

CIRCOLARE DEL MINISTRO PER LA PA E LA SEMPLIFICAZIONE 1/2014: ambito soggettivo e oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla l. 6 novembre 2012, n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: in particolare, gli enti economici e le società partecipate

In data 31 marzo 2014 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la Circolare n. 1/2014 a firma dell'allora Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione – Giampiero D'Alia - avente ad oggetto *“Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla L. 6 novembre 2012, n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: in particolare, gli enti economici e le società partecipate”*.

Si è atteso un discreto lasso di tempo prima di affrontare la tortuosa ricostruzione dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del “pacchetto trasparenza” operata dal documento in esame, nella speranza che vi fosse un qualche obiettivo ripensamento...

Nulla di tutto questo, se non il cambio della guardia alla guida del Ministero.

Non rimane allora che provare a riordinare, con qualche considerazione a margine, taluni passaggi della circolare.

In via preliminare

I contenuti della circolare sono vincolanti?

La risposta è negativa: le circolari interpretative sono atti amministrativi generali privi del carattere precettivo propri degli atti normativi primari o secondari.

Nondimeno, si tenga in considerazione la puntuale previsione di sanzioni, di tipo pecuniario, disciplinare e amministrativo, applicabili ai casi di mancato adempimento degli obblighi di trasparenza (art. 46 e 47 D.Lgs. 33/2013).

Ed è del tutto evidente ed inevitabile che anche l'applicazione delle sanzioni risenta della delimitazione che si intende dare agli ambiti di applicazione della disciplina sulla trasparenza.

IL DETTATO DEL DECRETO 33/2013

Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione della disciplina in materia di trasparenza (art. 11)

- le Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del D.Lgs. 165/2001, in relazione a qualsiasi attività;
- le società partecipate dalle PA e le società da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 cc *“limitatamente alle attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto internazionale o della CE”*;
- le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione *“secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti”*.

La disciplina da applicare:

- per le Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del D.Lgs. 165/2001: tutta la disciplina sulla trasparenza;
- per le società partecipate dalle PA e le società da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 cc, *“limitatamente alle attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto internazionale o della CE”*: i commi da 15 a 33 della L. 190/2012; sono inoltre soggette agli obblighi di cui agli art. 14 (informazioni sui componenti gli organi di indirizzo) e 15 (pubblicazioni concernenti i titolari di incarichi dirigenziali, di collaborazione e consulenza) del D. Lgs. 33/2013, per il rinvio fatto ad opera dell'art. 22 del decreto stesso;
- per le autorità indipendenti: tutta la disciplina sulla trasparenza, *“secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti”*

LA CIRCOLARE

La ricostruzione operata dal Ministro muove dalla *ratio* che sottende a tutta la disciplina sulla trasparenza: evitare che possano esservi *“aree di opacità sui flussi e sulle destinazioni delle risorse pubbliche”*.

Ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di trasparenza

- le Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del D.Lgs. 165/2001;
- **ogni soggetto di diritto privato che svolge attività di pubblico interesse**

Con ciò la disciplina sulla trasparenza sarebbe applicabile anche a soggetti di diritto privato non aventi la forma giuridica della società, quali - ad esempio - le fondazioni e le associazioni.

Questa interpretazione si fonderebbe su due argomentazioni:

1. in via generale, il rapporto “privilegiato” che avrebbero con la pubblica amministrazione tutti quei soggetti che, indipendentemente dalla loro veste formale, perseguono finalità di interesse pubblico in forza di un affidamento diretto o in forza di un rapporto autorizzatorio o concessorio, gestendo o comunque disponendo di risorse pubbliche.

Non si può non rilevare che, se il presupposto sul quale si fonda l'estensione dell'applicazione della disciplina sulla trasparenza ai soggetti di diritto privato è il rapporto privilegiato con la Pubblica Amministrazione, dovrebbero per coerenza esserne esclusi i soggetti che forniscono beni e servizi alle PA in forza di procedure ad evidenza pubblica, limitando l'obbligatorietà degli adempimenti solo ai soggetti che operano in forza di un affidamento diretto.

2. l'elencazione ben più ampia contenuta nell'art. 22 del D.Lgs 33/2013 (rubricato *“Obblighi di pubblicazione dei dati relativi agli enti pubblici vigilati, e agli enti di diritto privato in controllo*

pubblico nonché alle partecipazioni in società di diritto privato”) che contempla, oltre alle società partecipate, anche gli “enti di di diritto privato, comunque denominati, in controllo pubblico”:

Ambito oggettivo di applicazione

- per le Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del D.Lgs. 165/2001: qualsiasi attività;
- per gli altri soggetti di diritto privato: lo svolgimento di attività di pubblico interesse

Il Ministro rinviene la definizione di **“attività di pubblico interesse”** mutuandola da quella di “enti di diritto privato in controllo pubblico” contenuta nel D.Lgs. 39/2013¹: **le attività di pubblico interesse sarebbero quelle riferibili all'esercizio di funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni, di gestione di servizi pubblici o di concessioni di beni pubblici.**

La disciplina da applicare:

- per le Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del D.Lgs. 165/2001: tutta la disciplina sulla trasparenza;
- **per i soggetti di diritto privato che svolgono attività di pubblico interesse:**

a) per i soggetti in controllo pubblico: tutta la disciplina sulla trasparenza², *“salvo che si dimostri che il controllo non sia finalizzato allo svolgimento di attività di pubblico interesse ma di mere attività economiche o commerciali di rilievo esclusivamente privatistico”*.

Quanto alla circostanza che una società in controllo pubblico svolga solamente “mere attività economiche o commerciali di rilievo esclusivamente privatistico”, non sovviene però - stante quanto disposto dall'art. 3 comma 27 della L. 244/2007³ - quali possano essere dette “*mere attività*” tra quelle “strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali” che una PA potrebbe svolgere tramite un soggetto privato dalla stessa controllato.

b) per i soggetti ove la partecipazione pubblica è minoritaria: tutta la disciplina sulla trasparenza, limitatamente alle attività di pubblico interesse.

¹Enti di diritto privato in controllo pubblico: “le società e gli altri enti di diritto privato, comunque denominati, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore di amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 cc da parte di pubbliche amministrazioni, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi” (art. 1 co. 2 lett.c).

²CFR in tal senso la Determinazione n. 7/2014 della Corte dei Conti che riconosce “l'esigenza di adeguamento del modello previsto dalla normativa (d.lgs. 231/01) alle previsioni contenute nella legge n. 190 del 2012 e al Piano Nazionale Anticorruzione”

³Art. 3 comma 27 L. 244/2007: “Le PA non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”.

Il Ministro ricostruisce la nozione di “controllo” dalla lettura combinata degli articoli 11 e 22 del D.Lgs. 33/2013; sono “**controllati**” :

- le società sottoposte a controllo azionario ai sensi dell'art. 2359 cc
- i soggetti di diritto privato diversi dalle società (fondazioni, associazioni) costituiti o vigilati dal pubbliche amministrazioni nei quali siano riconosciuti, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi.

Evidentemente il Ministro ammette, in questa ricostruzione, la fattispecie del “controllo congiunto” (da parte di più amministrazioni) accettata anche da parte della dottrina e mutuata da ANAC nelle risposte fornite erga omnes attraverso il sito istituzionale (FAQ); più coerentemente, se tutto l'impianto si fonda proprio sul rapporto privilegiato tra soggetto privato e Pubblica amministrazione, il controllo sarebbe invece da verificarsi in concreto, similmente al c.d. “controllo analogo”.

Le società indirettamente controllate

La norma (art. 22 comma 5 D.Lgs. 33/2013) - fatta propria anche dal Ministro – prevede che le società partecipate dalle Pubbliche Amministrazioni promuovano presso le loro controllate l'applicazione dei principi di trasparenza, senza prevederne un obbligo cogente di applicazione.

Gli esclusi

Secondo il Ministro, da tutto questo meccanismo rimangono estranee non solo le società quotate sui mercati regolamentati e le loro controllate (per espressa previsione normativa) ma anche, pur senza espressa previsione di legge, le società partecipate da amministrazioni pubbliche che emettono strumenti finanziari, quotati in mercati regolamentati (*“al fine di dare un'interpretazione sistematica e coerente”*).

Il coordinamento con le disposizioni in materia di tutela della privacy

Non si può soprassedere sul fatto che l'estensione in via interpretativa del campo di applicazione della norma ad opera di un atto amministrativo possa generare profili di contrasto con le disposizioni in materia di tutela della privacy (D.Lgs. 196/2003): solo se il trattamento dei dati è effettuato al fine di adempiere ad un obbligo di legge, il Codice privacy (art. 24) esenta dalla necessità di acquisire il preventivo consenso da parte dell'interessato.

LA PROPOSTA DI COMPROMESSO

Al fine di non svilire la *ratio* che sottende alla ricostruzione operata dal Ministro ma al tempo stesso di salvaguardare l'autonomia giuridica e imprenditoriale dei soggetti di diritto privato, con particolare riguardo alle società partecipate, il compromesso di ragionevolezza si potrebbe

individuare da un lato nell'accettazione dell'ampliamento dell'ambito soggettivo di applicabilità della disciplina in materia di trasparenza: oltre alle Pubbliche Amministrazioni, ne sono tenuti tutti i soggetti di diritto privato che svolgono attività di pubblico interesse (in caso di soggetti controllati) o comunque per la parte di attività di interesse pubblico (in caso di partecipazione minoritaria); dall'altro nell'applicazione a detti soggetti privati dei soli obblighi di trasparenza derivanti da fonti dell'ordinamento giuridico e non da processi interpretativi, e precisamente:

- commi da 15 a 33 della L. 190/2012 (ai sensi dell'art. 11 D.Lgs. 33/2013)
- artt. 14 e 15 del D.Lgs. 33/2013 (per effetto del richiamo operato dall'art. 22 dello stesso decreto).

Si segnala inoltre la cogenza dell'obbligo di redazione del Piano Anticorruzione: il comma 2 della L. 190/2012 pone in capo all'Autorità Anticorruzione l'approvazione, con propria delibera, del Piano Nazionale Anticorruzione predisposto dal DFP; in tale Piano è previsto che anche le società partecipate si dotino di un Piano Anticorruzione, da armonizzare eventualmente con il modello organizzativo di cui al D. Lgs. n. 231/2001⁴, all'interno del quale la trasparenza, declinata secondo la specifica realtà in cui il documento si incardina, rimane comunque la misura d'elezione nella prevenzione dei fenomeni di corruzione.

In conclusione, la *ratio* della massima trasparenza dell'azione di chiunque persegua finalità di interesse generale con l'utilizzo di risorse pubbliche è sicuramente un faro nell'interpretazione della normativa...facendo però attenzione che troppa luce non abbagli!

Dott.ssa Paola Masetto

Per www.venetoius.it - 07.08.2014

⁴In tal senso, il PNA, par. 3.1.1 e Allegato 1 al PNA, par. B.2.