

Raffaella Dagostino

Nuovi percorsi di ibridazione fra pubblico e privato: dai modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001 ai piani per la prevenzione della corruzione nella PA

1. [IL BENE È IL FINE]

Comunemente si ammette che ogni arte esercitata con metodo, e, parimenti ogni azione compiuta in base a una scelta, mirino ad un bene: perciò a ragione si è affermato che il bene è “ciò cui ogni cosa tende”. Ma tra i fini c'è un'evidente differenza: alcuni infatti sono attività, altri sono opere che da esse derivano. Quando ci sono dei fini al di là delle azioni, le opere sono per natura di maggior valore delle attività.

Aristotele, Etica Nicomachea, Libro I, [1094a, 5]

9. [ETICA E POLITICA]

Quindi, per quanto riguarda la virtù non è sufficiente il sapere, ma dobbiamo sforzarci di possederla e metterla in pratica, o cercare qualche altro modo, se c'è, per diventare uomini buoni.

Aristotele, Etica Nicomachea, Libro I, [1179b, 35]

Perché dubiti che il termine [κατέχων] si attagli perfettamente anche alla vita pubblica?
Non parliamo forse di *officium* dei consoli, del Senato, di un generale?

Cicerone, Lettere ad Attico, XVI, 14, 3

SOMMARIO: 1. La prevenzione del rischio corruzione nella pubblica amministrazione e negli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001: le ragioni di un'indagine comparata fra i due modelli – 2. La responsabilità da reato degli enti privati ex d.lgs. n. 231/2001: la rilevanza dei modelli organizzativi – 3. Dalla repressione alla prevenzione del rischio di reato: una logica comune in contesti eterogenei – 4. Strumenti di gestione del rischio corruzione: l'implementazione della metodologia aziendalistica del c.d. *risk management* nella p.a. – 5. *Segue*. La costruzione dei Modelli 231 e dei PTPCT. Indicazioni metodologiche – 6. *Segue*. La simmetria esistente fra Modelli 231 e PTPCT. Effetti dell'implementazione della logica aziendalistica del c.d. *risk management* sul sistema di pianificazione organizzativa della p.a. – 7. Il valore aggiunto alla pianificazione: la mappatura dei processi organizzativi negli enti privati e nella p.a. Riflessi sulla natura giuridica del piano – 8. L'identificazione dei presidi di responsabilità interni: dalla cogenza della regola di condotta autonormata dall'ente alla responsabilità per colpa da cattiva organizzazione – 9. La

valorizzazione dei c.d. flussi informativi a garanzia della trasparenza – 10. Le aree di sovrapposizione normativa fra le due discipline e l'integrazione fra i due modelli. Profili di complessità e di criticità – 11. Dal PNA al Piano Integrato di Attività e Organizzazione (c.d. PIAO) – 12. La centralità della pianificazione organizzativa in nome dell'etica della legalità.

1. La prevenzione del rischio corruzione nella pubblica amministrazione e negli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001: le ragioni di un'indagine comparata fra i due modelli

L'esigenza di favorire il radicamento dell'etica della legalità nella conduzione dell'attività d'impresa e, al contempo, nel sistema istituzionale complessivamente considerato, ha portato il legislatore, nel corso degli ultimi vent'anni, a mettere in piedi un pervasivo sistema di prevenzione del rischio di reato basato sulla logica della pianificazione organizzativa e della trasparenza.

Nel presente lavoro s'intende condurre un'analisi comparata fra la disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche, di cui al d.lgs. n. 231/2001, e la normativa declinata in materia di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione di cui alla l. n. 190/2012¹, con lo scopo di dimostrare la forte convergenza esistente fra i c.d. modelli 231 di prevenzione del reato e i piani triennali di prevenzione della corruzione nella p.a. e, di conseguenza, la rilevanza del momento della pianificazione organizzativa.

Sebbene le due discipline presentino rilevanti differenze, quanto alla finalità perseguita, al bene giuridico tutelato e alla configurazione stessa della fattispecie giuridica, dunque, della responsabilità dell'ente e dei singoli che nell'ente o per l'ente agiscono, si cercherà di dimostrare come,

¹ È ben noto che la L. n. 190/2012 (c.d. Legge Anticorruzione) ha posto per la prima volta, nel nostro ordinamento, una disciplina organica in materia di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, in attuazione dell'art. 6 della Convenzione ONU contro la corruzione (c.d. Convenzione Merida), nonché degli artt. 20 e 21 della Convenzione Penale sulla Corruzione, predisposta nell'ambito del Consiglio di Europa e sottoscritta a Strasburgo nel 1999, individuando nell'Autorità nazionale anticorruzione (oggi ANAC, ex CIVIT) l'organo indipendente deputato allo svolgimento di tali compiti di prevenzione. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2013, 123 ss.; R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

in nome dell'etica della legalità, si assista a una tracimazione² di regole e principi³ dal settore pubblico a quello privato, da cui deriva una vera e propria con-fusione di modelli organizzativi.

Inoltre, addentrandosi nell'analisi comparata fra i due modelli e nello studio delle due materie, si giungerà altresì a dimostrare che proprio la valorizzazione della logica della prevenzione mediante la buona organizzazione porti a rivalutare fortemente il momento della pianificazione organizzativa, sia negli enti pubblici sia in quelli privati, divenendo essa assolutamente centrale per garantire forme più efficienti della funzione, o più in generale, dell'attività degli enti, a beneficio dell'intera collettività.

Più in particolare, l'indagine si focalizzerà sulla prevenzione e gestione del rischio corruzione nella pubblica amministrazione e negli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001, non solo perché questa è l'area di interferenza e, in alcuni casi, come si dirà, di vera e propria sovrapposizione normativa fra le due discipline, proprio perché trattasi di ambito oggettivo di applicazione comune ad entrambe, bensì perché la diffusione della cultura della legalità nel tessuto imprenditoriale sembra passare proprio attraverso la prevenzione di fenomeni di corruzione⁴.

Sono noti, infatti, gli studi che hanno dimostrato come i Paesi con maggiori flussi d'investimento all'estero siano in grado di esportare, ciascuno in diverso modo e con diversa intensità, corruzione nei mercati in cui operano le proprie imprese nazionali⁵.

Al contempo, è oramai ampiamente dimostrato l'effetto negativo del malgoverno amministrativo sull'economia⁶; inoltre, sempre più nitide

² Così A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, 2013, in particolare 35 ss. Più in generale sul tema si veda: S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2001, 601 ss.

³ AA.Vv., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA - F. SAIITTA (a cura di), Milano 2012; AA.Vv., *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), II° Ed., Milano 2017; AA.Vv., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III° Ed., Milano 2020.

⁴ Sull'interazione fra etica e mercato: C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

⁵ Si allude agli studi condotti da Gallup International per conto di *Transparency international* e, in particolare ai risultati derivati dall'applicazione del BribePayers Index (BPI). Sui temi: F. CENTONZE - V. DELL'OSSO, *La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1/2013, 195 ss.

⁶ Sia sufficiente leggere il rapporto Doing Business nell'Unione Europea 2020, Italia, redatto dalla Banca Mondiale e dalla Banca Internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo, consultabile al sito www.doingbusiness.org; nonché le Relazioni del 2014 della Commissione Europea al Consiglio e al Parlamento Europeo sulla lotta alla corruzione (COM/2014/038), nonché i lavori della Commissione in occasione del Semestre

appaiono le conseguenze che comportamenti corrotti o privi d'integrità amministrativa hanno sulla coesione sociale e sulla sicurezza (pubblica) sostenibile⁷, concetto quest'ultimo ormai da tempo inteso non più secondo il rigore della tradizionale concezione di derivazione liberale⁸, bensì nella più moderna accezione del concetto stesso di sovranità⁹, quale funzionalizzazione dell'autorità ai diritti della persona¹⁰.

D'altro canto, però, non si può oramai trascurare che la sostenibilità dell'intervento pubblico nel mercato è interdipendente dalla qualità delle attività amministrative svolte da soggetti privati, ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter, della L. n. 241/1990, ma ancor più dalla qualità delle attività d'interesse generale rese dai medesimi soggetti¹¹, chiamati ad operare nel settore pubblico in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, comma 4, Cost.¹², principio, indirettamente rimarcato da

Europeo per la lotta contro la corruzione, svolti nel 2018 e consultabili al sito ec.europa.eu e, ancora lo studio: Italia interrotta: Il peso della corruzione sulla crescita economica, giugno 2018, al sito www.astrid-online.it. Si veda altresì la sezione dedicata al tema: *L'impatto economico della corruzione*, in *Corruzione e pubblica amministrazione*, M. D'ALBERTI (a cura di), Napoli, 2017.

⁷ A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, cit.

⁸ V. OTTAVIANO, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in *Studi in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, ora in ID. *Scritti giuridici*, Milano 1992; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971; B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2006, 909 ss. che si sofferma sull'esistenza di una dimensione garantista, oltre che autoritativa, del diritto amministrativo; A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, cit.; AA.Vv., *Al di là del nesso fra autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, S. PERONGINI (a cura di), Torino 2017.

⁹ Sulla fragilità del concetto stesso di sovranità: L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Catanzaro 2021.

¹⁰ *Disuguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, studio pubblicato dai Direttori della rivista P.A. – Persona e amministrazione in occasione del Forum AIPDA Next Generation UE, consultabile al sito www.aipda.it.

¹¹ AA.Vv., *L'intervento pubblico nell'economia*, M. CAFAGNO - F. MANGANARO (a cura di), Firenze University Press 2016; S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma Tre Press 2019.

¹² V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà orizzontale* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XII, (aggiornamento), Roma, 2004; E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *P.A. – Persona e amministrazione*, 2/2019, 339 ss.; A. MALTONI, *Condizioni che consentono di "equiparare" un'organizzazione privata a un'organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia d'interessi pubblici "essenziali"*, in *P.A. – Persona e amministrazione*, 1/2020, 161 ss.

quello di leale collaborazione, cui debbono essere improntati i rapporti fra cittadino e amministrazione, ai sensi dell'art. 1, comma 2-*bis*, della legge n. 241/1990.

Infatti, accanto al modello di amministrazione al servizio della collettività¹³, chiamata a produrre servizi, giuridici e materiali, necessari a garantire uno sviluppo – oggi dovrebbe dirsi – intergenerazionale sostenibile¹⁴, si va rafforzando un modello di amministrazione condivisa fra pubblico e privato¹⁵, nei settori più disparati, da quello sanitario¹⁶ a quello prettamente economico¹⁷. Questo modello di co-amministrazione o di coordinamento fra pubblico e privato, valido in particolare nell'esercizio di attività private d'interesse generale, chiede al privato un notevole sforzo in termini di auto-responsabilizzazione che, come noto, gli impone il doveroso rispetto dei criteri e dei principi che governano la funzione amministrativa nell'esercizio della propria attività.

Se tuttavia è pacifico e comprensibile che il rispetto della logica della sussidiarietà orizzontale o, più in generale, l'attuazione di forme d'interazione fra diritto pubblico e privato portino, inevitabilmente, a una

¹³ C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli 2021.

¹⁴ M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2/2020, 523 ss. Sul concetto di doveri intergenerazionali, funzionali allo sviluppo sostenibile, con particolare riferimento alla tutela dell'ambiente, cfr.: AA.Vv., *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per gli Stati, imprese e individui*, P. PANTALONE (a cura di), Atti di Convegno, Università degli studi di Milano, 7 ottobre 2021, in *Il diritto dell'economia*, n. monografico, 1/2022.

¹⁵ G. ARENA, *Introduzione ai modelli di amministrazione condivisa*, 1997; ID., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1/2017, 43 ss.; ID., *L'amministrazione condivisa e i suoi sviluppi nel rapporto con i cittadini ed enti del terzo settore*, nota a sentenza a Corte Costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131, in *Giur. Cost.*, 3/2020, 1449 - 1457; C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit.; M. BOMBARDELLI, *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi: nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, C. TUBERTINI, *Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Istituzioni del federalismo*, 4/2019, 971 -994.

¹⁶ M.A. SANDULLI, *L'assistenza domiciliare integrata. Esperienze, problemi e prospettive*, Napoli 2021.

¹⁷ Basti pensare, a tal proposito, alle nuove questioni che si stanno affacciando nel panorama giuridico non solo nazionale ma anche europeo, in materia di vigilanza bancaria. Sui temi, su cui non è possibile soffermarsi in questa sede, cfr.: AA.Vv., *L'Unione bancaria Europea*, M. P. CHITI – V. SANTORO (a cura di), Pancini, 2016; M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018; A. MAGLIARI, *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo*, Università di Trento, 2020.

torsione o conformazione dell'organizzazione e dell'esercizio dell'attività dei soggetti di natura giuridica privata, in nome del perseguimento dell'interesse pubblico¹⁸, con particolare riferimento al fenomeno della prevenzione del rischio corruzione nell'esercizio dell'attività economica privata, il perseguimento di un interesse generale, ossia il contrasto a fenomeni di corruzione attraverso l'implementazione dell'etica della legalità d'impresa, ha – come si cercherà di dimostrare – riflessi di non poco momento sull'organizzazione aziendale.

E invero – lo si anticipa – l'applicazione e la corretta attuazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/01, da parte degli enti privati che ne sono destinatari, in determinate ipotesi, si sostanzia in una vera e propria chiamata in corresponsabilità dei medesimi soggetti nella prevenzione e gestione del rischio di reato, in particolare quello di corruzione.

2. La responsabilità da reato degli enti privati ex d.lgs. n. 231/2001: la rilevanza dei modelli organizzativi

Prima di addentrarsi nella presente analisi, da condurre in chiave comparata fra i due sistemi presi a riferimento, si ritiene opportuno descrivere, seppur succintamente, la disciplina della responsabilità degli enti, di cui al d.lgs. n. 231/2001, al fine di tratteggiarne gli elementi caratterizzanti che torneranno poi utili nel prosieguo della trattazione per delineare profili distintivi, ma anche assonanze, rispetto alla disciplina della prevenzione della corruzione nella p.a.

Come noto, il D. Lgs. n. 231/2001, recante la “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*”, ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa degli enti per i reati commessi, nel loro interesse o vantaggio, da soggetti che rivestono una posizione apicale nella struttura dell'ente o da soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza, superando così l'antico dogma per cui *societas delinquere non potest*¹⁹.

¹⁸ A. MALTONI, *Condizioni che consentono di “equiparare” un'organizzazione privata a un'organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia d'interessi pubblici “essenziali”*, cit.

¹⁹ C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. tim. dir. pen. economia*, 2002, 589-590; D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato”*

La riforma è stata adottata in esecuzione di disposizioni sovranazionali, fra cui possono ricordarsi: la Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee, sottoscritta a Bruxelles il 26 luglio 1995; la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 26 maggio 1997; la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, sottoscritta a Parigi il 17 settembre 1997.

L'introduzione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ha rappresentato una delle più significative riforme degli ultimi anni, avendo imposto agli stati aderenti all'Unione Europea e, pertanto, anche all'Italia, l'assunzione di omogenei mezzi di repressione e prevenzione della criminalità nel settore economico.

La necessità di tutelare e garantire la sicurezza di un mercato aperto e concorrenziale, un mercato che ha assunto ormai le caratteristiche di un mercato globale che supera i confini e i particolarismi dei singoli Stati, ha spinto la comunità internazionale, da un lato, a cercare di creare un sistema sanzionatorio delle condotte illecite omogeneo, dall'altro, a individuare specifiche responsabilità in capo alle imprese che, vere protagoniste dei traffici internazionali, hanno assunto strutture sempre più complesse per dimensioni e organizzazione.

Il coinvolgimento delle persone giuridiche, sia nella politica di prevenzione, sia nella responsabilità per le condotte dei singoli soggetti facenti parte della loro organizzazione, è sembrata essere una tappa necessaria per garantire una generale correttezza, o meglio, legalità diffusa ed eticità del e nel mercato. E invero, la responsabilità della *societas* si sostanzia in una

degli enti nell'ordinamento italiano, in *Cass. pen.*, 2006, Id., *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche* (voce), in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 447 ss.; A. FIORELLA – G. LANCELOTTI, *La responsabilità d'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004; AA.VV., *Responsabilità penale delle persone giuridiche. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, A. GIARDA - E.M. MANCUSO - G. SPANGHER - G. VARRASO (a cura di), Milano, 2007; AA.VV., *Trattato di diritto penale dell'impresa. La responsabilità da reato degli enti*, A. DI AMATO – A. D'AVIRRO (a cura di), Cedam, 2009; G. FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1249 ss.; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *diritto penale contemporaneo*, 2012; A. FIORELLA - N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità aggregata del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *diritto penale contemporaneo*, 2014; F. CENTONZE - M. MANTOVANI, *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna 2016; A. PRESUTTI - A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano 2018.

responsabilità diretta, autonoma ed eventualmente concorrente con quella dell'autore (o degli autori) dell'illecito (art. 8 d.lgs. n. 231/01).

Non a caso, nella costruzione dell'impianto normativo di cui al D.lgs. n. 231/2001 e, più specificatamente della responsabilità dell'ente, il legislatore sembra essere mosso dalla consapevolezza che il reato d'impresa affondi le proprie radici in strutture organizzative complesse; pertanto, l'obiettivo principale che si pone è quello di implementare l'adozione di regole di comportamento che orientino l'agire degli enti collettivi verso la prevenzione ragionevole del rischio-reato e, dunque, in direzione della legalità²⁰.

Il modello di responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/2001 è, infatti, basato su un sistema di colpevolezza da organizzazione che s'ispira al modello statunitense dei *compliance programs*, ideato e messo a punto nelle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, in vigore sin dal 1991²¹.

Gli enti, infatti, per fugare il rischio d'incorrere in responsabilità amministrativa da reato, sono chiamati a elaborare dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio (si veda l'art. 6 d.lgs. n. 231/2001), individuando dapprima i possibili reati, fra quelli elencati nel d.lgs. n. 231/2001, cui l'ente potrebbe essere effettivamente esposto e, di conseguenza, a mappare le attività e i processi aziendali specificatamente interessati dal fattore di rischio.

Più chiaramente: il d.lgs. n. 231/2001, all'art. 6, comma 2, lett. b), dispone che il Modello di organizzazione, gestione e controllo (c.d. Modello 231), debba prevedere specifici protocolli di condotta diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente, in relazione ai reati da prevenire.

I modelli 231, infatti, constano di una parte generale e di una parte speciale.

Nella parte generale deve essere inquadrato l'assetto organizzativo dell'ente, devono essere identificati i rischi di reato cui la *societas* è esposta e, quindi, devono essere approntate adeguate strategie per prevenirli; inoltre, deve essere individuato anche un Organismo di vigilanza, preferibilmente composto da soggetti esterni all'ente, cui compete il controllo sulla corretta attuazione del modello e il monitoraggio sulla perdurante adeguatezza del medesimo. Di poi, di non secondaria importanza, nella medesima sezione generale del Modello 231 deve essere declinato anche il codice etico

²⁰ Così specificatamente: C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, in Cass. Pen, 1/2013, 376 ss.

²¹ G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli Enti: natura giuridica e criteri oggettivi d'imputazione*, cit.

aziendale da cui traspaia la volontà e l'importanza per l'ente, di agire nel rispetto dei principi dell'etica e della legalità.

La parte speciale, invece, è il cuore pulsante del modello. Essa racchiude i c.d. protocolli di condotta che consistono nella mappatura delle attività e dei processi aziendali potenzialmente esposti a rischio rischio-reato.

Attraverso i protocolli di condotta, infatti, l'ente è chiamato e declinare e a descrivere, per ogni singola area a rischio-reato, previamente individuato, i processi decisionali interni all'ente medesimo, attraverso un vero e proprio sequenziamento di attività, funzioni e competenze, rispondente al c.d. principio della segregazione dei centri decisionali²².

Ciò porta a ritenere che nei protocolli di condotta si assista a una sorta di procedimentalizzazione dell'attività e del sistema decisionale interno alla *societas*²³.

Pertanto, partendo dal presupposto che per gli enti l'autoregolazione societaria sia la forma più efficiente di regolamentazione²⁴, si impone agli stessi l'adozione di codici di autodisciplina, ossia codici di comportamento e di condotta, che si inverano in modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio – reato, finalizzati a prevenire il verificarsi delle condizioni di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, che consentono d'imputare direttamente il reato presupposto, commesso o anche solo tentato da soggetti appartenenti all'ente, in capo alla *societas*.

E invero, diversi sono i criteri d'imputazione della responsabilità all'ente, a seconda che il reato presupposto sia commesso, o anche solo tentato, da un soggetto apicale, oppure da un soggetto dipendente o comunque sottoposto all'altrui vigilanza.

Mentre in quest'ultimo caso, per andare esente da responsabilità, sarà sufficiente per l'ente dimostrare o di aver adottato il proprio modello di organizzazione e gestione del rischio di reato, gravando invece sulla pubblica accusa la dimostrazione dell'inadeguatezza del modello, sindacato – come si vedrà – di non semplice attuazione, oppure, dimostrare che la commissione del reato sia avvenuta per inosservanza di obblighi di direzione o di vigilanza, nella seconda ipotesi il meccanismo di ascrizione della responsabilità è più complesso, in quanto, opera la teoria dell'identificazione dell'ente con il soggetto apicale che per esso ha agito²⁵.

²² A. DE VIVO, *Il professionista e il D.lgs. 231/2001*, Milano 2020; A. PESENATO - E. PESENATO, *Organismo di vigilanza (ex D.lgs. n. 231/2001)*, Milano 2021.

²³ Sul punto si tornerà oltre, nel § 7.

²⁴ G. BOSI, *Autoregolazione societaria*, Milano 2009.

²⁵ Concetto questo, come si noterà, molto vicino a quello noto nell'ordinamento ammi-

In questa seconda ipotesi, infatti, è prevista una inversione dell'onere della prova a carico dell'ente che non solo dovrà dimostrare di aver adottato e correttamente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato della specie di quello concretamente verificatosi, bensì, per di più, dovrà dimostrare che il soggetto apicale abbia eluso fraudolentemente il modello di organizzazione e gestione, previamente adottato.

È evidente che i modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato assolvono, essenzialmente una funzione esimente, impedendo che all'ente possa rimproverarsi un illecito commesso da un soggetto formalmente deputato a incarnare la politica d'impresa²⁶.

Infatti, solo la predisposizione di effettivi programmi di prevenzione e riduzione del rischio reato può determinare la dissociazione tra la responsabilità della persona fisica e quella dell'ente collettivo nel cui interesse la prima ha agito.

L'adozione dei suddetti modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato, tuttavia, non è obbligatoria per tutti gli enti privati²⁷, bensì solo per alcuni di essi, in particolare per quelli che svolgono attività d'interesse generale, specie nel settore sanitario, per i quali, come si vedrà, sussistono profili d'interazione normativa con la disciplina di cui alla l. n. 190/2012.

L'adozione dei suddetti modelli, dunque – a differenza di quanto accade per i piani di prevenzione della corruzione – è generalmente espressione di una scelta opzionale, volontaria, dell'impresa che decide di aderire, spontaneamente, alle prescrizioni di cui al d.lgs. n. 231/01.

Tale scelta, però, sebbene volontaria, è certamente dettata da una

nistrativo dell'immedesimazione organica. Sul punto cfr.: C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, cit., 376 ss.

²⁶ Così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, cit., in particolare 379 ss.

²⁷ Sulla obbligatorietà o meno dei modelli di organizzazione e gestione del rischio, sembra sussistere oggi un latente contrasto in dottrina. In particolare cfr.: C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, cit., in particolare 381 ss. L'A. parla espressamente di un dovere di auto-organizzazione dell'ente; D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche* cit.; A. BERNASCONI, *Commento sub. art 6*, in *La responsabilità degli enti*, A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FLORIO (a cura di), Milano 2008; N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2009, 187 – 204. Diversamente, come noto, i piani di prevenzione della corruzione sono da adottarsi obbligatoriamente, a pena di sanzioni a carico della p.a. inadempiente (art. 1, comma 8, L. 190/2012).

valutazione di convenienza operata dall'impresa. Infatti, deve ritenersi, che l'incentivo – appetibile per vero – posto dalla richiamata disciplina, sia quello di spronare gli enti a dotarsi di modelli organizzativi interni in grado di prevenire le condotte delittuose così da fugare il rischio d'inveramento della responsabilità amministrativa da reato; responsabilità, lo si è detto, essenzialmente legata alla sussistenza di una colpa da (cattiva) organizzazione, che tali modelli mirano a prevenire.

Diversamente, nell'ipotesi in cui la società svolga attività d'interesse generale, come accade nel settore sanitario, tale scelta diviene obbligatoria²⁸, in quanto, s'impone a tali enti la contestuale adozione sia dei modelli di prevenzione del reato ex d.lgs. n. 231/01, sia del piano di prevenzione della corruzione, *ex lege* n. 190/2012.

L'effetto, in entrambi i casi, è quello di spingere verso una funzionalizzazione dell'assetto organizzativo delle persone giuridiche di diritto privato di cui al d.lgs. n. 231/2001, in nome del perseguimento dell'etica della legalità.

3. Dalla repressione alla prevenzione del rischio di reato: una logica comune in contesti eterogenei

Orbene, dall'esposizione della disciplina della responsabilità amministrativa da reato per gli enti privati, di cui al richiamato decreto legislativo, emerge un importante momento di assonanza con la disciplina in materia di prevenzione della corruzione nella p.a. di cui alla l. n. 190/2012²⁹, su cui s'intende soffermarsi nel presente lavoro. Esso è da cogliersi nella centrale rilevanza attribuita al momento della pianificazione organizzativa in chiave preventiva.

Cosa che segna un forte ravvicinamento, se non una vera e propria

²⁸ L'adozione del Modello 231, ad esempio, diviene requisito obbligatorio ai fini dell'accreditamento con il servizio sanitario nazionale. Sia sufficiente la lettura del D.M. n. 70/2015, art. 1, comma 5, lett. b), che ha introdotto l'applicazione obbligatoria del d.lgs. n. 231/2001 alle strutture sanitarie private che intendono accreditarsi.

²⁹ La simmetria evidentemente esistente fra la disciplina di cui alla legge n. 190/2012 e quella di cui al d.lgs. n. 231/2001, è stata colta sin da subito da oculata dottrina. Cfr. in particolare: B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Percorsi Costituzionali*, 1-2/2012, 15 – 30; F. MERLONI, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, Relazione al 59° Convegno di Varenna, settembre 2013, leggibile al sito www.strid-online.it.

simmetria, fra i modelli 231 di prevenzione del rischio di reato e i piani triennali di prevenzione della corruzione, come si avrà modo di dimostrare.

Pertanto, è proprio dalla valorizzazione della logica preventiva che la presente analisi deve prendere avvio.

E invero, nonostante sia ben evidente che le due normative siano state pensate per finalità differenti e, anzi, diametralmente opposte, essendo una protesa a sanzionare un'illecita strumentalizzazione dell'attività dell'ente, o per meglio dire, il compimento di un illecito nell'interesse o a vantaggio dell'ente, l'altra, invece, come noto, a disincentivare prassi e comportamenti scorretti, forme di malcostume amministrativo e di *mala gestio* dannose per la pubblica amministrazione, non necessariamente inerentesi in fatti di reato³⁰, entrambe le discipline rispondono a una logica comune e immanente, da individuarsi nella funzione preventiva del rischio di commissione del reato.

Entrambe, infatti, possono dirsi espressione di una rivoluzione culturale e normativa, operata ciascuna per il proprio campo, avendo cambiato l'approccio alla fenomenologia dei reati³¹ e, in particolare, per quel che qui rileva, al modo d'intendere il fenomeno della lotta alla corruzione.

Entrambe le discipline, privilegiando la logica preventiva rispetto a quella repressiva, hanno adottato una diversa prospettiva nella regolamentazione

³⁰ S. CASSESE, «*Maladministration*» e rimedi, in *Il Foro it.*, 1992, 243 ss.; M. D'ALBERTI – R. FINOCCHI, *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna 1994; G. MELIS, *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, Napoli 1999; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica politica, amministrazione*, Bologna 2007; Id., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2013, 122 ss.; AA.VV., *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), Firenze-Antella 2010; F. MANGANARO, *Le corruption en Italie*, in *Ius publicum*, www.ius-publicum.it, 2014; M. D'ALBERTI, *Corruzione*, in *Enc. Ital.*, IX Appendice, 2015; AA.VV., *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Atti del Convegno annuale AIPDA, 7 - 8 ottobre 2016, Napoli, 2016; M.G. RACCA, *Corruzione (dir.amm.)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2017, 208 ss.; S. RODOTÀ, *Il moralista militante*, Bari, 2017; A. SPADARO, *Su alcuni rischi, forse mortali della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in rivista AIC, 1/2017, consultabile al sito <http://www.rivistaaic.it>; M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, 61-75; AA.VV., *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, F. CERIONI - V. SARCONI (a cura di), Milano 2019.

³¹ Sia sufficiente pensare alle difficoltà d'inquadramento giuridico incontrate nell'ordinamento giuspubblicistico nella definizione della natura giuridica della responsabilità amministrativa degli enti e le questioni che sono state poste in relazione al principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27 Cost.* anche in ossequio all'antico e consolidato brocardo per cui *societas delinquere non potest*. Per la bibliografia si rinvia alla nota n. 20.

del fenomeno, non più calibrata sulla sanzione da irrogare *ex post*, ossia, in seguito all'avvenuto accertamento della commissione del reato, anche tentato, bensì una disciplina pensata *ante delictum*, avendo dato risalto piuttosto che alla violazione dei precetti posti dalla norma di legge, all'imposizione di un vero e proprio dovere di corretta amministrazione, obbligando l'ente, pubblico o privato che sia, all'adozione di adeguati modelli organizzativi e gestionali/funzionali, capaci d'implementare un sistema di organizzazione interna idoneo a scongiurare, efficacemente, l'inverarsi del rischio di commissione del reato.

E ciò è tanto vero sia in relazione al sistema di prevenzione del rischio corruzione nella p.a. in cui, come noto, sono attenzionati comportamenti di *maladministration* ben lontani dalla soglia di rilevanza penale del fatto, ma anche per il sistema di responsabilità degli enti di cui al d.lgs. 231/01, in cui la soglia di rilevanza penale richiesta per il reato presupposto, commesso o anche solo tentato dai componenti dell'ente, costituisce solo il fatto tipico di una distinta e complessa fattispecie normativa, che permette d'imputare all'ente la responsabilità per mancata prevenzione del rischio di reato, commesso nel proprio interesse o a proprio vantaggio³².

E invero, tanto i piani triennali di prevenzione della corruzione quanto i c.d. modelli 231, con particolare riferimento ai c.d. protocolli di condotta che ne costituiscono il nucleo essenziale, rispondono alla logica precauzionale. Essi, si dimostrerà, hanno funzione predittiva, prognostica.

Ciò porta a sostenere che a un modello di responsabilità strutturato in chiave repressiva, da reato o, più in generale, per fatto illecito – per intenderci – si affianca la previsione di una responsabilità basata sulla formulazione di un giudizio prognostico, dunque *ex ante*, da colpa da organizzazione³³.

Sebbene quest'aspetto, come meglio si dirà, sia più evidente per la disciplina della responsabilità da reato degli enti privati, *ex artt.* 5, 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001, certamente non è secondario nella disciplina di cui alla L. n. 190/2012, che ha chiaramente strutturato l'approccio di tipo preventivo

³² A. MEREU, *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità fra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006; N. PISANI, *La struttura dell'illecito dell'ente. Il criterio d'imputazione soggettiva del fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa. La responsabilità da reato degli enti*, A. DI AMATO – A. D'AVIRRO (a cura di), Padova 2009.

³³ Sulla problematicità interpretativa del concetto, soprattutto nel sistema penale, si veda: C.E. PALIERO - C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2018, 175 ss.

alla lotta alla corruzione attraverso misure che incidono direttamente sull'organizzazione interna della pubblica amministrazione e che spaziano dalla pianificazione organizzativa alla trasparenza amministrativa³⁴.

È noto, infatti, che il concetto amministrativo di corruzione sia da sempre stato individuato e spiegato attraverso quello di *maladministration*, sostanziandosi in un abuso di un potere pubblico per il perseguimento di interessi privati che non necessariamente si concretizza in una fattispecie di reato in danno alla pubblica amministrazione, bensì in condotte riprovevoli e, pertanto, intollerabili, perché capaci d'impiattare negativamente sull'efficienza organizzativa e funzionale della pubblica amministrazione, creando incertezza sugli obiettivi³⁵, in danno alla collettività.

Il concetto di *maladministration*, dunque, nello scolpire, seppur in negativo, il nesso intercorrente fra imparzialità, legalità e buon andamento, rimarca l'assetto dei valori costituzionalmente posti dall'art. 97 Cost.³⁶ e pone nuovamente al centro la "questione amministrativa" come diritto alla buona amministrazione³⁷, quale pretesa al buon funzionamento della macchina pubblica, assicurato dalla adeguatezza dei mezzi rispetto al fine che s'intende perseguire³⁸ e, di conseguenza, dalla capacità amministrativa, sia organizzativa sia funzionale.

L'efficace prevenzione del rischio corruzione, sia nella pubblica amministrazione che negli enti privati, passa, dunque, inevitabilmente,

³⁴ G. GALLONE - A.G. OROFINO, *Tra misure preventive e strumenti di contrasto: la via italiana all'anticorruzione*, in *Federalismi*, 21 ottobre 2020.

³⁵ La definizione di rischio come effetto dell'incertezza sugli obiettivi si ricava dalla normativa UNI ISO 31000: 2010.

³⁶ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1950, 280 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, 67 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, 81 ss..

³⁷ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 722 ss.; S. CASSESE, *Indirizzi per la modernizzazione delle amministrazioni pubbliche*, Roma 1993; Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), Torino 2004; V. CERULLI IRELLI, *Sulla "questione amministrativa" e sulle responsabilità della dottrina*, in *Scritti per Domenico Sorace*, contributo consultabile al sito www.aipda.it; G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 611, ss.; F. FRATTINI, *L'organizzazione della Pubblica Amministrazione a supporto dello sviluppo del Paese*, Relazione al Convegno "La forma del Governo e la riforma dell'amministrazione", Roma, 21 aprile 2017, in *Rassegna parlamentare*, 2/2017, 492-500.

³⁸ M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968; M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954.

attraverso l'implementazione di modelli organizzativi adeguati all'esercizio della funzione o dell'attività, in vista del legittimo perseguimento degli obiettivi preconizzati.

La simmetria evidentemente esistente fra i modelli di organizzazione adottati per la gestione del rischio corruzione nel settore pubblico e in quello privato – come si cercherà di dimostrare – pone in luce almeno tre rilevanti questioni.

La prima, preliminare, dell'esistenza di un nucleo omogeneo di regole e principi, validi sia per il settore pubblico sia per quello privato, dunque, l'esistenza di modelli concettuali comuni o interscambiabili, cosa che rende chiaramente più sfumata la contrapposizione fra pubblico e privato nella prospettiva di una accentuazione della logica inclusiva della sussidiarietà orizzontale³⁹ per il comune perseguimento di un interesse generale, qual è quello del contrasto alla corruzione, a cui istituzioni e soggetti privati sono chiamati a collaborare.

La seconda, della necessaria funzionalizzazione dei modelli organizzativi in ragione del perseguimento degli interessi da gestire o da proteggere, cosa che rende neutrale o irrilevante la natura giuridica del soggetto che pone in essere il modello organizzativo e al contempo, strumentale o funzionale il modello organizzativo adottato per il raggiungimento degli obiettivi predefiniti e, prima ancora, per la tutela degli interessi attribuiti e/o perseguiti, in uno con il soddisfacimento dell'interesse generale alla prevenzione del rischio corruzione.

La terza, della valorizzazione dei doveri (d'ufficio) gravanti sui responsabili interni di funzione e sui soggetti direttamente coinvolti nelle procedure, nella prospettiva di una maggiore personalizzazione del ruolo del funzionario-organo/dell'agente, non solo ai fini dell'imputazione della specifica responsabilità, bensì nella prospettiva di una accentuazione della protrusione diaframmatica fra ente e organo, fra società e suoi componenti, siano soggetti apicali o dipendenti, nella fase patologica dell'esercizio della funzione e/o dell'attività, inverando, i modelli organizzativi di gestione del

³⁹ R. BIN, *La sussidiarietà "orizzontale": alla ricerca dei soggetti "privati"*, in *Istit. Feder.*, 1999, 5 ss.; AA.Vv., *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Atti del Convegno per il 40° della Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione (Bologna, 1995), F. ROVERSI MONACO (a cura di), Rimini, 1997; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, cit.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2003; ID., *Cittadini attivi*, Roma - Bari, 2006; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubb.*, 1/2002, 51 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 1/2020, 3- 34.

rischio corruzione, una più netta separazione della responsabilità dell'ente da quella dell'organo, o più specificatamente del funzionario⁴⁰, e/o della società dai suoi componenti, o per lo meno, rendendola più trasparente attraverso meccanismi di tracciabilità.

4. *Strumenti di gestione del rischio corruzione: l'implementazione della metodologia aziendalistica del c.d. risk management nella p.a.*

Compresa la rilevanza e la centralità della pianificazione organizzativa ai fini della prevenzione del rischio corruzione sia per gli enti pubblici sia privati, si dimostrerà come l'attuazione dei modelli di organizzazione e gestione del rischio (d'ora innanzi: Modello 231) e dei piani triennali di prevenzione della corruzione risponda a principi e regole comuni.

Si assiste, infatti, a una vera e propria trascinazione di regole e principi dal settore pubblicistico a quello privatistico, e viceversa.

Con particolare riferimento alla strutturazione dei modelli di organizzazione e gestione del rischio di reato così come dei piani triennali di prevenzione della corruzione⁴¹, a dominare è la logica aziendalistica del

⁴⁰ Per una revisione della c.d. teoria dell'organo: M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in *PA persona e amministrazione*, 1/2021, 49 ss.

⁴¹ F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 8/2013, 14 ss.; R. BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 1507 ss.; A. MONEA, *D. lgs 190/2012 e d. lgs n. 231/2001: due normative a tutela dell'integrità organizzativa. Profili di confronto*, in *Aziendaitalia - Il personale*, 2014, 330 ss.; A. ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico e i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e proc.*, 8/2013, 44 ss.; R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione ma prevenzione e continuità aziendale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, al sito www.penalecontemporaneo.it; C. TUBERTINI, *Piani di prevenzione della corruzione e organizzazione amministrativa*, in *Jusonline*, 3/2016, 143 ss.; A. HINNA - F. ROTUNDI - F. CESCHEL, *Il sistema di gestione del rischio di corruzione tra risk management e change management*, in *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi*, M. Nunziata (a cura di), Roma, 2017; V. SARCONI, *La pianificazione delle misure di prevenzione della corruzione e il coordinamento con la valutazione della performance*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, F. CERIONI - V. SARCONI (a cura di), Milano, 2019; *ibidem*, G. CAPUTI, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/01. L'applicazione delle norme sulla prevenzione della corruzione alle società e agli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni*; R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. amm.*, 1/2019, 125 ss.; G. DI GREGORIO, *Compliance anticorruzione e modelli ex*

c.d. *risk management*, oggi implementata anche nella p.a.

Ebbene, ciò emerge chiaramente dalla lettura dei PNA elaborati dal 2013 ad oggi, i quali hanno acquisito maggiore determinatezza e rigore logico nella prospettazione delle linee d'indirizzo cui le pubbliche amministrazioni sono tenute ad adeguarsi ai fini della redazione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione e trasparenza (d'ora innanzi PTPCT).

Più in particolare, l'allegato 1, al PNA 2019, offre con puntualità e dettaglio le indicazioni metodologiche che le pp.aa. dovrebbero seguire per la redazione dei PTPCT⁴².

Tali indicazioni metodologiche ricalcano, pedissequamente, quelle declinate nel settore privatistico dalle associazioni di categoria ai fini della mappatura dei rischi aziendali, fra cui vi rientra, oggi, anche il rischio di commissione di uno (o alcuni) dei reati fra quelli tassativamente declinati nel d.lgs. n. 231/01.

E invero, bisogna innanzi tutto chiarire che la disciplina di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 offre indicazioni scarse ai fini della costruzione dei modelli di organizzazione e gestione del rischio di reato negli enti privati. Pertanto, a sopperire all'inevitabile genericità e indeterminatezza normativa, hanno provveduto le varie associazioni di categoria (fra cui, in particolare Confindustria⁴³), le quali hanno declinato le linee d'indirizzo (o linee guida) cui gli enti sono chiamati ad attenersi ai fini della redazione del proprio modello 231.

Tali linee guida s'ispirano ai principali standard internazionali di *risk management* e, come tali, sono protese a valorizzare un approccio valutativo, di tipo qualitativo e non meramente quantitativo, nell'individuazione dei fattori di rischio e nella definizione dell'impatto che i medesimi potrebbero avere sull'attività e sull'organizzazione aziendale; approccio, assolutamente innovativo per il sistema pubblicistico.

L'obiettivo che i PTPCT e, corrispettivamente, i Modelli 231 sono chiamati a perseguire è essenzialmente quello di minimizzare il rischio di verifica di un reato all'interno dell'ente, ideando un sistema di prevenzione "a misura dell'ente", che disincentivi cattive prassi o comportamenti illeciti.

I modelli 231, infatti, – come del resto si richiede per i PTPCT – ben

D. Lgs. n. 231/2001, ANAC working paper n. 6, ESI, Napoli, consultabile al sito www.anticorruzione.it.

⁴² Tale allegato, resta ancora oggi (con il PNA 2022-2025) l'unico documento metodologico di riferimento.

⁴³ Consultabili al sito www.confindustria.it

lungi dal risolversi in un indistinto obbligo di sorveglianza e di controllo, devono tradursi in regole auto-normate dall'ente medesimo, tali da integrare un vero e proprio programma di autodisciplina finalizzato a: 1) mappare le aree esposte al rischio-reato e individuare i soggetti più esposti al rischio (soggetti apicali, middle management, dipendenti, ecc.); 2) forgiare regole cautelari orientate a ridurre il rischio-reato; 3) predisporre adeguati meccanismi di controllo sulla funzionalità del modello e sulla necessità di adeguamenti; 4) prevedere un sistema disciplinare rivolto a sanzionare i comportamenti devianti, implementato da meccanismi di scoperta/chiarimento degli illeciti⁴⁴.

Ne consegue che non esiste, o meglio, non dovrebbe esistere, un modello 231-tipo o un PTPCT ripetibile, generalmente valido nel tempo e nello spazio, dunque, uniforme per qualsivoglia amministrazione o ente. Non a caso, nel corso di questi anni, spesso si è rimproverato alle singole amministrazioni di aver prodotto piani-fotocopia, privi di contenuti adeguati allo specifico contesto organizzativo, operativo o ambientale, che dir si voglia.

Tale precisazione pone una questione rilevante, ossia quella relativa alla natura giuridica del PNA e dei rapporti intercorrenti fra PNA e PTPCT.

In merito alla natura giuridica del PNA si concorda nel ritenere che, a discapito del *nomen iuris*, non si tratti di un atto di programmazione o pianificazione in senso stretto⁴⁵, piuttosto di un atto d'indirizzo e

⁴⁴ Così, puntualmente: C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., in particolare 382 ss.; nonché C.E. PALIERO - C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 173 ss.

⁴⁵ M.S. GIANNINI, *Pianificazione* (voce), in *Enc. Dir.* XXXIII, Milano; I.M. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione*, nonché *La programmazione come sistema giuridico*, entrambi in *I.M. Marino. Scritti giuridici*, A. BARONE (a cura di), Napoli, 2015; M. D'ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2006, 4298 ss.; ID., *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Torino, 2001; P.L. PORTARULI, *Il principio di pianificazione*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), Milano, 2012, 453 ss.; R. DI PACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, consultabile al sito www.aipda.it.

coordinamento⁴⁶. Tale qualificazione è data dalla legge⁴⁷.

Il PNA, infatti, non ha carattere programmatico, non pone misure di carattere organizzativo, né contiene disposizioni precettive perché non individua specifiche misure da adottare, non contiene scelte fra possibili interessi, non destina né alloca risorse finanziarie ma, semplicemente, delinea – in conformità alle disposizioni di legge, puntualmente richiamate e messe a sistema – possibili strategie operative, offre indicazioni metodologiche alle singole amministrazioni, in funzione della proposizione di un disegno unitario e sistematico, che stimoli l'esercizio di poteri decisionali coerenti da parte di quest'ultime, ma non per questo uniformi⁴⁸.

Pertanto, deve ritenersi che sebbene il PNA si sia perfezionato nel corso del tempo e abbia acquisito maggiore determinatezza, il medesimo non comprime la discrezionalità delle amministrazioni pubbliche nella redazione del proprio piano triennale, piuttosto la incentiva, offrendo solo uniformità metodologica, necessaria a garantire coerenza e sistematicità nell'approccio decisionale che le singole amministrazioni dovranno assumere ai fini della pianificazione – questa volta da intendersi in senso stretto – della propria strategia di prevenzione del rischio corruzione, dovendo i PTPCT⁴⁹ necessariamente conformarsi ai principi di idoneità, adeguatezza e differenziazione, trattandosi di modelli da costruirsi in relazione allo specifico contesto organizzativo di riferimento.

Il PNA, dunque, ha essenzialmente una funzione strumentale, di indirizzo e coordinamento.

Il vincolo che deriva dal PNA, dunque, è un vincolo di metodo, un vincolo meramente procedurale, offrendo, alle singole amministrazioni, le linee guida per l'adozione e per la disciplina dello specifico procedimento

⁴⁶ Sulla natura giuridica dei PNA: S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto d'indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 1/2014, 21 ss.; G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, cit. Più in generale, sulle linee guida ANAC come atti di coordinamento amministrativo, F. FRACCHIA - P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Il dir. dell'econom.*, 1/2021, 11 - 36. Sugli atti d'indirizzo e coordinamento: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli 1989, 237 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2004, 118 ss.; V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 630 ss.; F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma 1988, 1 ss.; M. CAMMELLI, *Gli atti d'indirizzo e coordinamento con veste amministrativa*, Bologna 1985.

⁴⁷ Ex art. 1, comma 2-bis, L. n. 190/2012.

⁴⁸ S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto d'indirizzo e coordinamento amministrativo*, cit.

⁴⁹ Sulla natura giuridica e sulla funzione dei PTPCT si tornerà oltre.

amministrativo di pianificazione dell'organizzazione amministrativa per la prevenzione del rischio corruzione, lasciando comunque alla discrezionalità delle singole amministrazioni la scelta (ma anche l'onere) dell'identificazione delle procedure più adeguate per la gestione del rischio corruzione, l'individuazione di specifici presidi interni di responsabilità e la mappatura delle fasi attraverso cui il singolo processo decisionale a rischio si snoda, attraverso la declinazione di protocolli interni di condotta, che consentano di individuare organi e uffici specificatamente competenti.

Stessa logica e medesimi principi – come visto – valgono per gli enti privati, essendo richiesta anche per essi una customizzazione, una personalizzazione, dei modelli di gestione del rischio di reato attraverso la declinazione di specifici protocolli di condotta⁵⁰.

Se il fine, dunque, è la realizzazione di un sistema di legalità aziendale preventiva o, per le amministrazioni pubbliche, come meglio si dirà, l'esplicazione, l'evidenziazione pubblica, attraverso i piani, del consustanziale dovere di «organizzazione dell'organizzazione»⁵¹, in ossequio ai principi d'imparzialità e legalità, prima ancora che di buon andamento, il mezzo è dato dall'implementazione del metodo da adottare per l'acquisizione di conoscenze atte al conseguimento di un'efficace azione di gestione del rischio di reato.

5. Segue. *La costruzione dei Modelli 231 e dei PTPCT. Indicazioni metodologiche*

Come anticipato, il metodo descritto nell'allegato 1 al PNA ripercorre pedissequamente le linee guida, gli standard internazionali di *risk management* dettati per l'organizzazione aziendale e i principali *framework*

⁵⁰ Ciò tuttavia pone rispetto all'ordinamento amministrativo, ben più rilevanti, anche se simili, questioni legate al fenomeno della c.d. auto-normazione delle regole cautelari o della c.d. auto-regolazione responsiva. Sui temi si tornerà oltre; ad ogni modo si vedano: C. PIERGALLINI, *Pragmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. n. 231/01)*, (Parte I), in *Cass. pen.*, 2013, 376 ss.; ID., *Pragmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. n. 231/01)*, (Parte II), in *Cass. pen.*, 2013, 842 ss.; ID., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. e proc. pen.*, 3/2015, 261 ss.; ID., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, C.E. PALIERO - S. MOCCIA - G. DE FRANCESCO - G. INSOLERA - M. PELISSERO - R. RAMPIONI - L. RISCATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli 2016, 119 ss.; R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, cit.

⁵¹ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, trad. di G. Corsi, Mondadori Editori, 2005.

di riferimento in tema di controllo interno e gestione dei rischi aziendali.

Ci si riferisce, in particolare, all'*Enterprise risk management* (ERM), rilasciato dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*, all'*Internal Control Integrated framework*, c.d. *CoSO Report*, nonché gli standard ISO 31000 *Risk management principles and guidelines*⁵². La logica precauzionale che le ispira è di tutta evidenza.

L'applicazione dei suddetti standard e delle richiamate linee guida, in passato, era meramente raccomandata; oggi invece tale metodologia è fatta propria dal PNA ed è ritenuta l'unico valido riferimento, in sostituzione alle indicazioni fornite in precedenza.

Più in particolare, si chiede all'ente, come all'amministrazione, di procedere a un'accurata analisi del contesto in cui esso opera, sia interno sia esterno, al fine di evitare una burocratizzazione degli strumenti e delle tecniche di gestione del rischio.

L'analisi del contesto esterno impone uno studio "ambientale", ossia dei possibili fattori di rischio reato provenienti dal territorio, dall'ambiente in cui l'ente opera, anche con specifico riferimento al settore di riferimento (urbanistica, contratti pubblici, sanità, etc...).

L'indagine sul contesto interno, invece, impone all'ente, pubblico o privato che sia, di procedere a un'accurata rappresentazione della struttura organizzativa, identificando ruoli, compiti, funzioni e, di conseguenza specifiche responsabilità, attraverso la "mappatura" dei processi organizzativi e, dunque, decisionali dell'ente⁵³.

Analizzato il contesto di riferimento, l'ente potrà procedere alla valutazione del rischio di reato. Questa fase è particolarmente delicata e centrale, posto che impone all'ente di identificare, analizzare e ponderare l'inverarsi del fattore di rischio, al fine di predisporre possibili misure correttive o preventive.

Anche in questa fase il coinvolgimento della struttura organizzativa è di fondamentale rilevanza, posto che solo un'approfondita conoscenza della realtà organizzativa consente d'identificare i fattori di rischio verosimilmente verificabili.

L'identificazione degli eventi rischiosi, infatti, sebbene condotta dai soggetti responsabili della direzione dell'ente – si pensi al Consiglio di amministrazione, all'amministratore unico, al legale rappresentante per gli enti privati, al responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza negli enti pubblici – impone il coinvolgimento di tutto il personale, le cui

⁵² *La gestione del rischio aziendale*, Il Sole24ore, 2006.

⁵³ Il tema sarà meglio approfondito nei paragrafi successivi.

opinioni potranno essere raccolte mediante interviste mirate, workshop, focus di gruppo, oltre che naturalmente, attraverso le segnalazioni ricevute tramite il canale del *whistleblowing*.

Identificati i possibili eventi rischiosi, l'ente dovrà procedere all'analisi del rischio, identificando i c.d. fattori abilitanti, ossia i fattori di contesto che potrebbero agevolare comportamenti e fatti di reato. I fattori di rischio interno potrebbero essere i più disparati: rischi strutturali o operativi, strettamente legati all'assetto organizzativo dell'ente (si pensi alla carenza di trasparenza, alla scarsa competenza del personale addetto ai processi; alla mancanza di segregazione di funzioni, ossia alla concentrazione di funzioni in capo ad un unico soggetto e per periodi di tempo prolungato; commistione fra politica e amministrazione); rischi culturali (es. scarsa cultura della legalità, dell'imparzialità, della trasparenza); rischi finanziari.

Una volta identificato e analizzato il fattore di rischio, l'ente dovrà procedere alla sua ponderazione, ossia alla stima dell'esposizione a rischio, data dalla matrice della probabilità di verificazione dell'evento rischioso per l'impatto negativo che il medesimo produrrebbe per l'ente. Tale valutazione, però, non dovrà basarsi su criteri meramente quantitativi o numerici, bensì qualitativi, essendo richiesto all'ente di esprimere un giudizio sintetico sul grado di rischio associato alle varie attività, ai vari processi decisionali, in relazione alle misure di controllo eventualmente già esistenti, al fine di ipotizzare una possibile miglior risposta al rischio medesimo. Tale valutazione, dunque, impone un'analisi anche storica dei processi decisionali dell'ente, che possano fornire dati oggettivi a supporto del processo di *risk assessment* (si pensi, ad esempio, alla rilevazione di dati su precedenti giudiziari, su procedimenti disciplinari irrogati, segnalazioni, etc.).

Lo scopo, dunque, è quello di identificare la soglia di rischio accettabile, ossia di definire la soglia di incertezza del processo decisionale, come tale ingovernabile, reputata indifferente, o comunque di non rilevante impatto sul funzionamento dell'ente.

L'obiettivo fondamentale, dunque, dovrebbe essere quello di governare al meglio i fattori d'incertezza, al fine di ridurre il verificarsi di eventi capaci di produrre externalità negative sull'intero sistema ordinamentale.

Ipotizzare (*rectius*, pianificare o programmare) come agire per evitare, o meglio, minimizzare l'inverarsi di un evento potenzialmente lesivo per l'ente, sia per il profilo economico sia reputazionale, diviene al contempo lo strumento più efficace per incrementare la funzionalità dell'ente medesimo.

Funzionalità che dipende dal costante monitoraggio dei meccanismi di gestione del rischio e, di conseguenza, dal periodico riesame delle misure

identificate e applicate per il trattamento dei rischi medesimi, dovendo rivalutarsi costantemente le priorità d'intervento, l'efficacia e l'adeguatezza delle misure e degli strumenti di controllo predisposti, a garanzia della continuità dell'azione e dell'attività dell'ente.

I Modelli 231 e i PTPCT, dunque, devono rispondere a un approccio flessibile e contestualizzato.

Essi devono essere dotati dei requisiti di specificità e attualità, dovendo prevedere meccanismi di decisione e controllo che li rendano *ex ante* idonei a ridurre significativamente l'area del rischio di commissione di illeciti o di cattive prassi all'interno dell'ente e, allo stesso tempo, capaci di adeguarsi e di evolversi in relazione alle esigenze che gemmano dal contesto di riferimento.

Trattasi, pertanto, di strumenti di pianificazione organizzativa dinamici, che si evolvono con l'evolversi della struttura organizzativa di riferimento, in relazione al mutare o al progredire della strategia di prevenzione.

6. Segue. *La simmetria esistente fra Modelli 231 e PTPCT. Effetti dell'implementazione della logica aziendalistica del c.d. risk management sul sistema di pianificazione organizzativa della p.a.*

L'analisi sin qui condotta lascia innanzitutto trasparire la trascinazione nel settore pubblicistico delle regole manageriali e gestionali nate nel settore economico e nell'ambito privatistico, ispirate al *risk based thinking* da cui deriva una sostanziale simmetria nella costruzione dei modelli 231 e dei PTPCT.

L'identità metodologica e la comunanza dei principi che governano il sistema di prevenzione del rischio di reato mediante la pianificazione organizzativa, sia nel pubblico sia nel privato, ha come prima e diretta conseguenza un ispessimento del processo di aziendalizzazione della pubblica amministrazione attraverso un costante (e parrebbe ineludibile) rafforzamento della logica manageriale, non solo in termini di produttività, efficacia, economicità ed efficienza – parametri questi concretamente valutabili sul piano della *performance* individuale e organizzativa, come noto, naturalmente, ma anche *ope legis* connessi alla pianificazione del rischio corruzione – bensì, prima ancora, sul versante dell'*organization management*, ossia della gestione manageriale dell'organizzazione dell'amministrazione pubblica.

Ciò che è importante sottolineare, è che le tecniche d'indagine, valutazione, gestione e comunicazione del rischio hanno come obiettivo quello di stimolare il processo decisionale dell'ente in funzione dello sviluppo della qualità dei processi gestionali, dunque, dei processi organizzativi e funzionali delle p.a.

La *ratio* sottesa ai sistemi operativi di gestione dei rischi aziendali, infatti, è quella di incrementare la qualità del servizio reso dall'ente o, più in generale, dell'attività svolta e, dunque, di potenziare la capacità dell'ente di creare valore per i suoi *stakeholders*.

Tale filosofia è centrale e deve essere implementata anche per la gestione del rischio corruzione, tanto per enti pubblici che privati, perché consente un cambio di prospettiva nell'approccio alla gestione del rischio, in quanto, permette di comprendere che quest'ultima non è fine a se stessa ma risponde a una logica inclusiva, perché il dovere di un'organizzazione responsiva, funzionale alla razionalizzazione dei processi decisionali, diviene anche garanzia di effettività della cura d'interessi privati coinvolti nella funzione pubblica⁵⁴.

Il vantaggio che si ottiene da un agire organizzato, infatti, è quello di addivenire alla formazione di una meta-competenza, tale intendendosi un bagaglio di conoscenze superiori a quelle generalmente possedute dal singolo operatore, in quanto gli enti collettivi o, più in generale, le persone giuridiche organizzate, sono capaci di catalogare, raccogliere e mettere a sistema una pluralità di informazioni e di conoscenze, in grado di offrire soluzioni alternative e più efficaci al *problem solving*, nonché di meglio perseguire gli obiettivi prefissati (c.d. effetto esponenziale del fenomeno organizzativo)⁵⁵.

Diversamente, un organismo disorganizzato non solo si abbandona all'incertezza dei rischi dei processi decisionali, eventualmente minando il soddisfacimento degli obiettivi, bensì incrementa in maniera esponenziale il rischio di agire al di fuori della legalità.

Pertanto, è chiaro che la pianificazione organizzativa funzionale alla

⁵⁴ V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964; L.R. PERFETTI, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *PA Persona e amministrazione*, 1/2021; *ibidem* M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*; M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *PA Persona e amministrazione*, 2/2020.

⁵⁵ Cfr. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., in particolare 381; V. ATILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1247 ss.

prevenzione del rischio di reato deve necessariamente essere integrata con le strategie operative dell'ente.

Il PNA, in particolare, ribadisce che deve esserci un allineamento fra obiettivi predefiniti nel piano della *performance* e le misure programmate nel PTPCT.

Inoltre – e questa è una novità metodologica importante introdotta nel PNA, su modello degli standard privatistici di *risk management* – come per i Modelli 231, anche per il PTPCT si sottolinea l'importanza di evitare l'introduzione di misure e controlli inutili o meramente formali, in quanto, prima di procedere alla redazione dei medesimi è opportuno effettuare un'analisi ricognitiva dei meccanismi di controllo già esistenti.

I Modelli 231 come i PTPCT, dunque, debbono necessariamente essere integrati con sistemi di gestione spesso già presenti all'interno dell'organizzazione dell'ente (si pensi ai controlli di gestione, al sistema di *auditing*, al sistema di gestione della qualità dei servizi resi, al sistema di *performance management*, etc..).

Nel sistema privatistico di *risk management* tale valutazione prende il nome di *as is analysis*⁵⁶, che ha come obiettivo quello di fotografare “lo stato dell'arte” del sistema dei controlli interni già presenti nell'ente, al fine di evidenziarne eventuali lacune o disfunzioni, quale necessario presupposto e punto di partenza per l'implementazione delle misure ancora mancanti o necessarie ai fini della redazione del Modello 231, così da evitare inutili duplicazioni e favorire sinergie organizzative e gestionali.

Tale momento è centrale, un presupposto ineludibile ai fini della declinazione dei c.d. protocolli di condotta che, come anticipato, costituiscono il cuore pulsante della pianificazione organizzativa in chiave preventiva, ai sensi della normativa 231.

E invero, i protocolli di condotta racchiudono: 1) la mappatura delle attività a rischio-reato attraverso l'individuazione delle aree potenzialmente a rischio, ossia la descrizione dei processi decisionali interni all'ente, per ogni singola area a rischio reato previamente individuata; 2) la rilevazione e valutazione del grado di efficacia dei sistemi di controllo già esistenti; 3) l'implementazione del sistema dei controlli attraverso un meccanismo di raccordo fra Organismo di vigilanza e i c.d. responsabili interni di funzione (ossia i soggetti cui compete la responsabilità e la vigilanza sulla corretta attuazione delle singole procedure aziendali di riferimento, nonché i vertici aziendali medesimi).

⁵⁶ A. DE VIVO, *Il professionista e il D.lgs. 231/2001*, cit.; A. FOTI, *Giuda operativa per la costruzione e gestione del modello 231*, Roma 2021; A. PESENATO - E. PESENATO, *Organismo di vigilanza (ex D.lgs. n. 231/2001)*, cit.

Ai fini della redazione dei Modelli 231, così come dei PTPCT, pertanto, è necessario compiere uno sforzo di razionalizzazione e di sistematizzazione delle misure e dei controlli già esistenti per migliorarne l'efficacia (c.d. *gap analysis*).

Con particolare riferimento alle pp.aa., ciò porta a ritenere che il PTPCT dovrà considerarsi "il piano dei piani", ossia quel documento programmatico⁵⁷, preliminare, di carattere ricognitivo, in cui la p.a. effettua un *check-up* sistematico e approfondito della propria struttura organizzativa e delle competenze interne, con l'obiettivo di creare un sistema organizzativo e gestionale sinergico.

Pertanto, l'insegnamento che si può trarre da questa specifica materia dell'economia aziendale – insegnamento che le amministrazioni pubbliche dovrebbero far proprio, anche in vista del processo di rigenerazione cui sono chiamate dal PNRR – è quello per cui la pianificazione organizzativa in funzione dell'efficace gestione del rischio, nel caso di specie, di devianza patologica dal corretto⁵⁸ esercizio della funzione amministrativa, è consustanziale all'amministrazione stessa.

Ciò consente di riconoscere che il sistema di pianificazione del rischio, in particolare di gestione del rischio corruzione nelle p.a., non può significare creazione di inutili sovrastrutture normative, burocratico-organizzative o funzionali, in quanto, la gestione del rischio è parte integrante dei sistemi operativi di gestione dell'organizzazione, in funzione e a sostegno della razionalizzazione dei processi decisionali.

Il PTPCT, in definitiva, dovrebbe considerarsi l'atto organizzativo

⁵⁷ Ma non solo, come si spiegherà meglio oltre.

⁵⁸ L'aggettivo non è usato casualmente, volendo esprimersi un concetto più ampio e diverso da quello di illegittimità, non ricadendo i comportamenti di *maladministration* in un semplice vizio sostanziale della funzione, ossia l'eccesso di potere, implicando essi un *quid pluris*, innanzitutto perché tali comportamenti patologici, degni di rilevanza pubblicistica, non necessariamente si concretizzano o sfociano in un atto amministrativo viziato, e poi perché ciò che connota questa "zona grigia" delle cattive prassi, del malcostume, delle condotte o delle omissioni prossime all'inveramento del reato in danno alla p.a. (sia di corruzione, concussioni o abuso di ufficio), è dato dalla sostanziale strumentalizzazione dell'esercizio della funzione in vista del perseguimento di un'utilità personale (sia esso un vantaggio materiale, economico vero e proprio o il soddisfacimento di un interesse) non dovuta. Pertanto, ben potrebbe accadere che tali comportamenti si concretizzino in un provvedimento legittimo, ma al contempo illecito, perché, ad esempio frutto di un abuso di potere in danno al privato e, indirettamente, alla p.a. che non ha visto pregiudicato il perseguimento dell'interesse pubblico, bensì la sua immagine, per via di un comportamento eticamente riprovevole. Pertanto, ciò che muta, è il bene giuridico oggetto di tutela. Sulle interferenze fra sistema penale e diritto amministrativo: S. PERONGINI, *Abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Torino 2020.

per eccellenza. Un atto fondamentale per le amministrazioni pubbliche, decisivo per assicurare la migliore «organizzazione dell'organizzazione»⁵⁹ della singola amministrazione⁶⁰.

Il sistema di pianificazione del rischio corruzione nelle pp.aa., dunque, dovrebbe costituire il *Sein* dell'amministrazione pubblica, l'espressione finitima del suo dover essere imparziale, del suo agire conformemente a legge, perseguendo il buon andamento in ossequio al disposto di cui all'art 97 Cost.⁶¹; dovrebbe costituire la migliore esplicazione della razionalità del processo organizzativo e funzionale dell'amministrazione, non già un'inutile sovrastruttura.

Solo questa consapevolezza può vivificare l'utilità del sistema di pianificazione del rischio corruzione nella p.a., potendo, la sua corretta attuazione, portare ad assottigliare quello scarto, ancora troppo ampio, esistente fra *Sein* e *Sollen* dell'amministrazione pubblica⁶².

7. Il valore aggiunto alla pianificazione: la mappatura dei processi organizzativi negli enti privati e nella p.a. Riflessi sulla natura giuridica del piano

Se la logica della prevenzione mediante organizzazione, come sin qui visto, rilancia il momento della pianificazione organizzativa come ineludibile bisogno per un ente, qualsivoglia sia la sua natura giuridica, di adeguare la propria organizzazione interna in vista del perseguimento di un interesse che non è solo pubblico, da intendersi come appartenente allo Stato sovrano, bensì dell'intera collettività, ossia agire nella legalità come sostrato fondamentale a garanzia del rispetto del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., è evidente che l'atto della pianificazione debba colorarsi di un qualcosa in più, che dia valore aggiunto alla semplice e generica programmazione delle attività.

Tale constatazione ha pesanti ricadute sia sul sistema organizzativo degli enti di cui al d.lgs. n. 231, sia per le pp.aa.

⁵⁹ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit.

⁶⁰ Pertanto, come si vedrà, sarà importante comprendere quale sia il contenuto del piano, se meramente programmatico o precettivo, anche ai fini della qualificazione della natura giuridica da riconoscere al medesimo.

⁶¹ F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino 2005.

⁶² Cfr. G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, cit., 354, secondo cui, molto chiaramente: «L'incertezza in cui si sostanzia il rischio corruzione risiede tutta, dunque, nello scarto tra essere e dover essere dell'amministrazione».

Ebbene, anche per la definizione di tali profili, soccorre l'analisi comparata con i Modelli 231, da cui si evince chiaramente che il cuore della pianificazione organizzativa, funzionale alla prevenzione del rischio di reato, sia costituito dalla declinazione dei c.d. protocolli di condotta.

Essi rappresentano il vero valore aggiunto alla pianificazione organizzativa.

Come anticipato, tali protocolli di condotta sono funzionali a garantire la tracciabilità dei processi decisionali e operativi dell'ente, attraverso una chiara ed accurata suddivisione di compiti e delle responsabilità tra coloro che operano nell'organizzazione, evitando sia vuoti di potere, sia inutili commistioni o duplicazioni di funzioni, nonché attraverso la predisposizione di meccanismi di verifica, di autorizzazione e controllo, al fine di evitare l'assunzione di decisioni arbitrarie⁶³.

Tali protocolli si basano altresì sullo scambio di flussi informativi fra Organismo di vigilanza, vertici aziendali e responsabili interni di funzione, nonché sulla tracciabilità della documentazione e dell'attività interna all'ente.

Dalla descrizione fornita, dunque, emerge chiaramente che i suddetti rispondono a tre fondamentali principi: quello della c.d. della segregazione delle funzioni o dei ruoli; della tracciabilità delle operazioni e dei processi decisionali dell'ente, dovendo questi essere documentati e verificabili; del monitoraggio e controllo sulla corretta attuazione delle procedure.

Questi principi hanno una chiara valenza pubblicistica.

Il principio della segregazione delle funzioni, in particolare, pone un evidente richiamo a quello di attribuzione delle competenze⁶⁴, o se si preferisce, stando alla dottrina⁶⁵ più raffinata, della distribuzione, o meglio, del riparto delle competenze all'interno dell'ente.

Il principio della tracciabilità delle operazioni e dei processi decisionali dell'ente ha un chiaro riferimento alla logica della trasparenza amministrativa⁶⁶.

⁶³ A. DE VIVO, *Il professionista e il D.lgs. 231/2001*, 226 ss.

⁶⁴ Il principio di attribuzione delle competenze, in verità, è declinato piuttosto in riferimento all'ordinamento UE (si v. art. 5 TUE). Cfr. O. PORCHIA, *Competenze dell'Unione Europea*, in *Enciclopedia Treccani – Diritto online*, 2017.

⁶⁵ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2020, con particolare riferimento alla distinzione fra attribuzioni e competenze. Sulla competenza cfr. anche A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione tra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino 2001.

⁶⁶ R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, 1987, 529 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa e democrazia*, in G. BERTI - G.C. DE

Stessa cosa può dirsi per la funzione di vigilanza e controllo esterno sull'attività dell'ente, nel caso di specie attribuita a un organismo imparziale, indipendente, qualificato sia per il profilo professionale sia morale, costituito *ad hoc* per l'assolvimento di tale compito: l'Organismo di valutazione (Odv).

Di conseguenza, appare evidente che se con riferimento alla metodologia di gestione del rischio si assista all'implementazione nella p.a. della logica di matrice aziendalistico-economica del *risk management*, nel momento prettamente attinente alla pianificazione organizzativa, viceversa, si ha una netta tracimazione di principi pubblicistici nel settore privato.

Ebbene, l'implementazione della logica pubblicistica della pianificazione organizzativa in chiave preventiva – e non dunque meramente manageriale o performativa – porta, in definitiva, anche negli enti privati, a una sostanziale procedimentalizzazione dell'attività, con rilevanti conseguenze in termini di funzionalizzazione dell'attività imprenditoriale, in nome dell'etica della legalità.

Una prima rilevante conseguenza è che l'attività d'impresa, la cui libertà di esercizio – si ricorda – è costituzionalmente garantita, perde un connotato consustanziale, ovverossia quello della segretezza dei processi decisionali e dei meccanismi aziendali, in nome della trasparenza, perché il momento della pianificazione organizzativa diviene funzionale al perseguimento di un interesse che non è più meramente egoistico, per intenderci, funzionale a gestire i rischi aziendali per l'implementazione del profitto o la riduzione di esternalità negative intese in termini di mancato guadagno, bensì un interesse generale, dell'intera collettività, ossia quello dell'agire nella legalità.

L'effetto utile del sistema di pianificazione organizzativa in funzione della prevenzione del rischio corruzione, sia per gli enti pubblici che privati, non è solo interno all'ente, bensì esterno. I due profili sono strettamente connessi fra loro perché rispondono a una logica circolare: solo attraverso la buona amministrazione si previene il rischio corruzione, ma è agendo

MARTIN, *Gli istituti di democrazia amministrativa*, Milano 1996, 22 ss.; F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza*, in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli 2012, 639; Id., *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove autonomie*, 2014, 553 ss.; Id., *Trasparenza e digitalizzazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2019, 25 ss; AA.VV., *La trasparenza amministrativa*, F. MERLONI – G. ARENA – E. CARLONI (a cura di), Milano, 2008; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.* 2015, 121, ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. FRACCHIA (a cura di), Milano 2020; A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari 2020.

nella legalità che si producono esternalità positive per l'intero sistema, con ricadute positive anche per l'ente che in tale contesto agisce.

L'ente privato, dunque, implementa un principio cardine del sistema pubblicistico, il principio di legalità, non inteso semplicemente nella sua accezione "debole", come rispetto della legge, da sempre valido, bensì nella sua accezione "forte", come procedimentalizzazione del proprio operato.

Questo approccio è dirompente per gli enti privati che sono chiamati a modificare il proprio *modus agendi*, in particolare nel momento della pianificazione della strategia organizzativa.

Infatti, le maggiori difficoltà che gli enti privati incontrano nella redazione dei Modelli 231 è data proprio dalla declinazione dei c.d. protocolli di condotta, che costituiscono – come detto – il nucleo centrale dei suddetti modelli.

Attraverso i protocolli di condotta gli enti sono chiamati a processare la propria attività interna, a strutturare in forma procedimentale le fasi attraverso cui si snodano i processi operativi e decisionali interni all'ente (es. partecipazione ad una procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico; partecipazione a procedure di erogazione di finanziamenti pubblici; rapporti con soggetti istituzionali o appartenenti alle pp.aa., anche in occasione di verifiche, ispezioni, controlli, gestione di flussi finanziari e pagamenti; commercializzazione e alla diffusione dei prodotti farmaceutici⁶⁷, etc...), identificando i soggetti o gli uffici responsabili per ogni singola fase, in ossequio al principio della segregazione delle funzioni, garantendo un coordinamento razionale fra le specifiche fasi e funzioni attraverso l'ideazione di un sistema c.d. di flussi informativi fra gli operatori coinvolti nelle singole fasi dello specifico processo, i responsabili della fase o dell'intero processo aziendale attenzionato, e l'OdV.

Un meccanismo di primo acchito complesso, perché impone all'ente uno sforzo di auto-normazione delle regole procedimentali del proprio agire.

I protocolli di condotta, infatti, costituiscono veri e propri modelli di gestione precauzionale del rischio, perché essi consistono nella declinazione di specifiche regole di condotta cautelative, che l'ente stesso è chiamato a definire, per scongiurare il rischio di reato⁶⁸.

⁶⁷ Sullo specifico tema, proprio con riferimento alla effettiva sussistenza di un rischio corruzione in tale settore: S. CAGLIANO - A. LIBERATI, *I farmaci*, Bologna 2001; M. ANGELL, *Farma&Co, Industria farmaceutica: storie straordinarie di ordinaria corruzione*, Milano 2006; LAW, *Big Pharma. Come l'industria farmaceutica controlla la nostra salute*, Torino 2006.

⁶⁸ C. PIERGALLINI, *Pragmatica dell'autocontrollo penale*, cit.

Tali protocolli di condotta pongono, dunque, norme cautelari ma anche cautelative o ultra-prudenziali⁶⁹, ispirate a uno standard di diligenza più elevato, imposto dalle esigenze securitarie ispirate alla logica precauzionale⁷⁰, regole di carattere precettivo, in quanto vincolanti per l'ente.

Ciò pone almeno tre rilevanti problemi: il primo, sul piano delle fonti, di grande rilevanza per l'ordinamento penalistico, ancor più che per quello amministrativo, non essendo consuetudine per il primo la declinazione privatistica di regole cautelari di condotta, per via del difficile raccordo con il principio di legalità⁷¹; il secondo, del rischio di un incontrollato ampliamento della responsabilità colposa dell'ente⁷²; il terzo, relativo al controllo esterno, o meglio, al sindacato sulla validità e adeguatezza della regola autoprodotta dall'ente e ai suoi limiti⁷³.

Tali questioni si ritengono, con le dovute precisazioni, similmente e in parte valide anche per l'ordinamento amministrativo⁷⁴, dovendo anche i PTPCT contenere, necessariamente, una adeguata mappatura dei processi interni a rischio corruttivo e la specificazione delle relative misure di contrasto.

Certo, va anche detto che lo sforzo che si chiede alla p.a. nella mappatura dei processi decisionali è sicuramente meno invasivo rispetto agli enti privati, perché è connaturale alle pp.aa. agire in ossequio alla logica procedimentale, con tutte le conseguenze che ne derivano in materia di riparto delle competenze, responsabilità, etc... Ciò che si chiede alle pp.aa.

⁶⁹ C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.

⁷⁰ V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240.

⁷¹ C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1099 ss.; C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, cit.

⁷² C.E. PALIERO - C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit.; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit.

⁷³ Per gli enti privati: V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d. lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2011; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, cit.; V. ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit. Per il sindacato del giudice amministrativo sul sistema anticorruzione nella p.a. sia consentito rinviare a R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari 2020.

⁷⁴ Su questi temi, tuttavia, per ragioni di continenza, non ci si potrà soffermare nel presente scritto. Pertanto, sia consentito il rinvio a R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, 228 ss.

– e la cosa forse non è di poco conto –, è di migliorare e implementare le regole procedurali già note, distinguendo e mappando, per aree di rischio, i singoli processi decisori, al fine di meglio identificare le responsabilità interne all'ente.

Orbene, con riferimento alla prima questione posta, astraendoci dalle complesse problematiche che involgono l'ordinamento penalistico, su cui in questa sede non è possibile addentrarsi, è evidente che ci si trova dinanzi a norme, a regole, autoprodotte dall'ente e che le medesime hanno una chiara valenza precettiva.

A differenza dell'ordinamento penale, in cui certamente il ricorso alla *soft law*, alle linee guida, o più in generale alla normazione privatistica (si pensi alle certificazioni) integrativa della regola precettiva posta dalla disposizione di legge pone questioni rilevanti, la riserva relativa di legge nell'ordinamento amministrativo, lascia margini d'intervento più ampi alle fonti interne⁷⁵ o alla stessa *soft law*⁷⁶.

Questo elemento invita innanzitutto a riflettere sulla natura giuridica del PTPCT, il cui contenuto è certamente complesso⁷⁷, perché dato da un insieme di misure in parte programmatiche in parte precettive. Tale atto ha certamente carattere organizzativo, dovendo ciascuna amministrazione indicare, nel piano, gli interventi organizzativi necessari a prevenire il rischio corruzione (art 1, comma 5, lett. a), L. n. 190/2012). Tuttavia, non si può ignorare la parte precettiva del piano medesimo, non solo relativa alle specifiche misure di prevenzione *ivi* previste, ma anche agli specifici doveri di azione o di comportamento *ivi* declinati, integrativi delle regole procedurali ordinarie, la cui violazione è fonte di responsabilità disciplinare (art, 1, comma 14 e comma 44 della L. n. 190/2012).

L'auto-normazione, da parte dell'ente, di specifiche regole di condotta a presidio dell'inveramento del rischio, comporta l'attribuzione di vere e proprie posizioni di garanzia a carico dei soggetti tenuti a rispettarle, potendo l'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, porre attraverso esse, specifiche e ulteriori "norme" di azione⁷⁸ e anche di

⁷⁵ F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli 2020.

⁷⁶ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2018.

⁷⁷ Parla di natura ibrida del PTPCT, G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, cit., in particolare 364.

⁷⁸ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1957; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in AA.VV., *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983; E. CASETTA, *Manuale di*

relazione, scegliendo e declinando le modalità di azione e di comportamento ritenute più consone in base al concreto contesto operativo.

Il valore precettivo di tali disposizioni o misure ha però carattere preminentemente interno, non incidendo direttamente sulla posizione giuridica dei terzi se non nei limiti del legittimo affidamento che esse suscitano nei loro confronti.

Pertanto, con riferimento alla natura giuridica del piano triennale, si potrebbero profilare tre tesi: si potrebbe ritenere che essi siano assimilabili a regolamenti organizzativi, a contenuto complesso, contenuti sia misure programmatico-organizzative sia precettive, dunque, in sostanza atti espressione del potere di autoorganizzazione dell'ente; oppure, valorizzando i protocolli di condotta, quale parte integrante e nevralgica del piano, dotata però di autonoma valenza, si potrebbero forse ripensare quelle tesi della dottrina⁷⁹ sulla natura giuridica "normativa" delle circolari interne all'amministrazione, o delle c.d. circolari-regolamento, quali atti atipici volti a porre regole generali e astratte, in grado di produrre effetti anche sui terzi, nei limiti in cui fanno sorgere sulla generalità dei consociati, l'aspettativa che essi rappresenteranno una guida per l'esercizio dell'azione amministrativa (in definitiva, un esempio di norma interna con rilevanza esterna)⁸⁰; oppure, preso atto dell'atipicità del sistema delle fonti nell'ordinamento amministrativo, potrebbe forse semplicemente riconoscersi al PTPCT la sua autonoma valenza giuridica, evidenziandone le caratteristiche consustanziali e le peculiarità, quale nuova norma interna, andando esso ad arricchire il complesso e atipico sistema delle c.d. norme interne, così evitando forzature nella categorizzazione giuridica delle fonti già esistenti. Tesi, quest'ultima forse più plausibile.

Tuttavia, pur riconoscendo al PTPCT un'autonoma dignità giuridica, quale nuova norma interna capace a proprio modo e con i propri limiti di avere anche una certa rilevanza esterna, è importante chiarire che, lungi da dar vita a inutili sovrastrutture burocratiche che ingessano l'amministrazione, tale piano assolve la funzione primaria di razionalizzazione del processo organizzativo e decisorio dell'amministrazione, attraverso la previsione di regole condizionali (del tipo: se... allora) che consentano all'amministrazione di prevedere come provvedere e come agire in vista di decisioni future.

Le regole declinate nel piano, dunque, debbono necessariamente integrarsi con il sistema normativo e ordinamentale di riferimento. Il

diritto amministrativo, F. FRACCHIA (a cura di), cit.

⁷⁹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1889.

⁸⁰ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

piano non può creare un “ordinamento sezionale”⁸¹, ma deve presentarsi come la migliore sintesi organizzativa e funzionale di quella specifica amministrazione, provocatoriamente, una sorta di legge – quadro per l’amministrazione che lo adotta.

Tesi che sembra corroborarsi, come si vedrà, alla luce dei recenti riferimenti normativi presenti nel PNRR.

8. L'identificazione dei presidi di responsabilità interni: dalla cogenza della regola di condotta auto-normata dall'ente alla responsabilità per colpa da cattiva organizzazione

Questione strettamente connessa alla precettività delle regole autoprodotte dall'ente, è quella della possibilità, da parte dell'amministrazione o dell'ente medesimo, di disattenderle.

Sebbene sul punto vi siano considerevoli differenze fra le due discipline, deve riconoscersi, in via del tutto generale che, in entrambi i casi, la possibilità di derogare alla regola auto-normata, da parte dell'ente medesimo, non solo non sia escludibile, se adeguatamente motivata in relazione al caso concreto, ma che tale possibilità sia ordinariamente pensata come necessaria, se valutata nella prospettiva di divenire dell'efficacia del piano medesimo.

Basti pensare alla caducità del piano, alla sua provvisorietà dovuta alla rivedibilità dei suoi contenuti.

È chiaro, tuttavia, che la derogabilità della regola precettiva auto-normata non possa divenire una prassi consolidata, dovendo essere confinata a ipotesi eccezionali, giustificate dalle peculiarità del caso concreto o da un ripensamento sull'efficacia del protocollo operativo, per via della riscontrata incompletezza o inadeguatezza del protocollo preventivamente stilato, come tale bisognoso di adeguamenti e modifiche.

Pertanto, la deroga a tali protocolli operativi dovrebbe generalmente fungere da stimolo per un perfezionamento dei medesimi, pena il depotenziamento della cogenza stessa ad essi attribuita.

Si deve riconoscere, dunque, che tali regole precettive abbiano un doppio limite: temporale, in verità non predeterminato, per via della

⁸¹ M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali*, in *Il dir. dell'econ.*, 1/1991; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985; Più di recente sui temi: F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Le norme interne*, cit.

loro consustanziale perfeffibilità, stimolata anche da un processo interno di apprendimento adattivo, che le rende flessibili ma non per questo arbitrariamente mutevoli; sostanziale, essendo il frutto di un processo di auto regolazione da parte dell'ente, evidentemente discrezionale, che le rende non solo modificabili nel tempo ma difficilmente sindacabili, risultando particolarmente improbo un sindacato estrinseco sulla loro adeguatezza, anche ai fini della configurabilità di una responsabilità dell'ente per c.d. colpa da (cattiva) organizzazione.

Colpa da organizzazione che, si badi bene, non sussiste solo nell'ipotesi più grave della mancata adozione dello specifico protocollo operativo, funzionale a contenere l'inveramento di un rischio di reato in una specifica area operativa dell'ente, o peggio ancora per mancata adozione del piano (ipotesi ormai di scuola per la p.a.) o del modello 231 (ipotesi possibile e, come detto, problematica), bensì da mera inadeguatezza del protocollo al contenimento del rischio pur specificatamente individuato.

È proprio in riferimento a questo profilo, tuttavia, che si registrano evidenti divergenze tra i due modelli, frutto della diversa funzione assolta dalle due discipline in esame.

Non va dimenticato, infatti, che la disciplina di cui al d.lgs. n. 231/01 prevede una responsabilità dell'ente diretta, autonoma ed eventualmente concorrente con quella dell'autore del c.d. reato presupposto, ossia del soggetto che abbia compiuto o anche solo tentato di compiere uno dei reati fra quelli tassativamente previsti dallo stesso decreto legislativo, potendo tale responsabilità configurarsi anche nell'ipotesi in cui l'autore del reato non sia stato identificato, o non sia imputabile.

Lo scopo sotteso alla richiamata disciplina è, infatti, essenzialmente quello di evitare l'inverarsi di fenomeni di criminalità d'impresa, estendendo l'ambito oggettivo dell'illecito al di là della fattispecie della c.d. impresa criminale o illecita, ossia quella che agisca completamente al di fuori dello schema della legalità, bensì, seguendo una logica general-preventiva, sanzionando anche l'impresa lecita nel caso in cui, nell'esercizio della propria attività, venga commesso un illecito, a proprio vantaggio o nel proprio interesse. Il bene giuridico tutelato, infatti, è da identificarsi primariamente nel mercato aperto, concorrenziale e, mediamente, nella diffusione dell'etica della legalità.

Di conseguenza, ciò porta a distinguere nettamente le responsabilità individuali, ossia dei dipendenti o soggetti apicali che agiscono nel e per l'ente, dalla responsabilità diretta dell'ente medesimo, sebbene per fatto altrui. Ne consegue, la centralità della c.d. colpa da cattiva organizzazione

come criterio oggettivo d'imputazione del fatto di reato all'ente.

Come spiegato, la *ratio* della disciplina è quella di invitare l'ente a predisporre specifiche misure organizzative a presidio della prevenzione e gestione del rischio di commissione di reati.

Una valutazione, questa, discrezionale molto ampia, sull'*an*, sul *quid* e sul *quomodo* della selezione e gestione del rischio di reato, che pone problemi di non poco momento in relazione al sindacato giurisdizionale, da parte del giudice penale, sull'adeguatezza del modello organizzativo preventivo, ai fini dell'imputazione della responsabilità all'ente per c.d. colpa da organizzazione⁸².

⁸² C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, cit.; C.E. PALIERO - C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit.; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, cit. L.A. spiega che nell'ordinamento penale, in particolare, è controverso lo stesso concetto di «colpa da organizzazione», essendo state profilate, in campo, diverse tesi, o meglio, tre distinti paradigmi ascrittivi della colpevolezza all'ente. Un primo orientamento, definibile etico-sintomatico, fa leva sull'esistenza di un meta-precetto a carico dell'ente, ossia quello del dovere di organizzarsi, che porterebbe a sanzionare l'ente per inidoneità a prevenire il rischio di reato. Tale ricostruzione, seguendo il modello tedesco, darebbe vita a una sorta di pre-colpevolezza dell'ente, derivante dall'aver consentito o agevolato le condizioni per la successiva commissione del reato. Volendo fare un parallelismo con istituti noti nell'ordinamento italiano, tale criterio d'imputazione si rifarebbe al criterio della c.d. *actio libera in causa*. La tesi fa capo a C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002; Id., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 88 ss. Un secondo orientamento, c.d. funzionalista, porta a delineare una responsabilità oggettiva dell'ente, per il solo modo di essere della sua organizzazione interna. Tale tesi farebbe leva sull'impossibilità di fondare la responsabilità dell'ente su criteri ordinari d'imputazione della persona fisica, in particolare per ciò che attiene all'elemento soggettivo, ragion per cui la *voluntas societatis* andrebbe oggettivata e ricostruita su criteri meramente normativi. Cfr. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, G. LATTANZI (a cura di), Milano 2010; F. DA RIVA GRECHI, *L'illecito funzionale degli enti collettivi*, in *Giust. pen.*, 2003, 441 ss. Un terzo orientamento, che fa capo all'A. (C.E. PALIERO) si sforza di delineare un sistema ascrittivo della responsabilità di tipo colposo in senso stretto, ascrivendo all'ente il fatto-reato della persona fisica che lo rappresenta, sulla base di un rimprovero effettivo di colpa. Di conseguenza, i protocolli di condotta delineati nel Modello 231 non sarebbero una esimente per l'ente, ma dovrebbero collocarsi nel fatto tipico del reato, colorando di determinatezza la regola cautelare in essi specificata. Il rimprovero effettivo di colpa che si potrebbe muovere all'ente, dunque, sarebbe incarnato da specifici deficit di autocontrollo organizzativo. Più pragmatica la giurisprudenza che si limita a muovere il rimprovero all'ente per mancata adozione di presidi preventivi idonei a scongiurare il rischio di reato, dando vita, sostanzialmente, a una forma di colpevolezza normativa basata, per lo specifico caso di reato commesso da un soggetto apicale, sul criterio dell'immedesimazione organica (si allude al caso Thyssenkrupp, che resta paradigmatico: Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343). È evidente che le difficoltà ermeneutiche derivano dalla necessità di delineare

E invero, non si può dimenticare che il sistema d'imputazione della responsabilità all'ente, ai sensi del D.lgs. n. 231/01, è costruito sulla base di un modello di responsabilità formalmente "amministrativa" – stando al *nomen iuris* – ma sostanzialmente penale; non a caso, la tesi prevalente relativa alla natura giuridica della responsabilità da reato dell'ente⁸³ è quella c.d. mista, ossia quella di «un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, nel tentativo di contemperare le ragioni di efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia»⁸⁴, anche per via dell'attribuzione della materia alla giurisdizione al Giudice penale.

Diversamente, il sistema di prevenzione della corruzione nella p.a., non origina dalla esigenza di imputare una responsabilità diretta all'ente per fatti dei propri funzionari, bensì, a contrario, dal bisogno di incentivare buone prassi al fine di debellare fenomeni di c.d. *maladministration*, ossia comportamenti prodromici e non necessariamente integranti un reato, nemmeno nella soglia minima del tentativo, che sono però meritevoli di essere attenzionati e sanzionati, in quanto capaci di contaminare, di compromettere il corretto esercizio della funzione pubblica. Un sistema di responsabilità, dunque, calibrato essenzialmente sul singolo funzionario, essendo l'amministrazione pubblica parte offesa dalla condotta disdicevole.

Questo ha portato a ritenere che mentre il sistema 231 risponda all'esigenza di delineare efficaci strumenti di tutela a garanzia dell'eticità della condotta dell'ente, la disciplina anticorruzione miri piuttosto ad assicurare presidi di garanzia dell'etica nell'ente⁸⁵.

i profili ascrittivi della colpevolezza dell'ente in conformità ai parametri costituzionali di cui agli artt. 25 e 27 Cost., non potendo accettarsi, nel sistema penale, ipotesi di responsabilità oggettiva. Le questioni, come si vedrà, si presentano molto meno complesse nell'ordinamento amministrativo in cui, come noto, il sistema di responsabilità da mancata o inefficace attuazione dei presidi anticorruzione è tutto incentrato sul singolo funzionario, sul soggetto agente che agisce egoisticamente, discostandosi dai parametri di corretto perseguimento dell'interesse pubblico, dunque in danno all'ente, non già a vantaggio o nell'interesse dell'ente come nel sistema di cui al D.lgs. n. 231/01. Ciò non toglie, tuttavia, che si possa ragionare su una possibile ed eventuale forma di responsabilità civile dell'ente pubblico, o più in generale, della p.a., per difetto di organizzazione. Sia sufficiente pensare a eventuali profili di valorizzazione della c.d. *class action* pubblica. Sui temi, se si vuole: R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit.

⁸³ G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in Diritto penale contemporaneo.

⁸⁴ Relazione ministeriale al D. lgs. 8 giugno 2001, 231 in *Dir. e Giust.*, 2001, n. 20.

⁸⁵ Così G. CAPUTI, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/01*, cit., 503;

Purtuttavia, pur nella veridicità dell'assunto, si ritiene che tale visione sia miope o comunque parziale perché se è vero che il sistema 231 ha come scopo quello di incentivare il sistema di legalità operativa e gestionale dell'ente, è anche vero che tale sistema di legalità penetra nel contesto aziendale, divenendo l'emblema delle scelte di *policy*, cui tutti sono chiamati ad aderire; viceversa, quandanche il sistema di prevenzione del rischio corruzione nella p.a. sia calibrato sul singolo, ciò non esime la stessa amministrazione dal rispetto di doveri di pianificazione organizzativa funzionali a garantire l'efficiente ed efficace esercizio della propria attività.

In merito a quest'ultimo aspetto potrebbe ipotizzarsi, forse, un parallelismo con i meccanismi d'imputazione della responsabilità amministrativa da reato all'ente privato, ai sensi degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/01⁸⁶, disposizioni che rappresentano l'architrave del paradigma punitivo dell'ente privato.

Operare questo parallelismo, tuttavia, porterebbe a dilatare le maglie della responsabilità dell'ente e, probabilmente, ad allungare le distanze o a implementare lo scollamento fra responsabilità del funzionario e responsabilità dell'amministrazione per *deficit* organizzativo.

Non si può dimenticare, infatti, che sebbene il piano triennale sia strumento di governo dell'incertezza, manifestazione del processo decisionario che lascia comunque spazi alla mutevolezza della decisione concreta⁸⁷, con la conseguenza che l'autovincolo, organizzativo ma anche funzionale, che deriva dal piano, funge innanzitutto da premessa per le decisioni future – avendo il piano la primaria funzione di contribuire all'assorbimento dell'incertezza procedurale, non vincolando l'amministrazione nell'adozione in concreto di decisioni future – esso serve, anche e senza dubbio, ad arricchire il catalogo dei doveri gravanti sui funzionari e i profili di conseguente responsabilità, questi sì di carattere cogente (basti pensare alle ipotesi di responsabilità disciplinare ma anche dirigenziale che possono configurarsi in conseguenza al mancato rispetto o attuazione del piano).

Pertanto, è possibile sostenere che la logica della prevenzione mediante organizzazione comporta, per la p.a., uno scollamento fra responsabilità individuali dei funzionari o degli organi che agiscono all'interno dell'amministrazione e responsabilità dell'ente in quanto tale, interrompendo il nesso causale d'imputazione diretta del fatto (inteso come

⁸⁶ Sul tema, R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione ma prevenzione e continuità aziendale*, cit. Sia consentito altresì rinviare a R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., 228 ss.

⁸⁷ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit.

atto, attività o comportamento del funzionario –organo) all’ente⁸⁸.

E invero, nessuna responsabilità da colpa da organizzazione è direttamente imputata all’ente pubblico per violazione della normativa in materia di prevenzione del rischio corruzione, partendo proprio dal presupposto che tali comportamenti disdicevoli non siano espressione della funzione dell’ente, piuttosto manifestazione di un processo patologico, di devianza dal corretto esercizio della funzione, che spezza il nesso d’immedesimazione organica fra ente e funzionario.

Orbene, se è evidente che questo sistema di pianificazione organizzativa probabilmente accentui lo scarto diaframmatico sussistente fra responsabilità del funzionario e responsabilità dell’ente, non considerare le eventuali conseguenze negative che, in termini di esternalità, potrebbero derivare da un *deficit* organizzativo, significherebbe sminuire il valore della pianificazione organizzativa, quale fondamentale strumento d’*improvement* dell’efficienza amministrativa.

Certo è che un punto, forse, va subito messo in chiaro; il limite, invalicabile, di questo processo di razionalizzazione organizzativa e funzionale resta uno solo: l’impossibilità di implementare *ab estrinseco* la discrezionalità dell’amministrazione pubblica, intesa come effettiva capacità di scelta e di ponderazione degli interessi in gioco, a maggior ragione se oggetto di sindacato diviene la stessa capacità di pianificazione organizzativa dell’ente, come ad esempio potrebbe essere il caso della configurabilità di una responsabilità civile della p.a. per mancata individuazione nel piano di un possibile “evento sentinella” e, di conseguenza, delle misure idonee a scongiurare il rischio di reato a quello connesso⁸⁹.

Il sindacato giurisdizionale sull’adeguatezza del sistema di pianificazione amministrativa del rischio corruzione, dunque, troverebbe un limite invalicabile nella riserva di amministrazione. Il merito delle scelte e, dunque, la qualità delle decisioni – di organizzazione, prima, provvedimentali, poi – non può che rimettersi alla *virtus* del singolo decisore. Questo, probabilmente, è il vero limite, o presidio, se lo si guarda a contrario, della riserva di amministrazione.

⁸⁸ M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l’organo: nodi di un problema*, in *PA persona e amministrazione*, cit.; M.C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell’amministrazione e diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, cit.; ID., *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *PA persona e amministrazione*, 1/2019, 39 ss.; *ibidem*, S. CIMINI, *Modello organizzativo e responsabilità della p.a.*, 99 ss., nonché M. TRIMARCHI, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, 249 ss.

⁸⁹ Sui temi, più in dettaglio, se si vuole: R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit., 238 ss.

Limite, tuttavia, che solo in parte depotenzia, come si spiegherà, la carica di precettività del PTPCT.

9. *La valorizzazione dei c.d. flussi informativi a garanzia della trasparenza.*

Un ulteriore rilevante profilo del sistema di pianificazione organizzativa funzionale alla prevenzione del rischio corruzione, che merita di essere evidenziato, è quello della valorizzazione dei profili di trasparenza, non solo verso l'esterno ma anche all'interno dell'ente.

Con particolare riferimento al primo profilo va rilevato che la comunicazione, o meglio, il disvelamento delle decisioni di organizzazione attraverso la declinazione dei protocolli di condotta – stante l'obbligo di pubblicazione del piano, così come del modello 231 – diviene l'emblema dell'autopoiesi organizzativa, funzionale alla razionalizzazione dei comportamenti da assumere e delle competenze da attribuire.

Per le pp.aa. ciò significa che, ove correttamente attuato, il processo di gestione del rischio corruzione attraverso la pianificazione organizzativa rende, innanzitutto, l'organizzazione della singola amministrazione un'organizzazione trasparente⁹⁰, un'organizzazione spiegata ai cittadini⁹¹ e al contempo partecipata.

Infatti, non solo i PTPCT sono conoscibili, perché oggetto di pubblicazione sul sito dell'Amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente"⁹², bensì, ai fini della predisposizione del PTPCT, è raccomandato alle amministrazioni medesime di realizzare forme di consultazione con gli *stakeholders*, da strutturare e pubblicizzare adeguatamente, volte a sollecitare la società civile e i soggetti portatori di interessi a formulare eventuali proposte da valutare in sede di elaborazione del PTPCT⁹³.

⁹⁰ F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Il dir. dell'econom.*, 3/2015, 483 - 506.

⁹¹ Parla di «pianificazione di comunicazione» A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, cit., 89 ss.

⁹² Art. 10, comma 8, D.lgs. n. 33/2013.

⁹³ Quest'ultimo non è uno specifico obbligo di legge ma una mera raccomandazione formulata dall'ANAC nel PNA 2019. Tuttavia, sull'effettività dell'apporto dello strumento partecipativo all'*improvement* dei PTPCT qualche dubbio sembra lecito porre, semplicemente sulla base della considerazione che un essenziale presupposto per la redazione di PTPCT adeguati al contesto organizzativo è dato dall'effettiva conoscenza della macchina amministrativa e del suo funzionamento. Non a caso la legge prevede

Ancora, si ritiene che un'adeguata pianificazione organizzativa finalizzata alla gestione del rischio corruzione, rafforzi il profilo interno della trasparenza amministrativa, dovendosi rivalutare la tracciabilità dei flussi informativi all'interno della p.a., profilo questo ormai da qualche tempo adombrato dal predominante bisogno di visibilità dell'azione amministrativa da parte della collettività.

La valorizzazione del profilo della trasparenza interna all'organizzazione amministrativa diviene strumentale all'efficienza stessa della pubblica amministrazione, sia organizzativa, *in primis*, sia funzionale.

Lo sforzo di *self analysis*, costantemente richiesto all'amministrazione⁹⁴, pertanto, deve essere orientato alla semplificazione amministrativa⁹⁵, intesa non come dismissione o snellimento della funzione pubblica attraverso meccanismi di esternalizzazione, bensì come conoscibilità, linearità dei processi organizzativi interni e degli specifici presidi di responsabilità; una semplificazione amministrativa, dunque, da raggiungere attraverso la valorizzazione della buona amministrazione e, al contempo, in una prospettiva circolare, funzionale a garantirne il buon andamento, inteso come efficiente perseguimento degli obiettivi predefiniti.

Le medesime considerazioni valgono con riferimento agli enti privati esposti a responsabilità amministrativa da reato, su cui – come visto – incombe l'onere d'individuazione di specifici protocolli interni per la gestione del rischio di reato, calibrati con precipuo riferimento all'organizzazione aziendale.

che i PTPCT non possano essere elaborati da soggetti esterni all'amministrazione (art. 1, comma 8, L. n. 190/2012). Nonostante tutto, però, il coinvolgimento degli *stakeholders* appare un pregevole tentativo di responsabilizzare la cittadinanza, chiamandola a partecipare attivamente alla gestione della *res publica*. In definitiva, un potenziale strumento di co-amministrazione.

⁹⁴ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit.; G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio corruzione*, cit.

⁹⁵ Sulla (complessità della) semplificazione amministrativa, anche con particolare riferimento alla prevenzione della corruzione: F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli 2000; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 3-4/2008, 405 ss.; M. BERTOLISSI – V. ITALIA, *La semplificazione delle leggi e dei procedimenti amministrativi*, Napoli 2015; A. RALLO – A. SCOGNAMIGLIO, *I Rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo e attività produttive e imprenditoriali*, Napoli 2016; AA.Vv., *Corruzione e semplificazione normativa e amministrativa*, sezione monografica che fa parte di *Corruzione e pubblica amministrazione*, M. D'ALBERTI (a cura di), cit.; AA.Vv., *Semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano 2017; AA.Vv., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), Milano 2020.

Non a caso, sebbene a differenza dei PTPCT i protocolli 231 possano essere redatti anche da consulenti esterni all'ente, o da professionisti a ciò incaricati dall'ente medesimo, si richiede che gli stessi siano posti in condizione di conoscere l'assetto organizzativo aziendale e le procedure interne eventualmente già adottate⁹⁶, instaurando un dialogo costruttivo con gli organi di vertice, ispirato alla metodologia del c.d. *brainstorming*, al fine di far emergere soluzioni adeguate all'obiettivo perseguito.

Ai fini della trasparenza, inoltre, è fatto obbligo agli enti che adottino il Modello 231 di assicurare un'adeguata tracciabilità delle attività oggetto degli specifici protocolli di condotta.

È, infatti, previsto che l'ente adotti un adeguato sistema interno di documentazione e comunicazione che consenta di ricostruire i c.d. flussi informativi, ossia lo scambio di informazioni e di documentazione intercorrente fra singoli operatori coinvolti nel processo aziendale, soggetti responsabili di funzione, nonché, ancora, fra i vertici aziendali e l'organismo preposto alla vigilanza.

Questo sistema di tracciabilità, pertanto, assicura al contempo la trasparenza nei meccanismi operativi interni, funzionale a presidiare l'efficienza del *management* aziendale, nonché la trasparenza dei medesimi meccanismi all'esterno, essendo possibile ricostruire, facilmente, ove occorra – si pensi sempre all'ipotesi di sindacato giurisdizionale – i processi aziendali posti in essere.

Ancora, una trasparenza pura, intesa in termini di pubblicità o visibilità dei processi aziendali come anche delle scelte di *policy*, è comunque assicurata dalla pubblicazione sul sito aziendale dei suddetti modelli.

Pertanto, sembra possibile sostenere che lo scopo sotteso al sistema di prevenzione mediante una buona organizzazione sia quello di ridurre il rischio di commissione di reato senza ingessare l'attività dell'ente, piuttosto di migliorarne l'efficacia e l'efficienza attraverso un compiuto sforzo di razionalizzazione delle risorse, delle competenze, delle responsabilità.

In definitiva, lo sforzo costruttivo sarebbe quello di evitare il paradossale e dannoso fenomeno della c.d. *paralysis by analysis* o, per le pp.aa. dei silenzi ingiustificati, comportamenti spesso incentivati dalla macchinosità burocratica, dalla scarsa trasparenza, dalla scarsa responsabilizzazione dei processi decisionali interni all'ente medesimo.

⁹⁶ Si pensi alle certificazioni ISO per la gestione della qualità e della sicurezza sul lavoro (ISO 45001:2018 *Occupational Health and Safety Assessment Series*), ai sistemi di gestione ambientale (UNI EN ISO 14001), ai sistemi di gestione della qualità (UNI EN ISO 9001), al sistema di Auditing interno, etc...

10. *Le aree di sovrapposizione normativa fra le due discipline e l'integrazione fra i due modelli. Profili di complessità e di criticità*

L'analisi condotta ha permesso di evidenziare analogie e simmetrie esistenti nel sistema di pianificazione organizzativa per la gestione del rischio di reato. Le affinità presenti, se non – come dimostrato – l'identità metodologica che chiama gli enti, sia pubblici sia privati, a uno sforzo di *self analysis* e di razionalizzazione organizzativa, ha ricadute nel momento pratico-applicativo.

Vi sono, infatti, ambiti in cui le due discipline s'intersecano e si sovrappongono; pertanto, le stesse sono chiamate a convivere e a integrarsi fra loro, pur dovendo mantenere un'autonomia che deriva dalla differente funzione cui sono preposte.

Orbene, ferme le differenze strutturali e funzionali esistenti – come visto – fra le due discipline oggetto d'esame, è innegabile che sussista un'area di sovrapposizione fra le due normative, inerente la gestione del rischio corruzione.

Area di sovrapposizione che porta ad accentuare quei profili d'ibridazione fra pubblico e privato, a garanzia del perseguimento dell'interesse generale che si è individuato nella prevenzione della corruzione attraverso l'accentuazione dei profili di legalità procedimentale e il rispetto degli obblighi di trasparenza.

Le ragioni della sovrapposizione fra le due discipline, al di là dell'ambito oggettivo di applicazione in comune, ossia la gestione del rischio corruzione, dipendono essenzialmente da due fattori.

Il primo, assolutamente rilevante, è dato dalla neutralità della natura giuridica dell'ente ai fini dell'applicazione dei principi e regole di derivazione pubblicistica, quali sono ad esempio gli obblighi di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013; neutralità che deriva o dall'essere ente soggetto a controllo pubblico o società partecipata o ancora, dalla rilevanza dell'attività svolta dall'ente medesimo, come tale riconducibile nel perimetro dell'attività di pubblico interesse⁹⁷.

⁹⁷ Si allude in particolare all'art. 1, comma 2-bis, L. n. 190/2012, come introdotto dall'art. 41, comma 1, lett b) del d.lgs. del 25 maggio 2016, n. 97, nonché all'art. 2-bis del D.lgs. n. 33/2013, sempre introdotto con il D.lgs. n. 97/2016, disposizioni con cui si è proceduto, rispettivamente, a raccordare la disciplina anticorruzione contenuta nella L. n. 190/2012 con quella in materia di trasparenza e, altresì, a individuare criteri oggettivi e predeterminati per la riconducibilità di alcuni enti di diritto privato fra quelli tenuti all'applicazione e adozione di misure di prevenzione della corruzione e trasparenza, seppure con degli adattamenti.

Il secondo, conseguente, deriva dalla struttura bilaterale del reato di corruzione, quale reato-contratto che, potenzialmente, pone alcuni soggetti di diritto privato – in particolare quelli individuati dall'art. 2-bis, comma 2, del D.lgs. n. 33/2013, tenuti, sebbene con alcuni adattamenti, all'applicazione della disciplina in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza – in posizione sia di possibili destinatari dell'atto corruttivo sia di potenziali autori del medesimo, per il tramite dei propri componenti, a seconda del tipo di attività svolta.

Pertanto, non è escludibile che alcuni enti di diritto privato siano chiamati ad applicare, contestualmente, sia la normativa sulla prevenzione della corruzione di cui alla L. n. 190/2012 e i conseguenti obblighi di trasparenza, sia la disciplina di cui al D.lgs. n. 231/01.

Come anticipato, un esempio emblematico è quello delle strutture sanitarie private, cui è stata imposta l'adozione del Modello 231, in uno con il PTPCT.

In tali casi si assiste a una vera e propria coesistenza di modelli, in spregio al principio di ragionevolezza e semplificazione amministrativa.

Pur volendo riconoscere che tali enti, per il tipo di attività svolta, siano chiamati al rispetto di entrambe le discipline, è arduo riconoscere la proficuità della contestuale adozione del PTPCT e del Modello 231, non fosse altro per la parziale duplicità di contenuti cui i modelli danno vita, oltre che per potenziali cortocircuiti organizzativi che potrebbero derivare.

E invero, vi è una cospicua area di rischio, quella di corruzione – che per vero ha generalmente un peso assorbente o comunque preminente per tali società – presidiata contemporaneamente da due soggetti distinti: il Responsabile della prevenzione della corruzione e l'Organismo di vigilanza.

Non a caso, si richiede che fra i due organi sia assicurato un adeguato coordinamento, attraverso meccanismi di trasparenza interna fra i medesimi, come ad esempio lo scambio costante d'informazioni attraverso i c.d. flussi informativi, bensì anche, senza dubbio, mediante leale collaborazione e buona fede.

La difficoltà, evidentemente pratica, di conciliare le due discipline, ha destato non poche perplessità in dottrina⁹⁸, in specie prima dell'integrazione normativa della L. n. 190/2012 e del d.lgs. n. 33/2013 ad opera del D.lgs. n. 97/2016. Dubbi evidentemente fondati, per via dell'anticipazione para-normativa degli obblighi gravanti su tali enti, compiuta dall'ANAC

⁹⁸ G. CAPUTI, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/01*, cit.; R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, cit.; G. DI GREGORIO, *Compliance anticorruzione e modelli ex D. Lgs. n. 231/2001*, cit.

con l'adozione delle linee guida⁹⁹ e in parte ancora esistenti per via della pervasività, del grado di dettaglio con cui l'ANAC, ancora oggi, tratteggia gli obblighi gravanti sugli enti di diritto privato, in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione¹⁰⁰.

Al di là della questione normativa relativa al ruolo svolto dalle linee guida ANAC¹⁰¹, fondamentale ma su cui non ci si può addentrare, anche perché in parte superata dal dettato normativo, resta tuttavia la difficoltà di gestire quest'area di sovrapposizione fra le due discipline, che pone problemi di carattere pratico ma anche squisitamente giuridico.

Con riguardo al primo profilo, evidenziata la sostanziale analogia del sistema di pianificazione del rischio, funzionale alla procedimentalizzazione dell'attività dell'ente e, dunque, alla specificazione delle regole di condotta da mantenere in relazione allo specifico contesto operativo e gestionale reputato a rischio, pare necessario assicurare un precipuo raccordo fra le due discipline, in relazione alla gestione dell'area di rischio intersecante, ossia del rischio corruzione, evitando che l'ente sia chiamato a una duplicazione di funzioni e di processi organizzativi, come tale inefficiente.

Sebbene la *ratio* sottesa alle due discipline sia differente, se non contrapposta, è evidente che i presupposti da cui gemmano siano in parte comuni – si allude al momento oggettivo della pianificazione organizzativa.

Ragion per cui sarà necessario assicurare il miglior grado d'integrazione possibile fra le due discipline, non già una mera sovrapposizione fra le stesse, dovendo ritenersi comune la strategia ideata dall'ente per la gestione del rischio corruzione, sebbene esso possa inverarsi sia in comportamenti anche solo prodromici alla commissione di un illecito, però dannosi per l'ente – il riferimento è alle attività di pubblico interesse, che consentono un'assimilazione dell'ente alla pubblica amministrazione – oppure in reati, anche solo tentati, commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente medesimo.

Non a caso, l'indicazione normativa è quella di una mera integrazione del Modello 231 con il PTPCT negli enti che lo abbiano adottato, con la precisazione, tuttavia, che sia necessario nominare il responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, individuandolo in un soggetto diverso dai componenti dell'Organismo di vigilanza.

⁹⁹ In particolare, è ricordare la deliberazione n. 8 del 2015 ANAC, adottata in assenza di un quadro normativo definito. Si veda, altresì, la circolare n. 1/2014 della Presidenza del Consiglio dei Ministri con cui si è provveduto a instaurare una stretta connessione fra modelli 231 e piani di prevenzione della corruzione ex l. n. 190/2012.

¹⁰⁰ Sia sufficiente la lettura delle Deliberazioni n. 1134/2017 e n. 859/2019.

¹⁰¹ In una prospettiva di più ampio respiro, cfr.: A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli 2021.

Si ritiene, tuttavia, che questa scelta risponda piuttosto a una finalità di semplificazione nella fase di controllo e monitoraggio del rischio di corruzione, legata sostanzialmente ai differenti obblighi gravanti sull'ente in conseguenza dell'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza. Sia sufficiente pensare alla necessità di riaggiornare il PTPCT annualmente, a differenza del Modello 231, aggiornabile al verificarsi di eventi straordinari, come la modifica della struttura organizzativa dell'ente o in conseguenza di esiti negativi di verifiche condotte dall'Odv, sull'efficacia dei protocolli di condotta e, dunque, dello stesso Modello; o ancora, agli obblighi di interlocuzione del RPCT con l'ANAC¹⁰².

Ciò non toglie però, come detto, che la medesima possa essere foriera di complicazioni amministrative.

Alla luce di queste ultime precisazioni, sembra possibile convalidare la tesi della sostanziale uniformazione o assimilazione del sistema di pianificazione del rischio, sia per gli enti privati sia per le pubbliche amministrazioni, al di là delle differenti finalità perseguite dalle due normative, evidentemente destinate a riemergere nel momento del controllo *ab estrinseco*, sia da parte dell'Autorità vigilante sia da parte del Giudice e, dunque, nel momento del sindacato giurisdizionale che, con particolare riferimento all'imputazione della responsabilità da reato dell'ente, pone maggiori profili di complessità.

Infine, un'ultima considerazione pare possibile: l'adozione di una strategia inclusiva di gestione del rischio corruzione negli enti di diritto privato, come visto dovuta alla non rilevanza della natura giuridica dell'ente rispetto all'attività svolta, di pubblico interesse, nonché dalla struttura bilaterale del reato, rende ancora più evidente la tracimazione di regole, e dunque, di doveri pubblicistici, in un soggetto che pubblico non è.

Si allude, in particolare, all'applicazione, ormai obbligatoria¹⁰³, della disciplina del c.d. *whistleblowing* anche per tutti gli enti privati che abbiano adottato il Modello 231, nonché alle raccomandazioni – particolarmente invasive, in verità – che l'ANAC offre agli enti privati tenuti all'applicazione della normativa anticorruzione, in materia di rotazione del personale, *pantouflage*, destinate a trovare applicazione nei limiti della compatibilità con le esigenze organizzative dell'impresa e in ossequio al principio di segregazione delle funzioni.

Una tracimazione di regole e principi che si sostanzia in una ibridazione di categorie, accorciando le distanze fra pubblico e privato ogniqualvolta tali soggetti, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, siano

¹⁰² Cfr. Deliberazioni n. 329 e 330 del 29 marzo 2017.

¹⁰³ Si allude alla L. n. 179 del 30 novembre 2017.

chiamati a cooperare per il perseguimento di un interesse generale comune.

11. *Dal PNA al Piano Integrato di Attività e Organizzazione (c.d. PIAO)*

Qualche ultima riflessione sulla perdurante validità del sistema di pianificazione del rischio corruzione deve farsi alla luce delle disposizioni contenute nel PNRR e nel recente Decreto del 9 giugno 2021, n. 80 relativo alle “Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia”.

Secondo i primi commentatori¹⁰⁴, le disposizioni normative contenute in tali documenti, lasciavano presagire un depotenziamento del c.d. “sistema anticorruzione” e trasparenza, per diverse ragioni, fra cui quella dell’accorpamento del piano anticorruzione nel Piano integrato di attività e organizzazione (c.d. PIAO), ai sensi dell’art. 3 del D.M. 30 giugno 2022, n. 132.

Le maggiori perplessità derivavano dal timore di un possibile indebolimento del sistema di vigilanza e di controllo esterno sul piano, affidato come noto all’ANAC, nonché del controllo diffuso da parte dei cittadini, in ossequio alle regole di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33/2013, a fronte di un possibile potenziamento di sistemi di controllo interno (c.d. di *audit-compliance*), secondo un disegno ordinamentale che pare profilarsi più centralistico e meno aperto.

Ciò anche in ragione dell’attribuzione al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri della competenza ad adottare un Piano tipo (ossia, il PIAO tipo), scavalcando così quello che era il ruolo dell’ANAC nella fase di redazione del PNA.

In realtà tali dubbi possono dirsi dissipati, anche perchè non si può ignorare il buono che in tale riforma si ritiene di poter intravedere.

In particolare, è proprio la volontà del legislatore di valorizzare il momento della pianificazione organizzativa all’interno delle pp.aa., come fattore di promozione di una strategia inclusiva e integrata, nella prospettiva di un’evidente razionalizzazione delle risorse umane, economiche, organizzative e gestionali, la novità premiante dettata dalla riforma.

Emerge, in maniera cristallina, la spinta verso una managerializzazione del momento organizzativo dell’amministrazione pubblica – nel significato

¹⁰⁴ E. CARLONI, *Passi indietro su anticorruzione e trasparenza? Considerazioni a margine del PNRR e del Decreto p.a.*, al sito www.orizzontideldiritto.com

sopra esplicitato – funzionale a garantire la «reingegnerizzazione» della p.a., termine più volte usato dal legislatore nell’art. 6 del richiamato decreto, che presenta una chiara allusione agli strumenti della scienza e della tecnica, non trascurandosi l’importanza dell’uso dell’intelligenza artificiale a supporto della pianificazione inclusiva della strategia amministrativa.

Come dimostrato, il sistema di pianificazione del rischio corruzione non può essere inteso come un “ordinamento sezionale”, una materia, un’attività nuova e a sé stante della p.a., che da vita ad autonome strutture burocratiche ed organizzative. Il sistema di pianificazione organizzativa funzionale alla strategia di prevenzione di rischi corruzione, dunque, dopo anni di rodaggio e perfezionamento, deve essere servito come banco di prova per testare la buona organizzazione dell’amministrazione pubblica.

La prevenzione della corruzione, attraverso la valorizzazione del momento pianificatorio, diviene occasione per valorizzare la *good governance* dell’amministrazione pubblica, spingendo la stessa verso l’efficienza dei propri processi organizzativi e gestionali, allontanando così il sistema di gestione del rischio corruzione all’interno della p.a. da un approccio burocratico meramente defatigante.

Pertanto, tali disposizioni – forse fiduciarmente, ma si spera non in maniera velleitaria – debbono essere lette come volontà di compiere un salto di qualità nel processo di rigenerazione dell’amministrazione pubblica che, quasi sicuramente, passa attraverso la valorizzazione della funzione di pianificazione organizzativa, così come descritta nel presente studio.

Visione, che spinge a rivalutare fortemente il principio della non neutralità dei modelli organizzativi rispetto alle modalità di svolgimento delle funzioni¹⁰⁵, posto che un sistema organizzativo adeguatamente pianificato è funzionale al miglior perseguimento dell’interesse pubblico, in uno con il soddisfacimento dei bisogni della collettività.

In definitiva, la valorizzazione della pianificazione amministrativa sul modello del c.d. *organization management*, connaturale (*recte*: funzionale) alla prevenzione del rischio corruzione, sembra essere la chiave di lettura per l’inveramento dell’amministrazione del futuro, un’amministrazione che deve essere organizzata, trasparente, digitale, non semplicemente al servizio dei cittadini, bensì efficacemente ed efficientemente al servizio dei cittadini¹⁰⁶.

¹⁰⁵ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit.; M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione. Il caso dell’Agenzia italiana del farmaco*, Torino 2018.

¹⁰⁶ F. FOLLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, in *PA – Persona e amministrazione*, 1/2021, 89 ss.

12. *La centralità della pianificazione organizzativa in nome dell'etica della legalità*

Lo studio e l'analisi comparata fra i modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio di reato negli enti privati di cui al d.lgs. n. 231/2001, e i piani triennali di prevenzione della corruzione nella p.a. è servita per dimostrare la rilevanza e la centralità del momento della pianificazione organizzativa in sistemi giuridici apparentemente molto lontani fra loro.

Più in particolare, si è visto che la forte convergenza esistente fra i c.d. modelli 231 di prevenzione del reato e i piani triennali di prevenzione della corruzione nella p.a. dipenda dal perseguimento di una finalità comune: la prevenzione del rischio di reato e, più in particolare, per ciò che più accomuna i due sistemi giuridici, la prevenzione del rischio corruzione.

Ciò a riprova della non neutralità dell'organizzazione rispetto alla funzione che è chiamata a perseguire, sia per gli enti pubblici sia per le *societas*.

Proprio la pervasività e la pregnanza della logica preventiva, rispondente a un interesse certamente non egoistico ma nemmeno pubblico in senso stretto, bensì generale, ossia della collettività indistintamente considerata, ha come effetto primario quello di estendere anche all'ordinamento privatistico (aziendale – societario) l'idea, consolidata nel sistema amministrativo, per cui l'organizzazione abbia natura funzionalizzata, ossia l'idea per cui l'organizzazione assolve allo scopo di imputare gli effetti giuridici dell'attività cui è funzionalizzata¹⁰⁷. Tanto che – lo si è spiegato e dimostrato – l'organizzazione, in entrambi i contesti di riferimento, diviene un sistema di imputazione di effetti giuridici per come definiti dai fini perseguiti.

Inoltre, in nome dell'etica della legalità, si assiste a un'evidente trascinamento di regole e principi, fra pubblico e privato, con conseguente con-fusione dei modelli organizzativi di riferimento.

In ragione del perseguimento di una finalità comune, espressione di un interesse generale, si assiste a un fenomeno di contaminazione per osmosi fra sistemi che hanno e mantengono, una natura e una qualificazione giuridica differente.

I profili di reciproca influenza fra i due sistemi, che vedono coinvolto il momento della pianificazione organizzativa, infatti, sono stati valorizzati

¹⁰⁷ Così: L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2019, in particolare 13 ss. e bibliografia ivi ampiamente richiamata.

non già per appaiare e appianare supinamente sistemi fra loro divergenti, bensì per coglierne le reciproche influenze, nemmeno troppo sparute, per comprendere se e come esse possano servire a implementare il momento della pianificazione organizzativa in chiave performativa o efficientistica, che dir si voglia, nonché per tracciare eventuali limiti alle spinte di conformazione e torsione fra i modelli organizzativi di riferimento.

Con particolare riferimento al sistema di pianificazione organizzativa in chiave preventiva nelle pp.aa., il processo di contaminazione sistematica sembra effettivamente essere in grado di garantire l'*upgrade* dell'organizzazione pubblica.

La logica della prevenzione mediante la buona organizzazione, infatti, porta a rivalutare fortemente il momento della pianificazione organizzativa, divenendo essa assolutamente centrale per garantire forme più efficienti della funzione, a beneficio dell'intera collettività.

Infatti, proprio le simmetrie metodologiche e le assonanze riscontrate nella strutturazione dei piani triennali di prevenzione della corruzione rispetto ai modelli 231, sembrano aver offerto nuovi elementi di pensiero, su cui forse sarà il caso di riflettere ulteriormente, che sembrano andare a incasellarsi in quella recente teorica che vede, come necessario, un ripensamento delle configurazioni teoriche classiche¹⁰⁸ dell'organizzazione amministrativa¹⁰⁹.

E invero, partendo dall'analisi del dato costituzionale, autorevole dottrina ritiene sia doveroso un ripensamento del concetto di organizzazione, non potendo essa intendersi riduttivamente come espressione di una funzione esclusivamente servente allo Stato sovrano, dovendo essa piuttosto dirsi funzionale alla collettività tutta.

Il ripensamento della pianificazione organizzativa come strumento naturalmente funzionalizzato alla prevenzione dell'illegalità valorizza la concezione dell'organizzazione pubblica come funzione della sovranità popolare perché, in uno con il perseguimento efficace dei fini pubblici, essa consente di incrementare la qualità del servizio reso dall'ente o, più in generale, dell'attività svolta, debellando o riducendo cattive prassi amministrative; essa, dunque, permette di potenziare le capacità dell'ente

¹⁰⁸ A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Vol IV, 2006, 4024 ss.

¹⁰⁹ Così: L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2019, 7 ss.; ID., *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2021, 7 ss. e più in generale, la sezione monografica (Sezione I) di tale ultima rivista, dedicata al tema.

di creare valore per i propri *stakeholders*, anche semplicemente attraverso una maggiore trasparenza dei processi decisionali.

Il dovere di un'organizzazione responsiva, funzionale alla razionalizzazione dei processi decisionali, come visto, diviene altresì garanzia di effettività della cura d'interessi privati coinvolti nella funzione pubblica.

Ciò consente di evitare una inutile burocratizzazione del sistema anticorruzione, dovendo esso dar vita a un sistema organizzativo integrato e sinergico. Il piano di prevenzione della corruzione, come detto, dovrebbe costituire l'atto preliminare da cui gemmano e con cui si coordinano gli ulteriori sistemi di pianificazione, gestione o controllo presenti all'interno dell'organizzazione dell'ente. Tale piano, ben lungi da essere un vuoto contenitore, dovrebbe rappresentare l'atto programmatico per eccellenza della singola amministrazione, uno strumento dinamico, flessibile, contestualizzato, in definitiva, lo strumento che racchiude la migliore sintesi organizzativa e funzionale di quella specifica amministrazione.

La valorizzazione e l'effettiva implementazione della logica della pianificazione organizzativa funzionale al perseguimento dell'etica della legalità ha come obiettivo fondamentale quello di eliminare aspetti disfunzionali imperanti nelle pubbliche istituzioni; pertanto, tale strumento può rivelarsi decisivo per far fronte all'incalzante bisogno di una riorganizzazione amministrativa in chiave efficientistica, trasparente, dinamica e competitiva (come fra l'altro ribadito nel PNRR).

La sentita esigenza di un vero e proprio ripensamento del *modus operandi* delle pubbliche amministrazioni, infatti, è uno dei principali obiettivi di un ambizioso programma di riforma che vede la pubblica amministrazione perno di una strategia di rilancio economico e sociale, intergenerazionale.

Il dovere di cambiamento istituzionale, dunque, diviene opportunità di sviluppo intergenerazionale.

La capacità di adattamento alle sfide intergenerazionali che la p.a. è chiamata a governare e, al contempo, a condurre, impone alla stessa, un cambiamento strutturale che passa, inevitabilmente, attraverso un cammino di riforma e d'innovazione organizzativa, nonché, ancora una volta, attraverso un percorso quasi catartico in funzione dell'affermazione dell'etica della legalità.

Innovazione organizzativa e cultura della legalità, quindi, devono dirsi poli speculari e complementari, fondamenta di un progetto di rigenerazione istituzionale e ordinamentale¹¹⁰.

¹¹⁰ Parlano di «transizione amministrativa»: F. FRACCHIA - F. GOISIS - M. OCCHIENA -

Obiettivo, quest'ultimo, che sembra necessariamente presupporre la riorganizzazione della pubblica amministrazione in funzione del perseguimento di un bene comune, dell'intera collettività, ossia il perseguimento dell'etica della legalità.

Ciò non snatura la concezione stessa di amministrazione pubblica, piuttosto la valorizza, perché la funzionalizzazione dell'organizzazione pubblica in direzione dell'etica della legalità è a sua volta strumentale al miglior perseguimento dell'interesse pubblico di cui quell'amministrazione è titolare.

Diversamente, si è visto che l'effetto dell'implementazione della logica della prevenzione mediante organizzazione e l'auto-normazione di regole cautelari e cautelative, impatta pesantemente sull'organizzazione dei soggetti privati, comportando una metamorfosi dell'organizzazione e delle modalità di esercizio dell'attività da parte di quest'ultimi.

In nome dell'etica della legalità, infatti, si assiste a una sostanziale procedimentalizzazione dell'attività anche di soggetti che rispondono a un regime privatistico *tout court*, ossia che esercitano libera attività d'impresa e, pertanto, all'implementazione di regole e principi propri del sistema pubblicistico, *in primis* il principio di trasparenza.

Sebbene l'adozione dei Modelli 231 sia formalmente una scelta volontaria, non si può non riconoscere che gli incentivi, per così dire, che la normativa generale, ma anche quella speciale¹¹¹, prospetta al privato, siano tali per cui, la suddetta opzione venga valutata come conveniente dall'impresa.

Di conseguenza, i privati sono portati ad aderire spontaneamente a regole e principi propri del sistema pubblicistico, così convergendo con il potere pubblico, latamente inteso, nel perseguimento di una utilità pubblica, di interesse generale. Si tratta, però, evidentemente, di una volontà in qualche modo condizionata.

Diversamente, nelle ipotesi in cui i privati esercitano attività d'interesse generale, l'*intentio legis* si disvela: la scelta non è più rimessa alla volontà del soggetto interessato, bensì obbligatoria. In tali casi, dunque, si assiste a una vera e propria chiamata in corresponsabilità del privato nel perseguimento di una finalità d'interesse generale.

M. ALLENA - P. PANTALONE – S. VERNILE nel *Forum Next Generation UE, La transizione amministrativa*, consultabile al sito www.aipda.it.

¹¹¹ Sia sufficiente pensare alla rilevanza che l'adozione dei Modelli 231 sta via via assumendo nella materia dei contratti pubblici, ad esempio ai fini del *rating* d'impresa, ossia ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'impresa *ex art* 83, comma 10, e 84 d.lgs. n. 50/2016.

Orbene, se il perseguimento dell'etica della legalità nell'attività d'impresa potrebbe giustificarsi attraverso la valorizzazione della logica inclusiva del principio di sussidiarietà orizzontale¹¹² da leggersi in combinato disposto con l'art. 41, comma 2, Cost. e più in generale con il principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost., il rischio, inaccettabile, è quello di una fatale spinta in avanti di meccanismi di pubblicizzazione dell'organizzazione e dell'attività di soggetti privati, non potendo trattarsi come pubblici, soggetti che tali non sono, travalicando a cuor leggero i limiti, labili, ma pur sempre esistenti, fra pubblico e privato¹¹³.

¹¹² Cfr. Corte Cost. 20 maggio 2020, n.131 in cui, seppur con riferimento al terzo settore, si mette in risalto, seguendo una prospettiva innovativa, la dimensione propositiva e inclusiva della sussidiarietà orizzontale, valorizzando la compartecipazione della società civile all'azione amministrativa, nel perseguimento e nella realizzazione di un interesse generale, ordinamentale.

¹¹³ G. CORSO, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile ma esiste*, in AA.VV., *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, I, Napoli 2018, 347 ss.; S. CASSESE, *Diritto privato/diritto pubblico: tradizione, mito o realtà?*, consultabile al sito www.romatrepress.uniroma3.it