioni di carattere pratico.

Le nuove Linee guida dell'ANAC in tema di Prevenzione della corruzione e Trasparenza non si applicano alle società «quotate» e a quelle da esse partecipate (eccetto il caso in cui queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche).

Una rivisitazione organica della materia da parte del Legislatore sarebbe auspicabile, al fine di evitare apparenti squilibri applicativi difficilmente comprensibili, e magari per meglio chiarire se trattasi di una precisa volontà politica, ed eventualmente per motivarla in modo più adeguato o, viceversa, per porre rimedio a tale condizione – ricordando che «ad avviso dell'Autorità e del MEF senza dubbio anche per queste società sussiste un interesse alla prevenzione della corruzione e alla promozione della trasparenza».

Il Legislatore dovrebbe intervenire in modo organico onde evitare che si compia, in nome della tutela del Pubblico Interesse, quella «eterogenesi dei fini» troppo spesso frequente nel nostro Stato di Diritto.

1. Premessa

La tematica oggetto della presente riflessione involge l'analisi dell'orientamento del Consiglio di Stato (espresso nel parere n. 1257 del 29 maggio 2017) e delle più recenti Linee guida dell'ANAC (adottate con la Delibera n. 1134 dell'8 novembre 2017), in merito al combinato disposto del d.lgs. 231/2001 (*«Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 l. 300/2000»*), della l. 190/2012 (*«Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»*) e del d.lgs. 33/2013, così come modificati, nei termini di seguito meglio specificati, dalla normativa cosiddetta «FOIA» (*«Freedom of Information Act»*) introdotta con il d.lgs. 97/2016, con particolare attenzione alla complessa e, per diversi profili, dubbia

questione relativa all'applicabilità della disciplina in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza alle società in controllo pubblico «quotate» ed a quelle da esse partecipate.

2. Prevenzione della corruzione e Trasparenza: modifiche introdotte dal d.lgs. 97/2016

Nel tentativo di offrire, con il presente scritto, un breve, ma al contempo esaustivo contributo critico alla tematica appena richiamata, giova premettere, innanzitutto, che l'ANAC, in data 17 giugno 2015, aveva pubblicato la Determinazione n. 8 recante «*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*», perseguendo in tal modo la precipua finalità di orientare i menzionati soggetti giuridici nell'applicazione della disciplina *de qua*, nonché di definire le conseguenze che ne derivavano, anche sotto il profilo organizzativo, per i soggetti interessati e per le amministrazioni di riferimento.

Successivamente al menzionato intervento dell'ANAC, con il d.lgs. 97/2016, rubricato «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della l. 190/2012, e del d.lgs. 33/2013, ai sensi dell'art. 7, l. 124/2015, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», il Legislatore ha apportato significative innovazioni alla l. 190/2012 – «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*» – ed alla disciplina in materia di trasparenza oggetto del d.lgs. 33/2013 – «*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*» – che hanno reso indispensabile, proprio in ragione del mutato quadro normativo di riferimento, una rivisitazione della Determinazione 8/2015.

Tale rivisitazione si è concretizzata nell'adozione di nuove Linee guida da parte dall'ANAC con la Delibera n.1134 dell'8.11.2017, il cui contenuto sarà oggetto di analisi più avanti.

Lo schema delle Linee guida in questione, con l'allegato «elenco degli obblighi di pubblicazione¹», è stato posto in consultazione pubblica dal 27 marzo al 26 aprile 2017, con pubblicazione sul sito dell'Autorità, al fine di acquisire contributi in vista dell'approvazione definitiva ed è stato altresì trasmesso al Consiglio di Stato che, con parere n. 1257 del 29 maggio 2017, si è espresso favorevolmente, formulando alcune osservazioni, recepite in gran parte nel corpo della delibera richiamata, della quale si dirà più dettagliatamente nel prosieguo della trattazione.

Al fine di un maggior ordine espositivo, si ritiene opportuno, a questo punto, prendere in considerazione le principali innovazioni introdotte nella disciplina in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza dal d.lgs. 97/2016.

¹ L'elenco degli obblighi di pubblicazione ha ad oggetto l'analitica ricognizione delle conseguenze applicative degli obblighi per ogni singola categoria di soggetti interessati, con specifico riferimento alla tipologia dei dati, alla norma che impone l'obbligo ed al contenuto dello stesso nonché alla cadenza temporale degli aggiornamenti richiesti.

Quest'ultimo, rubricato «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della l. 190/2012 e del d.lgs. 33/2013, ai sensi dell'art. 7, l. 124/2015, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», noto come normativa c.d. FOIA («*Freedom of Information Act*») ha introdotto, da un lato, accanto agli obblighi di pubblicazione già disciplinati dal decreto legislativo in materia di trasparenza, il nuovo accesso civico c.d. generalizzato, riconoscendo in tal modo la possibilità per chiunque di accedere alle informazioni, dati e documenti detenuti dalla pubblica amministrazione come diritto fondamentale; dall'altro, è intervenuto in relazione all'ambito soggettivo di applicazione delle normative in esame nei termini di seguito meglio precisati.

L'art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013, così come modificato dall'art. 6 della normativa di cui si discorre, in attuazione del principio della tutela preferenziale accordata all'interesse conoscitivo di tutti i membri della società civile, statuisce che «(...) chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'art. 5 *bis*²».

L'accesso civico generalizzato appena descritto si differenzia sia dall'accesso civico cd. semplice (art. 5, comma 1, d.lgs. 33/2013) che dall'accesso cd. documentale (artt. 22 e seguenti della l. 241/1990).

L'accesso civico semplice rimane circoscritto unicamente agli atti, documenti ed informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione da parte della pubblica amministrazione e costituisce un rimedio, in caso di inadempienza, alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge. Sia che si tratti di accesso civico generalizzato, sia che si tratti di accesso civico semplice, secondo quanto disposto dall'art. 5, comma 3, d.lgs. 33/2013, l'esercizio di tale diritto non è

² L'art. 5 *bis*, d.lgs. 33/2013 rubricato «*Esclusioni e limiti all'accesso civico*» statuisce quanto segue: «1. L'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:

a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;

b) la sicurezza nazionale;

c) la difesa e le questioni militari;

d) le relazioni internazionali;

e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;

f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;

g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

2. L'accesso di cui all'art. 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;

b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;

c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

3. Il diritto di cui all'art. 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, l. 241/1990.

4. Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti.

5. I limiti di cui ai commi 1 e 2 si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato. L'accesso civico non può essere negato ove, per la tutela degli interessi di cui ai commi 1 e 2, sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento.

6. Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8, d.lgs. 281/1997, adotta linee guida recanti indicazioni operative.»

sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del soggetto richiedente.

Con l'introduzione dell'accesso civico generalizzato si assiste, dunque, ad una inversione di tendenza rispetto alla precedente prospettiva che, come già evidenziato, prevedeva la possibilità di esercitare il diritto di accesso civico soltanto in via strumentale rispetto all'inadempimento degli obblighi di pubblicazione. La *novitas* introdotta dal d.lgs. 97/2016 pone al centro del sistema la libertà del privato di accedere ai dati, alle informazioni ed ai documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, sovrapponendo tale diritto di accesso al dovere di pubblicazione in analogia con quanto previsto nei sistemi giuridici caratterizzati dalla c.d. «*Freedom of Information Act*» (FOIA) che prevedono appunto il diritto all'informazione generalizzato e all'interno dei quali la trasparenza costituisce la regola generale e non l'eccezione.

Per quanto concerne, invece, l'accesso c.d. documentale, esso è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della l. 241/1990 (rubricata «*Nuove norme sul procedimento amministrativo*») ed assolve alla finalità di porre i soggetti interessati nelle condizioni di esercitare nel modo migliore possibile le facoltà (partecipative e/o oppositive o difensive) che l'ordinamento giuridico attribuisce loro in quanto titolari di posizioni giuridiche qualificate. Incombe in capo al richiedente l'onere di dimostrare di essere titolare di un «interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso».

Diversamente dalla tipologia di accesso appena descritta, l'accesso civico generalizzato, in quanto espressione del principio generale di trasparenza, può essere definito come un diritto a titolarità c.d. diffusa, dal momento che chiunque può esercitarlo, e la relativa istanza non necessita di alcuna motivazione. Infine, mentre l'accesso disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della l. 241/1990 esclude che lo stesso intenda sottoporre l'amministrazione ad un controllo generale, il diritto di accesso generalizzato, nonché quello semplice, viene riconosciuto per assolvere alla finalità di favorire delle forme diffuse di controllo sull'esercizio delle funzioni istituzionali e sull'indirizzo delle risorse pubbliche e, infine, di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

Il d.lgs. 97/2016, oltre ad aver introdotto l'appena descritto accesso civico generalizzato, ha apportato delle significative innovazioni con riferimento, innanzitutto, all'estensione dell'ambito di applicazione della normativa in materia di trasparenza. Ed invero, l'art. 3 del d.lgs. *de quo* ha modificato l'art. 2 del d.lgs. 33/2013, introducendo l'art. 2 bis rubricato «*ambito soggettivo di applicazione*» che, dopo aver riaffermato che le norme in materia di trasparenza si applicano a tutte le pubbliche amministrazioni, così come definite dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, statuisce che la disciplina di che trattasi si applica, «*in quanto compatibile*», anche a:

- a. enti pubblici economici ed ordini professionali;
- b. società in controllo pubblico come definite dal d.lgs. 175/2016, ad esclusione delle società quotate e di quelle da esse partecipate, eccetto il caso in cui queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche;
- c. associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni ed in cui la totalità

dei titolari o dei componenti dell'organo di amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

La normativa cd. FOIA è intervenuta altresì sulla disciplina in materia di prevenzione della corruzione. Ed invero, con l'art. 41 del d.lgs. 97/2016 è stato introdotto, nell'art. 1 della l. 190/2012, il comma 2 *bis*, il quale prevede che il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), che ha durata triennale e che necessita di un aggiornamento annuale, è adottato sentiti il Comitato interministeriale (ai sensi del comma 4) e la Conferenza unificata (secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 1, d.lgs. 281/1997).

Il PNA rappresenta un «atto di indirizzo» per le pubbliche amministrazioni ex art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2013, ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all'art. 2 *bis*, comma 2, d.lgs. 33/2013, per l'adozione delle misure di prevenzione della corruzione integrative rispetto a quelle adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lett. *a*); ai sensi dell'art. 1, comma 2 *bis*, l. 190/2012, «Esso, inoltre, anche in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione».

3. Il parere del Consiglio di Stato (n. 1257 del 29 maggio 2017)

Premesse, dunque, le principali innovazioni, concernenti l'oggetto del presente studio, introdotte con il d.lgs. 97/2016, è opportuno analizzare il contenuto del parere del Consiglio di Stato 1257/2017, già in precedenza menzionato.

Con nota del 29 marzo 2017, il Presidente dell'ANAC, «nella logica di fattiva cooperazione istituzionale la cui applicazione appare ormai prassi consolidata e fruttuosa», ha richiesto al Consiglio di Stato un parere, non avente natura obbligatoria, sul citato schema di Linee guida in tema di «aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici».

Il Consiglio di Stato nel parere *de quo* si è concentrato, innanzitutto, sulla natura delle Linee guida qualificandole come un atto di natura non regolamentare attraverso il quale l'autorità che le emana «chiarisce la portata applicativa e le ricadute organizzative degli adempimenti stabiliti dalla normativa (l. 190/2012 e d.lgs. 33/2013, come novellati dal d.lgs. 97/2016)» a carico dei soggetti destinatari della stessa. Nei confronti di tali menzionati soggetti, l'ANAC è titolare di una potestà di vigilanza prevista espressamente dalle seguenti disposizioni normative:

³ Ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al d.lgs. 300/1999. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

dall'art. 1, comma 2, lett. *f*), l. 190/2012 – «(...) esercita la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti»; dall'art. 1, comma 3, l. 190/2012 – «per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 2, lett. *f*), l'Autorità nazionale anticorruzione esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di cui ai commi 4 e 5 e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalle disposizioni vigenti, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati» –; e dall'art. 45, d.lgs. 33/2013 – «l'autorità nazionale anticorruzione controlla l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche e ordinando di procedere, entro un termine non superiore a trenta giorni, alla pubblicazione di dati, documenti e informazioni ai sensi del presente decreto, all'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ovvero alla rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza. 2. L'autorità nazionale anticorruzione controlla l'operato dei responsabili per la trasparenza a cui può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni. L'autorità nazionale anticorruzione può inoltre chiedere all'organismo indipendente di valutazione (OIV) ulteriori informazioni sul controllo dell'esatto adempimento degli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente».

Il Consiglio di Stato ha osservato poi, correttamente, che l'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di trasparenza, previsto dall'art. 2 *bis*, d.lgs. 33/2013 – ed al quale si fa riferimento all'art. 1, comma 2 *bis*, l. 190/2012 per individuare anche i soggetti destinatari della normativa in materia di prevenzione della corruzione – costituisce il «*nodo fondamentale*» dello schema delle Linee guida dell'ANAC.

Nel parere è stato rilevato, altresì, che il d.lgs. 97/2016 *se*, da un lato, ha favorito un coordinamento dei destinatari degli obblighi previsti prima dalla l. 190/2012 e poi dal d.lgs. 33/2013, dall'altro non li ha inseriti in un unico testo e, dal momento che non esiste una coincidenza tra i suddetti ambiti dei destinatari, le Linee guida risultano avere un ruolo fondamentale nell'apportare un contributo chiarificatore ai destinatari circa la portata applicativa delle nozioni *de quo*.

Sono stati, quindi, presi in considerazione gli «*ambiti di applicazione rilevanti*» ed *in primis* quelli relativi alla l. 190/2012 in materia di prevenzione della corruzione. Ed invero, l'art. 1, comma 2 *bis*, di detta normativa individua quali destinatari due diverse tipologie di soggetti, ossia:

1. le pubbliche amministrazioni (così come definite dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. 165/2001), ai fini dell'adozione dei relativi piani triennali di prevenzione della corruzione sulla scorta degli indirizzi forniti dal PNA adottato dall'ANAC (primo ambito di applicazione);
2. gli altri soggetti elencati dall'art. 2 *bis*, comma 2, del d.lgs. in materia di trasparenza, per l'adozione delle misure atte a prevenire la corruzione ed aventi natura integrativa rispetto a quelle adottate sulla scorta del d.lgs. 231/2001 che, secondo

quanto statuito dagli artt. 5 e 6 della normativa appena citata, consistono nell'adozione di Modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati e nell'affidamento del compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei Modelli, nonché di curare il loro aggiornamento, ad un organismo dell'ente che sia dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (secondo ambito di applicazione).

Un diverso ambito di applicazione è stato poi previsto, per i commi 15-30 dell'art. 1, l. 190/2012 (relativi a disposizioni in materia di trasparenza, con estesi obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni), dal comma 34 che fa riferimento alle pubbliche amministrazioni, agli enti pubblici nazionali, nonché alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea. Si ritiene, secondo quanto previsto nel parere del quale si discorre, che tale ambito rientri in quello previsto dall'art. 2 *bis* della disciplina in materia di trasparenza.

Il Consiglio di Stato ha passato in rassegna, successivamente, l'ambito soggettivo di applicazione di tale ultima citata normativa (d.lgs. 33/2013), disciplinato dal relativo art. 2 *bis* che:

- al comma 1 individua il primo ambito, coincidente con quello della normativa in materia di prevenzione della corruzione, ed avente ad oggetto appunto le pubbliche amministrazioni (così come definite dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001);
- al comma 2 individua altri soggetti ai quali si applica la «*medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni*» di cui al comma 1, «*in quanto compatibile*», ossia:
 - a) gli enti pubblici economici e gli ordini professionali;
 - b) le «*società in controllo pubblico*» (come definite dal d.lgs. 175/2016), da cui «*sono escluse le società quotate*», come definite dallo stesso d.lgs. 175/2016, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche;
 - c) le associazioni, le fondazioni e gli enti di diritto privato «comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni».

I descritti soggetti, rientranti nel secondo ambito di applicazione della normativa in materia di trasparenza, come osservato nel parere del Consiglio di Stato, sono «accomunati dall'essere in controllo pubblico, con non trascurabile rilevanza economica ed a carico della finanza pubblica». A tali soggetti si applicano sia gli obblighi sulla misure di prevenzione della corruzione, *ex art.* 1, comma 2, l. 190/2012, sia quelli sulla trasparenza concernenti l'intera gamma dell'organizzazione ed attività».

L'art. 2 *bis*, comma 3, d.lgs. 33/2013 prende, infine, in considerazione altri destinatari della disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni, di cui al comma 1, «in quanto compatibile» ma «limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea». Si tratta dei seguenti soggetti:

- le «*società in partecipazione pubblica*» come definite dal d.lgs. 175/2016;
- le associazioni, le fondazioni e gli enti di diritto privato, «anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici».

Per quanto concerne le misure di prevenzione della corruzione, esse, ai sensi dell'art. 1, comma 2, della l. 190/2012, non si applicano, se non su base volontaristica o sulla scorta di specifici accordi, nei confronti di tali ultime elencate categorie di soggetti; si applicano, invece, limitatamente all'attività di pubblico interesse, le disposizioni in materia di trasparenza.

Con specifico riferimento, quindi, alle società «*quoted*», giova premettere che nelle precedenti Linee guida, adottate dall'ANAC con la Determinazione 8/2015, poiché non esistevano delle disposizioni normative che differenziassero in modo espresso la posizione delle società «*quoted*», la questione relativa all'applicazione delle Linee guida medesime nei confronti di dette società era rimasta in sospeso. Si leggeva infatti che: «L'applicazione delle presenti Linee guida è sospesa per le società con azioni *quoted* e per le società con strumenti finanziari *quoted* in mercati regolamentati e per le loro controllate. Ad avviso dell'Autorità e del MEF senza dubbio anche per queste società sussiste un interesse alla prevenzione della corruzione e alla promozione della trasparenza. Poiché, tuttavia, dette società sono sottoposte ad un particolare regime giuridico, specie in materia di diffusione di informazioni, a tutela degli investitori e del funzionamento delle regole del mercato concorrenziale, le indicazioni circa la disciplina ad esse applicabile saranno oggetto di Linee guida da adottare in esito alle risultanze del tavolo di lavoro che l'A.N.A.C. e il MEF hanno avviato con la CONSOB».

Il Consiglio di Stato, al punto n. 10 del parere 1257/2017, ha rilevato che la scelta adottata dall'ANAC, nello schema delle Linee guida sottoposte a parere, di escludere, nel rispetto del chiaro dettato normativo, le società «*quoted*» e le società da esse partecipate (salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società *quoted*, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche) dal secondo ambito soggettivo di applicazione, per poi ricomprenderle nel terzo ambito (al pari dei soggetti espressamente richiamati dall'art. 2 *bis*, comma 3, della normativa in materia di trasparenza), «se apparentemente può sembrare coerente con il criterio ermeneutico testuale, lo è meno se si considera la *ratio* dell'esonero».

Nel parere, infatti, è stato evidenziato che al fine di garantire un necessario contemperamento tra gli interessi pubblici posti a fondamento della normativa anticorruzione e trasparenza e la tutela degli investitori e dei mercati finanziari, per le società *quoted* è previsto un autonomo sistema di obblighi, controlli e sanzioni; circostanza che ben potrebbe giustificare l'esonero dagli obblighi di trasparenza di cui si discorre.

Secondo lo schema delle nuove Linee guida dell'ANAC, sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, come già rappresentato, le «*società quoted*» venivano ritenute destinatarie del terzo ambito di applicazione e, nel parere di cui si discorre, il Consiglio di Stato ha rilevato che l'Autorità ha proceduto, altresì, ad effettuare una segnalazione al Parlamento ed al Governo in merito alla ritenuta incongruità dell'esenzione dal secondo ambito di applicazione (che, viceversa, qualora applicato comporterebbe, quindi, anche la completa sottoposizione alla normativa anticorruzione di cui alla l. 190/2012, ai sensi del richiamo effettuato dall'art. 1, comma 2 *bis*, della legge medesima) per le società che emettono strumenti finanziari nei mercati regolati

– oltre che per le società quotate in borsa; società che ad oggi sono ricomprese nell'esenzione in quanto l'art. 18, d.lgs. 175/2016, contiene un'ampia accezione della nozione di «*società quotata*».

Con riferimento a quest'ultimo punto, il Consiglio di Stato ha osservato che tale eventuale opzione richiederebbe, quantomeno, una motivazione più approfondita, ed ha evidenziato che, in ogni caso, sarebbe opportuno dare atto, in modo più compiuto, delle risultanze del tavolo di lavoro che l'ANAC ed il Mef hanno avviato con la Consob.

Infine, secondo il condivisibile parere del Consiglio di Stato, l'apparente esclusione della Consob dal governo della materia di cui trattasi costituirebbe evidente fonte potenziale di incoerenza sistemica e di conflitto di attribuzione, anche a livello di contenzioso giurisdizionale.

4. Le Linee guida dell'ANAC (approvate in via definitiva con Delibera n. 1134 dell'8 novembre 2017)

Le «Nuove 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», adottate dall'ANAC con la Delibera 1134/2017 dell'8 novembre 2017 e sostituenti *in toto* le precedenti (oggetto della Determinazione 8/2015), hanno recepito gran parte delle osservazioni formulate dal Consiglio di Stato nel parere appena esaminato. L'Autorità prende innanzitutto in considerazione le principali innovazioni introdotte con il d.lgs. 97/2016 costituite, come già evidenziato, dall'accesso civico cd. generalizzato, dall'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. 33/2013, con l'introduzione dell'art. 2 *bis*, ed, infine, dall'aggiunta del comma 2 *bis* all'art. 1, l. 190/2012.

In merito al diritto di accesso civico generalizzato, giova evidenziare che, sulla scorta dell'art. 2, comma 1, d.lgs. 33/2013, così come modificato dalla normativa cd. «FOIA», le norme ivi contenute sono tese a regolamentare «la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti di cui all'art. 2 *bis*, garantita, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, tramite l'accesso civico e tramite la pubblicazione di documenti».

Nelle Linee guida oggetto di analisi, l'ANAC osserva che, sulla scorta dell'appena citata disposizione normativa, le società aventi natura pubblica, nei limiti previsti dall'art. 2 *bis*, devono dare attuazione alla disciplina in materia di trasparenza, sia mediante la pubblicazione *on line* sul proprio sito *web*, sia attraverso la garanzia del diritto all'accesso ai dati ed ai documenti da esse detenuti in relazione all'organizzazione ed alle attività dalle stesse svolte.

L'accesso civico di cui si discorre, che costituisce un fondamentale strumento di trasparenza, concerne i dati ed i documenti «da non pubblicare obbligatoriamente e si applica, per le amministrazioni e per i soggetti di diritto privato in controllo pubblico, all'organizzazione e all'attività svolta, mentre per gli altri soggetti di diritto privato, come individuati all'art. 2 *bis*, comma 3, d.lgs. 33/2013, riguarda i dati e i documenti relativi alle sole attività di pubblico interesse svolte».

Nelle Linee guida adottate con la Deliberazione 1134/2017, si evidenzia che trovano applicazione le esclusioni ed i limiti previsti dall'art. 5 *bis* della normativa in

materia di trasparenza e che le società, dando attuazione alle Linee guida adottate a tal riguardo con la Delibera 1309/2016 (recante appunto «*Esclusioni e limiti all'accesso civico*»), devono operare una valutazione caso per caso relativamente alla possibilità di negare l'accesso a dati e documenti a tutela degli interessi pubblici e privati indicati dalla norma citata. Per quanto concerne gli interessi pubblici, bisognerà valutare gli interessi della società qualora la stessa eserciti un'attività di pubblico interesse; con riferimento a quelli privati, si dovrà prendere in considerazione il bilanciamento tra il diritto di accesso e la tutela degli «interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica ivi compresa la proprietà intellettuale, il diritto di autore e i segreti commerciali».

Per quanto riguarda invece l'art. 2 *bis* (rubricato «*ambito soggettivo di applicazione*») della normativa in materia di trasparenza (d.lgs. 33/2013), esso sostituisce il previgente art. 11 dello stesso decreto ed introduce una disciplina organica (avente ad oggetto gli obblighi di pubblicazione e l'accesso generalizzato) che trova applicazione nei confronti di tutte le pubbliche amministrazioni.

L'articolo citato è composto di tre commi, ed in particolare: il primo contiene la definizione di «*pubblica amministrazione*» e rinvia a tal fine all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001⁴; il secondo statuisce che la disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni, «*in quanto compatibile*⁵», venga estesa anche ad altri soggetti, di natura pubblica (enti pubblici economici ed ordini professionali) e privata (società ed altri enti di diritto privato in controllo pubblico); infine, il terzo comma, introduce una disciplina differenziata per gli enti di diritto privato (società partecipate ed altri enti) in relazione alla loro attività di pubblico interesse. Dunque, nelle nuove Linee guida dell'ANAC viene sostanzialmente confermata la distinzione, già prevista nella Determinazione 8/2015, tra enti di diritto privato in controllo pubblico «tenuti alla trasparenza tanto relativamente alla loro organizzazione quanto relativamente al complesso delle attività svolte» ed altri enti di diritto privato non in controllo pubblico che sono invece «tenuti alla trasparenza solo relativamente alle attività di pubblico interesse svolte».

Nella Deliberazione 1134/2017, oggetto di analisi, si ribadisce che la trasparenza, della quale si intende appunto specificare l'ambito di applicazione, è sia quella che si concretizza nella pubblicazione sui relativi siti *web* dei dati e dei documenti per i quali è prevista la pubblicazione obbligatoria, che quella che si esplica nel diritto di accesso civico generalizzato del quale si è già detto.

Con riferimento, invece, all'innovazione legislativa apportata alla normativa in materia di prevenzione della corruzione, l'art. 41, d.lgs. 97/2016, ha aggiunto all'art. 1, l. 190/2012, il comma 2 *bis*, il quale statuisce che sia le pubbliche amministrazioni che «gli altri soggetti di cui all'art. 2 *bis*, comma 2, d.lgs. 33/2013» sono destinatari delle

⁴ Art.1, comma 2, d.lgs. 165/2001: «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al d.lgs. 300/1999. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

⁵ Nelle Linee guida 1134/2017 si osserva sul punto che «ad avviso dell'Autorità, tale compatibilità non deve, quindi, essere esaminata caso per caso ma va valutata in relazione alle diverse categorie, anche alla luce del potere di precisazione degli obblighi di pubblicazione attribuiti all'Autorità, ai sensi del d.lgs. 33/2013, art. 3, comma 1 *ter*».

indicazioni previste dal PNA, ma con una rilevante differenza consistente nel fatto che mentre le prime sono tenute ad adottare un vero e proprio piano triennale per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza, i secondi devono invece porre in essere delle «misure integrative di quelle adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001». A tal riguardo, nel testo delle Linee guida viene evidenziato come tale *novitas* legislativa oggetto di analisi rappresenti una «conferma della distinzione già operata dalla determinazione n. 8/2015 dell'Autorità, secondo la quale solo gli enti di diritto privato in controllo pubblico sono tenuti ad adottare le misure integrative del 'Modello 231', mentre gli enti di diritto privato, società partecipate o altri enti di cui all'art. 2 *bis*, comma 3, non hanno gli stessi obblighi».

L'ANAC, nelle Linee guida di cui si discorre, osserva poi che, al fine di individuare con maggiore precisione l'ambito di applicazione della normativa in relazione ai soggetti ai quali fa riferimento l'art. 2 *bis* (della l. 190/2012), «come peraltro richiesto dal Consiglio di Stato nel parere citato (punto 6)», in merito all'adozione delle misure atte a prevenire il fenomeno corruttivo, sia necessario distinguere tre diverse tipologie di soggetti, vale a dire:

- le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, che adottano il Piano di prevenzione della corruzione e della trasparenza;
- i soggetti di cui all'art. 2 *bis*, comma 2, del d.lgs. in materia di trasparenza, che devono adottare misure integrative rispetto a quelle adottate ai sensi del d.lgs. 231/2001;
- i soggetti individuati dall'art. 2 *bis*, comma 3, d.lgs. 33/2013, che sono invece esclusi dall'ambito di applicazione delle misure di prevenzione della corruzione diverse dalla trasparenza.

Con riferimento particolare all'oggetto del presente approfondimento, si può evidenziare, con chiarezza, che l'ANAC, con la Delibera n. 1134 dell'8 novembre 2017, «ha ritenuto opportuno, in considerazione delle indicazioni contenute nel parere del Consiglio di Stato (punto 10), svolgere, unitamente al Ministero dell'economia e delle finanze e alla Commissione nazionale per le società e la borsa, un ulteriore approfondimento sulla disciplina applicabile alle società pubbliche quotate, come definiti dall'art. 18, d.lgs. 175/2016, già sottoposte a un sistema di obblighi e di sanzioni autonomo, e pertanto espungere, in attesa degli esiti dell'approfondimento, la parte dello schema di Linee guida riguardante le società quotate», e che, pertanto, le nuove Linee guida in tema di Prevenzione della corruzione e Trasparenza non si applicano alle società «quotate» e a quelle da esse partecipate (eccetto il caso in cui queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche).

5. Il Modello 231 tra Prevenzione della corruzione e Trasparenza nelle società in controllo pubblico «quotate» e nelle società da esse partecipate

Per quanto concerne le possibili interazioni tra la normativa di cui al d.lgs. 231/2001 e quelle in materia di prevenzione della corruzione (l. 190/2012) e di trasparenza (d.lgs. 33/2013), con specifico riferimento alle società in controllo pubblico «quotate» ed alle società da esse partecipate («salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche»), dato che la esclusione dell'applicabilità di entrambe le citate normative

risulta in modo chiaro dalla lettura dei più volte menzionati articoli che si occupano della definizione degli ambiti soggettivi di applicazione (come correttamente sostenuto dal Consiglio di Stato ed infine condiviso, seppur con evidenti riserve, dall'ANAC), si può affermare, sul piano pratico, che alcuna modifica o integrazione ai Modelli 231, vigenti in tali società, sarà necessaria.

Tuttavia, secondo il primo orientamento dell'ANAC, espresso nello schema di Linee guida trasmesso al Consiglio di Stato, in coerenza con quanto già sostenuto in precedenza, le società «quotate» e le loro partecipate sarebbero dovute rientrare nel novero delle «*società in partecipazione pubblica*» di cui all'art. 2 *bis*, comma 3, della normativa in materia di trasparenza.

Tale ultima norma statuisce che la medesima disciplina applicabile nei confronti delle pubbliche amministrazioni (che costituiscono oggetto dello stesso art. 2 *bis*, comma 1), in quanto compatibile e «limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea» trova applicazione, oltre che nei confronti di una serie di soggetti di diritto privato analiticamente indicati (associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici), anche nei confronti di dette società come definite dal d.lgs. emanato in attuazione dell'art. 18, della l. 124/2015. A tal riguardo giova evidenziare che ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *n*), d.lgs. 175/2016 per «società a partecipazione pubblica» devono intendersi le «società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico».

A dette società, come osservato anche dall'ANAC nella Delibera 1134/2017, diversamente rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. 33/2013 di cui si è appena detto, il legislatore non fa alcun riferimento ai fini dell'applicazione della l. 190/2012 in materia di prevenzione della corruzione. Tuttavia nelle Linee guida in questione si rileva che, anche se le società in partecipazione pubblica non sono espressamente individuate come destinatarie della disciplina anticorruzione, le pubbliche amministrazioni partecipanti devono promuovere l'adozione del «Modello 231». L'Autorità evidenzia altresì la necessità che tale Modello di organizzazione e gestione sia «integrato, preferibilmente in una sezione apposita, con misure di organizzazione e gestione» idonee a prevenire, nelle attività poste in essere dalle società di cui si discorre, fattispecie corruttive a danno della società e della pubblica amministrazione in ossequio ai principi previsti dalla l. 190/2012 in materia di prevenzione della corruzione. Nelle Linee guida di cui alla Determinazione sopra citata si osserva poi che «qualora le società non abbiano adottato un 'Modello 231', resta comunque ferma la possibilità, anche su indicazione delle amministrazioni partecipanti, di programmare misure organizzative ai fini di prevenzione della corruzione *ex l. 190/2012*».

Per quanto concerne la figura del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, l'ANAC evidenzia che le società a partecipazione pubblica non di controllo non devono provvedere alla nomina dello stesso «potendo comunque individuare tale figura nell'esercizio dei propri poteri di autonomia, preferibilmente nel rispetto delle indicazioni fornite nelle presenti Linee guida». In tal senso, le suddette società, secondo quanto previsto nella Determinazione oggetto di analisi, devono prevedere al loro interno una funzione di controllo e di monitoraggio degli obblighi di pubblicazione, anche per dimostrare l'avvenuto rispetto degli stessi. Tale

ultima funzione viene attribuita preferibilmente all'Organismo di Vigilanza, «ferme restando le scelte organizzative interne ritenute più idonee, tenuto conto dell'esigenza di limitare gli oneri organizzativi e di semplificare e di valorizzare i sistemi di controllo già esistenti».

Si ribadisce che quanto appena illustrato, allo stato, anche secondo l'orientamento ufficiale dell'ANAC, non riguarda le società in controllo pubblico «quotate» e le società da esse partecipate («salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche»).

6. Conclusioni: limiti di applicazione, tra contrasti interpretativi e auspicati interventi legislativi

Controversa e degna di attenzione è, quindi, la questione attinente all'applicabilità della normativa in materia di prevenzione della corruzione (l. 190/2012) ed in materia di trasparenza (d.lgs. 33/2013) alle società «quotate» ed alle loro partecipate, dal momento che la relativa disciplina non fornisce una univoca e chiara indicazione in tal senso, ponendo all'interprete seri interrogativi aventi rilevanti ripercussioni di carattere pratico.

Innanzitutto l'art. 2 *bis*, comma 2, lett. *b*), d.lgs. 33/2013, nello statuire che la relativa disciplina si applica «alle società in controllo pubblico come definite dall'art. 2, comma 1, lett. *m*) d.lgs. 175/2016⁶», prevede l'esclusione delle «società quotate come definite dall'art. 2, comma 1, lett. *p*) dello stesso decreto legislativo, nonché delle società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche».

La nozione di «società quotata» diventa dunque indispensabile al fine di delimitare l'ambito di esclusione dall'applicazione della normativa *de quo*. A tal riguardo, giova rilevare che per «società quotata» ai sensi dell' art. 1, comma 2, lett. *p*), d.lgs. 175/2001, si intendono le «società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati» nonché le «società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati».

Sul concetto di «mercato regolamentato», necessario per la definizione di «società quotata» appena richiamata, si è recentemente espresso il Ministero dell'economia e delle finanze (Mef). Ed invero, con orientamento emesso, ai sensi dell'art. 15, comma 2, d.lgs. 175/2016, in data 22 giugno 2018, il suddetto Ministero ha evidenziato che, poiché non esiste una espressa definizione di «mercato regolamentato» nel Testo Unico in materia di società pubbliche, bisogna adoperare la relativa nozione prevista dal d.lgs. 58/1998 («Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria»), in ragione del ruolo centrale rivestito da tale Testo Unico all'interno del sistema delle fonti in materia di finanza e di intermediazione finanziaria. Dunque, per «mercato regolamentato», ai sensi dell'art. 1, lett. *w ter*), del suddetto d.lgs., deve intendersi il «sistema multilaterale amministrativo e/o gestito da un gestore del mercato, che

⁶ Per «società in controllo pubblico», ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *m*), d.lgs. 175/2016, devono intendersi «le società in cui una o più amministrazioni esercitano poteri di controllo ai sensi della lett. *b*)» vale a dire la situazione prevista dall'art. 2359 c.c. nonché l'ipotesi in cui «in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo».

consente o facilita l'incontro, al suo interno e in base alle sue regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti relativi a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione conformemente alle sue regole e/o ai suoi sistemi, e che è autorizzato e funziona regolarmente e conformemente alla parte III».

Tanto premesso, dalla disposizione normativa sopra richiamata [art. 2 *bis*, comma 1, lett. *b*), d.lgs. 33/2013] emerge che, con specifico riferimento alla disciplina in materia di trasparenza, è espressamente prevista l'esclusione dell'applicabilità della stessa nei confronti delle società «quotate» (così come definite dalla normativa appena richiamata) nonché nei confronti delle società da esse partecipate. L'esclusione non opera, invece, nel caso in cui le società partecipate siano controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche ma non per il tramite di società quotate.

Con riferimento, invece, alle misure di prevenzione della corruzione diverse dalla trasparenza, l'art. 1, comma 2 *bis*, l. 190/2012, prevede che sia le pubbliche amministrazioni che i soggetti individuati dall'art. 2 *bis*, comma 2, d.lgs. 33/2013 siano destinatari delle indicazioni contenute nel piano nazionale anticorruzione. Tale riferimento ai soggetti indicati dall'art. 2 *bis* della normativa in materia di trasparenza, implicitamente, determinerebbe l'esclusione delle società «quotate» e delle società da esse partecipate (sempre «salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche») anche dall'applicabilità della normativa in materia di prevenzione della corruzione.

Se dalla lettura dell'art. 2 *bis*, comma 2, del d.lgs. 33/2013 appare chiara l'esclusione dall'applicabilità della relativa normativa alle società «quotate» e a quelle da esse partecipate («salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche»), l'analisi del prosieguo della citata disposizione normativa (comma 3) pone dei dubbi interpretativi, considerata la disciplina in materia di trasparenza prevista per le «*società in partecipazione pubblica*» così come definite dal d.lgs. emanato in attuazione dell'art. 18, l. 124/2015.

Ed invero, l'art. 2 *bis*, comma 3, statuisce che «la medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18, l. 124/2015, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici».

Giova rilevare che le Linee guida dell'ANAC (adottate con la Delibera 1134/2017) forniscono delle indicazioni in merito al contenuto della locuzione «attività di pubblico interesse»; tali indicazioni appaiono riferibili ai soggetti di diritto privato (vale a dire le associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica), richiamati nella disposizione normativa testualmente citata, dal momento che rispetto agli stessi, più che rispetto alle società «in partecipazione pubblica», si pone la necessità di fornire una definizione di tale attività (anche in ragione della delimitazione rispetto a quella di natura privatistica da essi ordinariamente svolta).

A tal riguardo, nella determinazione *de quo* si legge che per «*attività di pubblico interesse*» devono intendersi:

a) «*le attività di esercizio di funzioni amministrative*»;

- b) «*le attività di servizio pubblico*» comprendenti sia i servizi di interesse generale che quelli di interesse economico generale;
- c) «*le attività di produzione di beni e servizi rese a favore dell'amministrazione strumentali al perseguimento delle proprie finalità istituzionali*».

Nelle Linee guida di cui si discorre si evidenzia altresì che «sono certamente di pubblico interesse le attività così qualificate da una norma di legge o dagli atti costitutivi e dagli statuti degli enti e delle società, nonché quelle demandate in virtù del contratto di servizio ovvero affidate direttamente dalla legge».

Ritornando all'analisi relativa alle società a partecipazione pubblica di cui all' art. 2 *bis*, comma 3, nella cui categoria secondo il primo orientamento dell'ANAC sarebbero dovute rientrare a maggior ragione le società in controllo pubblico (comprese quelle «*quoted*» in quanto, a differenza del precedente comma, non espressamente escluse), preme rilevare che, proprio in ragione della natura stessa di dette società, appare ben più complesso individuare all'interno delle medesime l'esistenza di una sfera di attività che non sia qualificabile come «*di pubblico interesse*». Dunque, l'attuale formulazione dell'art. 2 *bis*, a voler seguire il primo orientamento dell'ANAC (poi espunto), avrebbe dato luogo ad una possibile sovrapposizione tra quanto previsto dai commi 2 e 3, con la conseguenza che l'esclusione prevista dalla lett. *b*), del comma 2, sarebbe venuta di fatto meno e le società di cui si discorre sarebbero state sottoposte, per gran parte delle loro attività, alla disciplina in materia di trasparenza.

Secondo la precedente opinione dell'ANAC, come già detto, al momento sospesa in attesa degli esiti dell'approfondimento, anche le società in controllo pubblico «*quoted*», e le loro partecipate, avrebbero dovuto rispettare la normativa in materia di «trasparenza» limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse.

Ad avviso del Consiglio di Stato, invece, questa interpretazione non è risultata coerente con la volontà sistemica espressa dal Legislatore e sarebbe auspicabile, quindi, un intervento chiarificatore anche alla luce delle risultanze del tavolo tecnico tra ANAC, Mef e Consob.

Effettivamente, sul punto, da una attenta lettura dei commi 2 e 3 dell'art. 2 *bis*, d.lgs. 33/2013, con riferimento alle società in controllo pubblico «*quoted*» e alle loro partecipate («salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società *quoted*, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche»), sembrerebbe chiaro l'intento del Legislatore, nel comma 2, di volere esentare queste categorie, per i motivi in precedenza già richiamati, e di non riferirsi alle medesime categorie di cui al comma 3, bensì ad altre espressamente richiamate.

Pertanto, la precedente interpretazione estensiva dell'ANAC sul punto, che riterrebbe la categoria delle società in controllo pubblico «*quoted*» e delle loro partecipate («salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società *quoted*, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche») di cui al comma 2 rientranti in quelle del comma 3, seppur limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse, tenuto anche conto che in alcuni casi la sovrapposizione potrebbe essere pressoché totale, genera diversi dubbi, in quanto le società «*quoted*» sono soggette a stringenti obblighi di «*disclosure*», previsti nell'interesse degli investitori e del mercato, e la divulgazione dei dati sarebbe potenzialmente dannosa e potrebbe influenzare l'andamento del titolo sul mercato con effetti incidenti sulla quotazione e sul *rating* della società; inoltre, si introdurrebbe una discriminazione tra società *quoted*, in quanto solo quelle non a capitale pubblico sarebbero esenti da vincoli, con ripercussioni sulla concorrenza nei mercati di riferimento.

Ulteriore riflessione concerne, invece, la segnalazione dell'ANAC al Parlamento ed al Governo in merito alla attuale parificazione tra società «quotate» e società che hanno semplicemente emesso strumenti finanziari in mercati regolati. In quest'ultimo caso ad avviso dell'ANAC, evidentemente, il bilanciamento tra la tutela degli investitori e della stabilità dei mercati finanziari e quella degli interessi pubblici sottesi alla normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza dovrebbe propendere per la seconda categoria.

In attesa di una risposta del Legislatore, a titolo meramente esemplificativo, si registra che a fronte della emissione, prima della data del 31 dicembre 2015, di strumenti finanziari diversi dalle azioni (obbligazioni) quotati in mercati regolamentati, una delle più grandi ed importanti aziende di Stato (Ferrovie dello Stato Italiane SpA) e tutte le sue partecipate, tra cui oggi è possibile annoverare anche un altro colosso di Stato (A.N.A.S. SpA) con le rispettive partecipate, a cascata, sono esenti dall'applicazione della normativa anticorruzione e della normativa sulla trasparenza.

Al fine di porre in essere una compiuta analisi di quanto sopra illustrato, sarà indispensabile tenere sempre ben presente che la diffusione di informazioni relative alle società emittenti azioni od obbligazioni è disciplinata dalla normativa europea e nazionale che impone precisi obblighi verso gli investitori ed il mercato.

Il compito di controllare la corretta applicazione di tali norme è affidato alla Consob.

Invero, il Regolamento dell'Unione Europea n. 596 del 16 aprile 2014 (cd. «MAR» vale a dire «*Market abuse regulation*») all'art. 13 (rubricato «*prassi di mercato ammesse*») disciplina la corretta «*disclosure*» delle informazioni relative alle società che emettono azioni od obbligazioni per evitare abusi di mercato, anche penalmente rilevanti.

Difatti, con l'emissione di strumenti finanziari, la società pubblica assume la qualificazione (condivisa con soggetti tipicamente finanziari ai sensi dell'art. 16, d.lgs. 39/2010) di «ente di interesse pubblico» e, a tutela dei risparmiatori e degli investitori, viene sottoposta ad una disciplina diversa rispetto a quella alla quale era assoggettata prima dell'emissione di azioni od obbligazioni.

In particolare, il citato Regolamento dell'Unione Europea n. 596 del 16 aprile 2014 legittima il ritardo nella diffusione di notizie incomplete e potenzialmente distorsive dell'andamento del titolo (azione o obbligazione), in netto contrasto con la disciplina dell'accesso generalizzato, la quale prevede che chiunque abbia il diritto di acquisire e di diffondere informazioni relative all'attività di interesse pubblico.

È opportuno evidenziare, infine, che, secondo la Consob (relazione illustrativa del 6 aprile 2017), la disciplina in materia di informazioni privilegiate deve trovare applicazione anche nei confronti delle società controllate dalle società emittenti strumenti finanziari, in quanto: «le notizie relative alle società controllate possono riverberarsi nella sfera giuridica dell'emittente, incidendo direttamente su di essa, e, dunque, possono assumere carattere privilegiato per l'emittente controllante (in quanto riguardanti «direttamente» il medesimo emittente)».

Sarebbe fuorviante, nell'ambito di un ragionamento volto alla riorganizzazione della materia, non avere presente, con chiarezza, il ruolo ed il compito della Consob. La «Commissione nazionale per le società e la Borsa», nell'aver ampio controllo sulla «*governance*» delle società sottoposte alla sua vigilanza, inevitabilmente svolge una incisiva attività di prevenzione della corruzione o almeno detiene, sicuramente, il potere per farlo. Inoltre, in tal senso, i protocolli in materia tra Consob ed ANAC sono diversi ed in continuo aggiornamento. Allora, immaginare che in assenza del controllo

dell'ANAC si aprano praterie per la pratica di attività illecite sarebbe un errore di valutazione tanto grossolano quanto fuorviante. Piuttosto, più che inserire diversi «controllori» come presidio di legalità, sarebbe forse preferibile distinguere, con maggiore nettezza, i diversi campi di competenza e di azione degli stessi, con la conseguente assegnazione di sempre più precisi doveri e responsabilità (unitamente ad adeguati mezzi e risorse). Semplificare e non complicare, perché le complicazioni rendono più farraginosi i controlli e rallentano lo svolgimento delle attività di impresa, donando, allo stesso tempo, quel terreno tanto fertile per la corruzione della gestione della «*res publica*».

Insomma, si può affermare che una rivisitazione organica della materia da parte del Legislatore sarebbe auspicabile al fine di sgombrare il campo da apparenti squilibri applicativi, difficilmente comprensibili, e per meglio chiarire e motivare la volontà del «potere politico» (che probabilmente, a sua volta, dovrebbe prima chiarirsi al proprio interno), ponendo, in tal modo, rimedio alla nebbiosa condizione dell'attuale stato di cose – ricordando che *«ad avviso dell'Autorità e del MEF senza dubbio anche per queste società sussiste un interesse alla prevenzione della corruzione e alla promozione della trasparenza»*.

In conclusione, il Legislatore dovrebbe intervenire in modo organico onde evitare che si compia, in nome della tutela del Pubblico Interesse, quella «eterogenesi dei fini» troppo spesso frequente nel nostro Stato di Diritto.

