

Il Contrasto della Corruzione in Italia: l'Obbiettivo dell'Integrità nel Sistema Valoriale di Riferimento

di Gianfrancesco Fidone

Abstract: The Fight to Corruption in Italy: the Objective of Integrity in the Relevant System of Values – The paper provides the reader with a comprehensive analysis of the Italian legislation against corruption in the public administration.

Keywords: Italy; Transparency; Corruption; Public administration.

1. Corruzione ed inefficienza nella pubblica amministrazione: due patologie distinte e diversamente osservabili

Il termine *corruzione* è spesso associato alle sole specifiche fattispecie di reato. Tuttavia, il concetto di corruzione è più vasto delle fattispecie disciplinate dal diritto penale, è multilivello e oscilla fra dimensione giuridica, etica ed economica¹.

Tale più ampia nozione di corruzione ha riguardo a varie forme di malcostume politico e amministrativo, più propriamente da ricondurre al diritto amministrativo. Secondo l'ANAC (Autorità Nazionale AntiCorruzione) e il Dipartimento della Funzione Pubblica, il termine “*corruzione*” deve essere inteso come comprensivo: (i) dell'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Libro II, Titolo II, Capo I, del Codice penale; (ii) delle “*situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, rilevi il malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite*”². Dunque, tale formula censura anche l'utilizzo privato di funzioni pubbliche. In tal senso, può essere utile richiamare quella prospettiva proposta dalle scienze sociali che guarda alla corruzione come “*the abuse of entrusted power for private gain*” (“*l'abuso del potere affidato al fine di ottenere un guadagno personale*”) ³. In virtù di tale definizione, sarebbero quattro gli elementi che

¹ Tra gli studi sulla corruzione: A. Vannucci, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; F. Palazzo (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*. Bologna, 2007; F. Merloni, L. Vandelli (a cura di) *La corruzione amministrativa*, Firenze 2010; D. Della Porta, A. Vannucci, *Un paese anormale*, Roma-Bari, 1999; D. Della Porta-A. Vannucci, *Mani impunte*, Roma-Bari, 2007.

² Piano Nazionale Anticorruzione, anno 2013, p. 13 consultabile sul sito dell'ANAC (www.anticorruzione.it).

³ J. Pope, “*Confronting corruption: The elements of a national integrity System*”, Transparency International Source Book, 2000.

caratterizzano la corruzione ovvero: il potere affidato, il soggetto titolare del potere, l'abuso collegato ad un distorto esercizio del potere, il vantaggio privato conseguito⁴.

La corruzione costituisce una patologia dell'attività amministrativa che deve essere tenuta concettualmente distinta dall'inefficienza, dal momento che può aversi inefficienza anche senza corruzione (cioè nel caso di funzionari perfettamente integri). Diversamente, è più difficile affermare che possa esservi corruzione che non generi inefficienza.

Se la corruzione corrisponde all'abuso del potere del funzionario pubblico in cambio di un corrispettivo illecitamente pagato, l'inefficienza si traduce nel cattivo utilizzo delle risorse pubbliche, nel mancato raggiungimento di risultati, nei ritardi dell'attività amministrativa. Se l'interesse pubblico è quello di un'amministrazione che raggiunga risultati e che fornisca servizi ai cittadini senza spreco di danaro pubblico, l'inefficienza si colloca esattamente nel polo opposto rispetto alla sua realizzazione.

Può esserci inefficienza senza corruzione, ovvero anche in presenza di funzionari onestissimi (tanto in fase di aggiudicazione che di esecuzione del contratto). Tale inefficienza può essere causata dalla cattiva regolazione (compresa la c.d. inflazione normativa) o dalla cattiva amministrazione (dovuta a cattiva organizzazione, ad incapacità dei funzionari pubblici, ecc). I due casi di cattiva regolazione e cattiva amministrazione, ovviamente, si sommano (moltiplicandone gli effetti) quando il Legislatore dota le amministrazioni di strumenti non idonei a migliorare il loro bagaglio informativo e impone loro di applicare istituti di per sé inefficienti.

Inefficienza e corruzione sono molto diverse anche in relazione alla loro osservazione e misurazione.

⁴ Secondo la teoria economica, la corruzione nasce da un *rapporto di agenzia* sussistente tra amministratori - *agent* (ad esempio, i politici, il sindaco, ecc.) e amministrati - *principle* (destinatari dell'attività amministrativa, che, ad esempio usufruiranno dell'opera pubblica o del servizio). Infatti, gli amministratori e i politici sono soggetti che dovrebbero realizzare l'interesse della collettività amministrata e da questa sono direttamente scelti (nel caso dei politici con le elezioni) ovvero indirettamente (nel caso in cui gli amministratori pubblici siano assunti da altri amministratori che dovrebbero sempre curare l'interesse della collettività amministrata e, in questo caso, si avrebbe un ulteriore problema di agenzia). In tale rapporto di agenzia si ha un'asimmetria informativa a danno del *principle* - collettività amministrata, che riguarda l'operato degli amministratori - *agent*. Conseguentemente, non è detto che gli amministratori pubblici tutelino l'interesse degli amministrati (ad esempio, nelle procedure volte all'aggiudicazione di un contratto, nella sua esecuzione o nelle rinegoziazioni). Potrebbe succedere, infatti, che profittando dello svantaggio informativo della collettività amministrata l'amministratore (che dovrebbe rappresentarla e curarne l'interesse) favorisca il proprio vantaggio personale in danno all'interesse pubblico. In tale contesto, dunque, si possono inserire fenomeni corruttivi, dal momento che, in assenza di controlli adeguati e di informazione dei cittadini rappresentati, il funzionario potrebbe trovare conveniente farsi corrompere e realizzare il proprio interesse (coincidente con quello del privato) e non con quello della collettività amministrata. Sul punto, si confrontino Napolitano G., *Analisi Economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, pp. 203 e ss.; Napolitano G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, pp. 28 e ss..

La decisione di corrompere o farsi corrompere è vista come il frutto di un calcolo razionale, che dipende dalle aspettative individuali relative ai profitti e ai costi di tale scelta, confrontati con le alternative disponibili. Detto in altre parole, il patto corruttivo si viene a realizzare quando l'impiego di risorse in questa attività illegale è l'alternativa più vantaggiosa per i suoi protagonisti. Si confrontino: Becker G.S., *Crime and Punishment. An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, 76, pp. 169-217; Klitgaard F. *Controlling Corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988.

L'inefficienza è un fenomeno palese e riscontrabile, anche se talvolta di non facile misurazione. Essa è sotto gli occhi di tutti e può essere individuata nei dati disponibili, negli indicatori di *performance*, nel confronto tra i costi sostenuti e dei tempi impiegati dalle diverse amministrazioni in relazione ad attività similari. Ad esempio, può essere osservato che l'alta velocità in Italia è costata 47, 3 milioni di euro al chilometro per il tratto Roma-Milano, 74 milioni a chilometro per il tratto tratta Torino - Novara, 79, 5 milioni a chilometro per il tratto Novara-Milano e 96, 4 milioni a chilometro per il tratto Bologna - Firenze. Tali dati sono allarmanti, considerando che analoga opera è costata appena 10 milioni a chilometro per la tratta Parigi - Lione, 9, 8 milioni a chilometro per il tratto Madrid - Siviglia e 9, 3 milioni per il tratto della Tokyo - Osaka⁵. Sempre rimanendo all'esempio delle opere pubbliche, le opere rimaste incompiute, l'esplosione dei costi in fase di esecuzione rispetto ai costi preventivati, i tempi di stasi delle procedure di affidamento sono tutti chiari fattori di inefficienza. Anche se non è facile misurare quale sia il grado di intensità del fenomeno rispetto al risultato cui sarebbe pervenuta un'amministrazione efficiente, poiché tali differenze possono dipendere da molti diversi fattori, in tali ipotesi è evidente un certo grado di inefficienza.

Diversamente, la corruzione è un fenomeno nascosto, che tende a rimanere segreto tra le parti del patto corruttivo, ed è difficilmente misurabile⁶. Essa potrebbe nascondersi dietro i dati di inefficienza (poiché le inefficienze possono essere conseguenti a eventuale corruzione, dato che è ragionevole pensare che la corruzione generi inefficienza⁷) ma, tuttavia, di ciò non può aversi certezza, se non quando le indagini, per lo più di natura penale, non la facciano emergere.

2. I dati sulla corruzione in Italia: grande percezione della corruzione e insufficienza della repressione giudiziale

E' comune percezione che la corruzione in Italia sia particolarmente diffusa e che assai gravi siano le sue conseguenze. Secondo il Procuratore generale della Corte dei Conti, "Il fenomeno della corruzione all'interno della P.A. è talmente rilevante e gravido di conseguenze in tempi di crisi come quelli attuali da far più che ragionevolmente temere che il suo impatto sociale possa incidere sullo sviluppo economico del Paese anche oltre

⁵ La fonte è: CICCONI I., *Il libro nero della TAV*, 10.09.2011, su www.ilfattoquotidiano.it. Gli stessi dati sono citati anche dal documento della Commissione Europea COM(2014) 38 final Bruxelles, 3.2.2014 - ANNEX 12 - Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo - Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione.

⁶ Sul punto: SAET – Servizio anticorruzione e trasparenza –, *Relazione al Parlamento, anno 2010*, Roma, in <http://www.anticorruzione.it/Portals/altocommissario/Documents/Altro/Anticorruzione.pdf>, 2011, p. 30; Della Porta D., *Lo scambio occulto*, Bologna.

⁷ Ad esempio, *Cantone R. - Di Feo G., Il male italiano - liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Rizzoli, 2016. Il fatto che la corruzione genera inefficienza è dimostrato anche dai fatti: negli anni '90, successivamente ai noti fatti di Tangentopoli, si verificò un drastico abbattimento dei costi rilevato per la realizzazione dei lavori pubblici, probabilmente anche per effetto della nota inchiesta giudiziaria di "Mani pulite". Ad esempio, è stato osservato che se la realizzazione del passante ferroviario a Milano nel periodo precedente a tali fatti (anni precedenti al 1992) era costata quasi 100 miliardi di lire a chilometro, per effetto dell'inchiesta, il prezzo sostenuto per i medesimi lavori si ridusse drasticamente anche in misura del 45-50% (fonte: dossier "Corruzione. La tassa occulta che impoverisce e inquina il Paese", curato da Associazione Libera e Legambiente).

le stime effettuate dal servizio Anticorruzione e Trasparenza del ministero della Funzione pubblica, nella misura prossima a 50/60 miliardi di euro all'anno costituenti una vera e propria tassa immorale ed occulta pagata con i soldi prelevate dalle tasche dei cittadini”⁸. Si tratterebbe, dunque, di un enorme peso che graverebbe sull'intera realtà nazionale, tale da destare un significativo allarme sociale anche a livello internazionale. Secondo il *Global Competitiveness Report 2013-2014*⁹, la distrazione di fondi pubblici dovuta alla corruzione e alla criminalità organizzata, il favoritismo dei pubblici ufficiali e la progressiva perdita di credibilità etica della classe politica agli occhi dei cittadini sono le note più dolenti della *governance* in Italia, tali da influenzare negativamente la fiducia degli investitori.

La Commissione Europea ha cercato di fotografare lo stato di fatto della corruzione in Italia nell'ambito dello Speciale Eurobarometro del 2013¹⁰, fondato su un sondaggio sulla percezione del fenomeno da parte degli italiani e, dunque, non su stime reali. Secondo tale studio, circa il 97% dei soggetti intervistati ha risposto che il fenomeno della corruzione rappresenta una realtà dilagante nel Paese, contro una media UE del 76%. Inoltre, a fronte di una media Europea del 26%, il 42% degli intervistati in Italia dichiara di essere d'accordo sul fatto di essere personalmente colpito dalla corruzione nella vita quotidiana. In relazione alle ai vari settori delle attività produttive, tangenti e abusi di potere per ottenere vantaggi sarebbero diffusi nei partiti politici (68%, a fronte del 59% della media europea), nella politica a livello nazionale regionale o locale (63% contro il 56 della media UE), nell'aggiudicazione delle gare d'appalto pubbliche (56% contro il 45 della media UE), nel rilascio di permessi edilizi (54% contro il 43 della media UE), ecc. Si noti che il dato italiano è superiore a quello della media Europea di almeno dieci punti in relazione alle gare d'appalto, al rilascio di permessi edilizi, al rilascio di licenze commerciali, al sistema sanitario, alle autorità fiscali, alle autorità competenti per la previdenza e assistenza sociale. Inoltre, la corruzione coinvolgerebbe in modo rilevante il settore imprenditoriale, facendo parte della cultura di tale settore (per il 90% degli intervistati nel sondaggio Eurobarometro 2013, a fronte del 67% della media europea). Ancora, l'88% degli intervistati ritiene che in Italia la corruzione ostacoli la libera concorrenza, a fronte del 67% della media europea; l'88% ritiene che la corruzione sia generata da legami troppo stretti tra imprenditoria e politica (contro una media UE del 81%); per il 75% le conoscenze politiche sono l'unico modo per riuscire nel lavoro (contro una media UE del 56%). Un dato in controtendenza è quello per il quale la percentuale di intervistati italiani che confermano di aver patito negli ultimi dodici mesi direttamente casi di corruzione è inferiore a quella UE, pari all'8%.

I dati dell' Eurobarometro sembrano confermare la natura sistemica della corruzione italiana, profondamente radicata nelle diverse sfere della vita pubblica.

Tale risultato viene confermato dal *Corruption Perception Index (CPI) EU and Western Europe*, elaborato a livello internazionale dal *Transparency International*, del

⁸ Corte dei Conti, *Giudizio sul rendiconto generale dello Stato 2008*, memoria del Procuratore generale (udienza del 25.06. 2009), 2009, Roma.

⁹ World economic forum - www.weforum.org.

¹⁰ *European Commission, Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU anti-corruption report*, Brussels, 3.2.2014.

2013 (www.Transparency.org)¹¹. Con un punteggio pari a 43, l'Italia si colloca nel 2013 al 69° posto nel ranking dei 177 Paesi analizzati. Si noti che tale risultato è ben peggiore del 55° posto assegnato all'Italia nel 2008 e al 35° che aveva nel 2003. Tale continuo peggioramento, sempre stimato con indicatori di percezione, riflette all'estero l'immagine di una Paese incapace di essere integro e trasparente. Ciò potrebbe, peraltro, disincentivare gli investitori virtuosi ad operare nel Paese.

I preoccupanti dati sino ad ora riportati sono confermati da una recente indagine dell'ISTAT fondata non sulla percezione della corruzione ma sulle esperienze concrete degli intervistati, ai quali è stato chiesto se loro stessi o un familiare convivente sia stato coinvolto in episodi di corruzione¹². L'indagine ha stimato che il 7, 9% delle famiglie italiane ha affermato di avere ricevuto richieste di denaro, favori o regali in cambio di servizi o agevolazioni nel corso della vita, il 2, 7% le avrebbe ricevute negli ultimi 3 anni e l'1, 2% negli ultimi 12 mesi¹³. A prescindere dall'ambito della corruzione, il 35, 3% delle famiglie ha dichiarato di avere avuto, nel corso della vita, da due a cinque richieste di pagamento e il 6% più di cinque¹⁴. Nei 12 mesi precedenti

¹¹ Gli indicatori più utilizzati per misurare la corruzione percepita sono il *Corruption Perception Index* (CPI), il *Bribe Payers Index* (BPI) e il *Global Corruption Barometer* (GCB), elaborati da *Transparency International*; il *World Business Environment Survey* (WBES), il *Business Environment and Enterprise Survey* (BEEPS) e i *Worldwide Governance Indicators* (WGI) sviluppati dalla Banca Mondiale. Il *Corruption Perception Index* (CPI) è un indice aggregato costruito sulla base di una serie di interviste che vari istituti di ricerca indipendenti e accreditati, tra cui il *World Economic Forum*, *PriceWaterhouseCoopers*, *Freedom House* e *Gallup International*, sottopongono a un campione di esperti, manager, analisti politici e finanziari. Le interviste sono relative all'abuso di potere per fini privati posto in essere dai funzionari pubblici attraverso, ad esempio, la riscossione di tangenti per appalti pubblici, l'appropriazione indebita di fondi pubblici, ecc. L'indice determina la percezione della corruzione nel settore pubblico in 180 paesi circa, attribuendo a ciascuno un punteggio che varia da 0 (massima corruzione) a 100 (assenza di corruzione).

¹² ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 12 ottobre 2017, sul sito www.istat.it. Tale indagine è stata condotta nell'ambito di quella più ampia sulla sicurezza dei cittadini 2015-2016. Si tratta di un approfondimento che per la prima volta vuole offrire una stima del numero di famiglie coinvolte nel corso della propria vita in dinamiche corruttive. L'indagine si inserisce nel quadro del Protocollo d'intesa tra l'ISTAT e l'ANAC siglato il 22 marzo 2016.

¹³ La quota di famiglie che ha ricevuto tali richieste nel corso della vita è del 3, 2% nel settore lavorativo (0, 8% nei 3 anni precedenti l'intervista), del 2, 4% in ambito sanitario (1, 2% negli ultimi 3 anni) per quanto concerne visite mediche specialistiche o accertamenti diagnostici, ricoveri o interventi. Sempre sul fronte sanità, il 9, 7% delle famiglie (5, 5% negli ultimi 3 anni) ha ricevuto la richiesta di fare, per un suo componente, una visita a pagamento nello studio privato del medico prima di accedere al servizio pubblico per essere curati (ad esempio prima di un intervento chirurgico, un parto, o per esami specialistici). Per il settore giustizia, sono il 2, 9% le famiglie che hanno avuto una richiesta di denaro, regali o favori da parte di un giudice, un pubblico ministero, un cancelliere, un avvocato, un testimone o altri (per il 2, 1% delle famiglie la richiesta si è esplicitata nell'ambito delle cause civili). La richiesta di denaro o scambi ha coinvolto il 2, 7% delle famiglie che nel corso della vita hanno fatto domanda di benefici assistenziali come contributi, sussidi, alloggi sociali o popolari, pensioni di invalidità e il 2, 1% delle famiglie che si sono rivolte agli uffici pubblici. Tra le famiglie che hanno accettato lo scambio, l'85, 2% ritiene che aver pagato sia stato utile per ottenere quanto desiderato: in particolare nell'ambito dei singoli settori, il rendimento è totale per le public utilities (99, 1%) e particolarmente elevato per ottenere un lavoro (92, 3%) o una prestazione sanitaria (82, 8%).

¹⁴ L'indagine ha anche mostrato che l'oggetto di scambio più frequente nella dinamica corruttiva sarebbe il denaro (60, 3%), soprattutto per ciò che attiene i settori dell'assistenza (65, 7%), dei contratti con le compagnie di elettricità, gas, acqua e telefoni (63, 6%) e della sanità (61, 2%); seguono il commercio di favori, nomine, trattamenti privilegiati (16, 1%), che caratterizzano di più

l'intervista, tra le famiglie che hanno dichiarato di avere avuto richieste, il 67% ne avrebbe avuta una, il 21, 2% da due a cinque, il 3, 3% più di cinque. Inoltre, il 13, 1% degli intervistati ha dichiarato di conoscere persone vittime di corruzione¹⁵.

Dunque, i dati fino a qui forniti, tanto quelli fondati sulla *corruzione percepita* che quelli fondati sulla dichiarazione da parte degli intervistati di essere stati coinvolti in episodi di corruzione, appaiono preoccupanti¹⁶.

Molto diversi appaiono, invece, i dati reali sui fatti di corruzione intercettati nelle aule dei Tribunali forniti dall'ANAC¹⁷. Nel periodo 2006-2011 un numero totale di 3939 (media per anno 656, 5) denunce per reato di concussione, delle quali 1505 (media

il comparto uffici pubblici (22, 9%), e i regali (9, 2%). In misura minore il contenuto dello scambio è una prestazione sessuale (4, 6%) o altri favori (7, 6%).

¹⁵ Si stimano in oltre 6 milioni (13, 1% della popolazione fra i 18 e gli 80 anni) i cittadini che dichiarano di conoscere personalmente qualcuno - parenti, amici, colleghi o vicini - a cui è stato richiesto denaro, favori o regali per ottenere facilitazioni in diversi ambiti e settori. La prevalenza varia a seconda del settore coinvolto: dal 7, 1% per il settore del lavoro (con richieste di denaro o altri beni per essere assunti in un posto di lavoro o per avviare un'attività lavorativa) al 5, 9% nel settore della sanità (per essere facilitati in occasione di ricoveri, interventi chirurgici o altre cure) al 4, 0% per le facilitazioni di tipo assistenziale come pensioni, alloggi e altri contributi. La stessa indagine ha anche mostrato l'enorme diffusione del sistema delle raccomandazioni: quasi 12 milioni di italiani (25, 4% della popolazione fra i 18 e gli 80 anni) conosce personalmente qualcuno che è stato raccomandato: per ottenere un posto di lavoro (21, 5%), una licenza, un permesso o una concessione (7, 5%), per farsi cancellare multe o sanzioni (7, 5%), per benefici assistenziali (6, 8%), per l'ammissione o la promozione a scuole e università (4, 9%) o per essere favorito in cause giudiziarie (1, 9%).

¹⁶ E' stato osservato che nel nostro Paese vi sarebbe un basso *costo morale* della corruzione, inteso come disagio associato alla violazione della legge e al tradimento del mandato fiduciario ricevuto, all'esistenza di bassi *standard* etici, all'assenza di barriere morali alla diffusione degli scambi occulti. La scarsa sensibilità dei cittadini agli scandali verrebbe a determinare la conseguente inefficacia delle sanzioni politiche per i partiti e gli esponenti coinvolti nella corruzione. Ciò, inoltre, determinerebbe la scarsa fiducia dei cittadini nei politici e nei funzionari pubblici, oltreché nell'imparzialità delle istituzioni pubbliche. Sul costo morale della corruzione: Banfield E.C., *The Moral Basis of Backward Society*, Free Press, New York, 1958; Putnam R.D., *La tradizione civica nelle regioni italiane*, Mondadori, Milano, 1997; Della Porta D. - Vannucci A., *The Moral (and Immoral) Costs of Corruption*, in *Dimensionen politischer Korruption*, a cura di U. von Alemann, VS Verlag fuer Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005, pp. 109-134.

Nel nostro Paese sarebbero, inoltre, presenti e consolidate informali "*strutture di governo*" che, determinano norme non scritte che disciplinano i rapporti tra corrotti e corruttori, rappresentando un fattore cruciale di regolarità e stabilità negli scambi occulti, alimentando la fiducia tra le controparti e la stabilità nei patti illeciti (Vannucci A., *Atlante della corruzione*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012). Tali strutture di governo (si pensi, ad esempio, alle organizzazioni criminali e mafiose ma anche alle *lobbies*, ai potentati, ai gruppi di potere) costituiscono un'eredità del passato che tende a riproporsi nell'evoluzione della società e si fondano sulla fiducia reciproca di chi ne fa parte. Essi assumono il ruolo di *regolatori nell'accesso* alla corruzione e di *garanti* del buon esito del accordo corruttivo, azzerando il rischio di denuncia.

¹⁷ I dati sono analizzati ed elaborati nello studio del 2013 dell'ANAC "*Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione e prime evidenze empiriche*", su www.anac.it. Si tratta di un'analisi delle denunce e delle condanne penali su base nazionale e regionale a partire dalle statistiche giudiziarie per i reati di concussione (317 c.p.), corruzione per un atto d'ufficio (318 c.p.), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (319 ter c.p.), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (320 c.p.) e istigazione alla corruzione (322 c.p.). Sono dunque esclusi dall'analisi altri reati come il peculato, le malversazioni a danno dello Stato, l'abuso d'ufficio, l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. Le elaborazioni utilizzano i dati delle denunce delle 165 Procure (Rilevazioni RE.GE.) e i dati sui condannati per gli stessi reati a seguito di sentenze passate in giudicato del Casellario Giudiziale Centrale forniti dall'ISTAT.

per anno 250, 8) archiviate e 2434 (media per anno 405, 6) che hanno dato avvio ad azione penale; nello stesso periodo un numero totale di 9276 (media per anno 1546) denunce per reato di corruzione, delle quali 3479 (media per anno 579, 8) archiviate e 5797 (media per anno 966, 1) che hanno dato avvio ad azione penale. Nella distribuzione geografica per Regione, sempre in relazione all'avvio dell'azione penale con riferimento al reato di concussione e di corruzione, gli stessi evidenziano una sostanziale differenza nella distribuzione del fenomeno tra le regioni italiane, fenomeno che risulta più grave nel Centro-Sud.

Vi sono poi i dati sulle sentenze di condanna passate in giudicato per concussione e corruzione, con riferimento all'anno di iscrizione nel Casellario Giudiziale Centrale. Nel periodo 2007 - 2011 si sono avuti un numero complessivo di 1128 (media per anno 225, 6) condannati per il reato di concussione e un numero di 2843 (media per anno 568, 6) condannati per il reato di corruzione.

Tali dati (pur non essendo riferibili ai medesimi procedimenti perché ovviamente quelli conclusi nel periodo 2007-2011 sono stati avviati molti anni prima¹⁸) può osservarsi che se la media annua dei procedimenti avviati per anno è di 1546 per la corruzione e 656, 5 per la concussione, le sentenze di condanna passate in giudicato sono 568, 6 per la corruzione (a fronte di una media annua di 966, 1 per le quali è stato avviato il processo penale) e 225, 5 per la concussione (a fronte di una media annua di 405, 6 per le quali è stato avviato il processo penale). Da segnalare anche che il numero dei condannati per corruzione diminuisce notevolmente dal 2007 al 2011 (si passa da 749 a 458) mentre il numero dei condannati per concussione si triplica, passando da 134 a 344¹⁹.

Nello stesso studio l'ANAC ha anche esaminato la totalità delle sentenze pronunciate dalla Corte dei Conti nel periodo 2001-2012 per gli stessi reati di concussione e corruzione, qualora ricorrano i presupposti della responsabilità contabile²⁰. Ebbene, nel periodo considerato, le sentenze di condanna al risarcimento del danno sono state 300 (di cui 239 si riferiscono al primo grado di giudizio e 61 al secondo grado), per una media di 25 per anno, su un totale di 341 sentenze emesse

¹⁸ Una considerazione ulteriore riguarda la durata del processo penale misurata con il numero di anni che intercorre tra l'anno in cui il reato è stato commesso e l'anno di passaggio in giudicato della sentenza. Questo dato risulta in media più elevato per i reati di concussione che per quelli di corruzione ma per entrambi è diminuito considerevolmente tra il 2007 e il 2011 di circa 3 anni passando da 7, 80 a 4, 42 per la concussione, e di circa un anno (da 4, 87 a 3, 72) per la corruzione.

¹⁹ La distribuzione del tasso di condanne può contribuire a dare la dimensione degli esiti della lotta alla corruzione condotta nelle singole Regioni. Le inchieste giudiziarie che hanno portato a una significativa emersione della criminalità corruttiva nel 2011 hanno interessato soprattutto, in ordine decrescente, la Liguria, la Puglia e l'Abruzzo, per la concussione, e il Lazio, la Campania, la Calabria e la Lombardia, per la corruzione. Il numero dei condannati per concussione raddoppia dal 2007 al 2011 nelle regioni del Nord registra un andamento oscillante nel Centro e aumenta considerevolmente nel Sud e nelle Isole. La corruzione diminuisce nelle regioni settentrionali e negli stessi anni nel Centro e nelle regioni meridionali e nelle Isole. L'andamento dei reati di corruzione è ciclico nel Nord e nel Centro mentre si presenta stabilmente decrescente nel Sud del paese.

²⁰ Tali condotte possono integrare i presupposti del danno erariale, con Giurisdizione della Corte dei Conti. Come noto, l'accertamento della responsabilità da danno erariale cagionato dal funzionario pubblico nello svolgimento della propria attività costituisce una responsabilità personale limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

(con, dunque, 41 sentenze di rigetto degli atti di citazione, assoluzioni, accoglimenti delle domande di appello proposte dalle parti condannate in primo grado, etc.)²¹. Può aggiungersi che i dati dell'ANAC mostrano anche che l'ammontare del risarcimento del danno richiesto all'atto di citazione viene ridotto significativamente in termini di risarcimento comminato nelle sentenze di condanna²².

Rispetto a tutti i dati forniti può concludersi che vi è enorme divergenza tra la forte percezione del fenomeno corruttivo e i dati giudiziari sia penali che contabili. Se i primi sono probabilmente influenzati in eccesso da fattori esterni, quali il grado di povertà e insoddisfazione delle persone, la crisi economica o i mezzi di comunicazione di massa, i secondi mostrano una evidente insufficienza del sistema giudiziario nel perseguire e reprimere il fenomeno corruttivo, pur tenendo conto della portata più limitata delle fattispecie di rilevanza penale rispetto a quelle che possono essere ricondotte ad un concetto di corruzione più allargato.

Tale insufficienza si spiega anche per il fatto che entrambe le parti dell'accordo corruttivo (ovvero il corrotto e il corruttore) hanno convenienza a che lo stesso accordo rimanga nascosto. La stessa indagine dell'ISTAT già citata ha mostrato che la quota di famiglie che hanno avuto richieste di corruzione e che hanno poi denunciato l'episodio è solo del 2, 2%, mentre la quasi totalità non lo ha fatto (95, 7%)²³. In ogni caso, i dati riportati mostrano l'insufficienza di una lotta alla corruzione fondata esclusivamente sulla sua repressione.

3. La repressione penale della corruzione: evoluzione storica delle norme e della sua Giurisprudenza applicativa

366

La repressione penale, che per lungo tempo in Italia ha costituito lo strumento principale volto al contrasto della corruzione, ruota intorno alle due fattispecie della concussione e della corruzione, previste rispettivamente dagli artt. 317 (“*Concussione*”), 318 (“*Corruzione per l'esercizio della funzione*”) e 319 (“*Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*”) c.p.. Ad esse occorre affiancare il nuovo art. 319 *quater* (“*Induzione indebita a dare o promettere utilità*”), introdotto dall'art. 1, comma 75, della l. 6 novembre 2012, n. 190, *legge anticorruzione*.

²¹ Oltre la metà delle condanne al risarcimento del danno erariale per reati di concussione e concussione ha riguardato dipendenti di amministrazioni statali (62%). Vi sono poi condanne per dipendenti dei comuni (12%), delle ASL e aziende ospedaliere (12%) e degli enti di previdenza e assistenza (12%), mentre i reati che riguardano province, regioni e università sono residuali. Più della metà delle sentenze di condanna nel periodo di riferimento sono state pronunciate per episodi di corruzione e concussione avvenuti nelle Regioni del Nord (59%) di cui oltre la metà nella sola Lombardia (33%); risultano invece equamente distribuite le pronunce nelle Regioni del Centro (20%), di cui oltre la metà nel Lazio (12%), e nella macro-area del Sud e Isole (20%).

²² I dati ANAC sono sostanzialmente confermati anche da quelli più recenti forniti dall'indagine ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 12 ottobre 2017, relativi all'inizio dell'azione penale, alle archiviazioni e alle sentenze definitive di condanna per i principali reati riconducibili al più ampio concetto di corruzione, per gli anni dal 2006 al 2015.

²³ ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 12 ottobre 2017, sul sito www.istat.it. Tra i motivi della non denuncia viene evidenziata soprattutto la sua inutilità (39, 4% dei casi) e la consuetudine della pratica per raggiungere i propri obiettivi (14%); seguono il non sapere chi denunciare (12, 5%) e la paura delle rappresaglie e delle conseguenze, anche giuridiche, della denuncia (12, 4%). Altri invece ribadiscono l'utilità del vantaggio avuto a seguito della transazione corruttiva (9, 2%).

Tutte tali disposizioni sono inserite nel Titolo II del Libro II del Codice penale, dedicato ai delitti contro la Pubblica Amministrazione. Il bene giuridico tutelato dalle norme penali citate, infatti, deve essere individuato nei valori, di rilievo costituzionale, del buon andamento e dell'imparzialità dell'*agere* della PA.

Oltre alla ristrutturazione delle due principali figure di *corruption-crime*, la l. 190/2012 ha riformato la corruzione internazionale di cui all'art. 322 *bis* c.p.; l'art. 317 *bis* prevede ora la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici anche per i reati di cui agli artt. 319 e 319 *ter* c.p.²⁴; la confisca per equivalente di cui all'art. 322 *ter* c.p., comma 1, contemplata per i delitti contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. da 314 a 320, è stata estesa all'intera gamma dei proventi criminosi²⁵; tra i reati-presupposto della responsabilità amministrativa da reato degli enti sono stati inseriti i reati di "induzione indebita a dare o promettere utilità" e di "corruzione tra privati"²⁶; è stata introdotta la nuova fattispecie di reato di "traffico di influenze illecite" di cui all'art. 346 *bis* c.p.. Particolare rilievo, inoltre, assume la riformulazione della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c., ora rubricata "corruzione tra privati", che prevede casi di reato per coloro che, ricoprendo particolari cariche (amministratori, direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori) nell'ambito di società private, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, compiano od omettano atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società²⁷.

In ultimo, la riforma ha previsto un generalizzato aumento delle cornici edittali di pena per i reati di *peculato* di cui all'art. 314 (art. 1, comma 75, lett. c); di *concussione* di cui all'art. 317 (art. 1, comma 75, lett. d); di *corruzione per l'esercizio della funzione* di cui all'art. 318 (art. 1, comma 75, lett. f); di *corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio* di cui all'art. 319 (art. 1, comma 75, lett. g); di *corruzione in atti giudiziari* di cui all'art. 319 *ter* (art. 1, comma 75, lett. h); di *abuso d'ufficio* di cui all'art. 323 (art. 1, comma 75, lett. p)²⁸.

3.1. Concussione e induzione indebita

²⁴ Art. così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. e), l. 6 novembre 2012, n. 190.

²⁵ Art. così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. o), l. 6 novembre 2012, n. 190. Sul punto si v. Bevilacqua, *Il sistema sanzionatorio delineato dalla legge anticorruzione*, in *Giur. It.*, 2012, 12.

²⁶ Gli artt. 25 e 25 *ter* del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 sono stati così modificati dall'art. 1, comma 77, lett. a) e b), l. 6 novembre 2012, n. 190. Per un approfondimento, Voena G. P., *Profili processuali della legge anticorruzione*, in *Giur. It.*, 2012, 12.

²⁷ Art. 1, comma 76, L. n. 190/2012. Si confronti Spena A., *Corruzione fra privati*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8 - Allegato 1, 39.

²⁸ La riforma del 2012 ha introdotto misure per il rafforzamento dell'efficacia del giudizio di responsabilità erariale della Corte dei Conti conseguente a sentenza penale di condanna per reati contro la pubblica amministrazione (quali quelli di corruzione e concussione). Il rinnovato art. 1 comma 1-sexies della l. 20/1994 prevede che "nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente". In tali casi, quando vi sia fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale, ai sensi del comma 1 *septies*, può essere disposta la misura del sequestro conservativo dei beni del soggetto responsabile.

Il criterio distintivo tra corruzione, da un lato, e concussione ed induzione indebita, dall'altro lato, consiste nel fatto che le ultime due richiedono entrambe una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o a indurre l'"*extraneus*", comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita; diversamente, l'accordo corruttivo presuppone la "*par condicio contractualis*", ed evidenzia l'incontro libero e consapevole della volontà delle parti²⁹. Si tratti di reati propri del pubblico ufficiale o, per quel che riguarda le fattispecie di concussione e di induzione indebita, dell'incaricato di pubblico servizio, la cui struttura è stata fortemente incisa dalla l. 190/2012.

Prima della riforma del 2012, l'art. 317 c.p. puniva "*il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o un terzo, denaro od altra utilità*". In tale formulazione, dunque, le differenti condotte della *costrizione* e dell'*induzione* erano tenute insieme, e sottoposte al medesimo trattamento sanzionatorio.

La Giurisprudenza e la dottrina non hanno mostrato particolare interesse a scandagliare le differenze fra le due diverse modalità di consumazione del reato in questione. In linea generale, la tendenza era quella di costruire concetto ampio di induzione, che ricomprendeva ogni attività di persuasione, convinzione o suggestione, attuata in qualunque forma, anche velata e indiretta, purché in grado di influire sulla volontà del soggetto passivo del reato. Quest'ultimo, dunque, per effetto della suddetta attività di induzione, veniva a trovarsi in uno stato di soggezione psicologica nei confronti del soggetto agente. L'induzione non è quindi vincolata a forme predeterminate e tassative, "*potendo concretizzarsi anche in frasi indirette ovvero in atteggiamenti o comportamenti surrettizi, che si esplicano in suggestione tacita, ammissioni o silenzi, purché siano idonee ad influenzare la volontà della vittima*"³⁰.

L'elemento caratterizzante la fattispecie in questione è, in ogni caso, l'abuso, da parte del pubblico ufficiale e/o dell'incaricato di pubblico servizio, delle sue qualità o dei suoi poteri, che si concretizza in una strumentalizzazione della qualifica soggettiva posseduta, ed in un utilizzo della stessa secondo criteri diversi da quelli imposti dalla legge. Questo costituisce un presupposto indefettibile tanto nella costrizione, quanto nell'induzione³¹, e consiste nello sfruttare la propria posizione di preminenza sul privato, anche laddove l'atto intimidatorio posto in essere non rifletta le specifiche competenze del soggetto agente, purché, a renderlo credibile ed idoneo a costringere all'indebita promessa o dazione di denaro o di altra utilità, sia proprio la qualifica soggettiva che si riveste³².

Sul quadro così delineato è intervenuta la riforma del 2012, la quale ha portato con rilevanti novità³³.

²⁹ Cass. Pen., sez. VI, 22/09/2015 n. 50065.

³⁰ Cass. pen., sez. VI, 22/04/2010 n. 17234.

³¹ Cass. pen., sez. VI, 23/06/2015 n. 35796.

³² Cass. pen., sez. VI, 30/03/2016 n. 25054; Cass. pen., sez. VI, 12/02/2014 n. 10604.

³³ Art. 1, comma 75, lett. d), l. 190/2012. La giurisprudenza immediatamente successiva ha escluso che, per effetto della riforma, vi sia stata un'"*abolitio criminis*", poiché tra l'incriminazione prevista dall'art. 317 c.p., nel testo vigente prima delle modifiche apportate dalla l. 190/2012, e quelle contenute nel medesimo art. 317 e nella nuova fattispecie di cui all'art. 319 *quater* c.p., come introdotte dalla legge citata, vi sarebbe una sostanziale continuità normativa (Cass. pen., Sez. Un., 24/10/2013 n. 12228; Cass. pen., sez. VI, 03/12/2012 n. 3251). In dottrina, Vinciguerra S., *La*

In primo luogo, il soggetto attivo del reato di concussione era stato originariamente limitato al solo pubblico ufficiale e non più anche all'incaricato di pubblico servizio, con la conseguenza che la portata operativa del reato *de quo* è stata sensibilmente ridotta³⁴; tuttavia, con la successiva l. 69/2015 l'incaricato di pubblico servizio è tornato ad essere soggetto attivo del reato di concussione *ex art.* 317 c.p..

In secondo luogo, le condotte di concussione mediante costrizione e di concussione mediante induzione sono state separate e, mentre l'abuso costringitivo continua ad essere incriminato dall'art. 317 c.p., quello induttivo viene ad integrare l'elemento materiale di una nuova fattispecie autonoma, disciplinata dall'art. 319 *quater* c.p., ossia quella dell'induzione indebita³⁵. Dunque, non è dato più distinguere tra concussione per costrizione e concussione per induzione, poiché le condotte di abuso induttivo devono oggi essere ricondotte alla diversa figura dell'induzione indebita.

La novità più rilevante è data dalla previsione di cui al comma 2 dell' art. 319 *quater* c.p., e cioè dalla punibilità anche del soggetto che viene indotto a dare o a promettere indebitamente, in qualche modo imposta dalla normativa sovranazionale, al fine di scongiurare l'eventualità che il soggetto si costretto alla dazione o alla promessa, ma comunque connivente, rimanesse impunito.

A seguito della riforma, dunque, il problema circa l'individuazione dei criteri atti a differenziare costrizione ed induzione assume un rilievo più concreto, poiché, da una diversa qualificazione della condotta incriminata, possono derivare conseguenze importanti dal punto di vista del trattamento sanzionatorio.

Sul punto, si è sviluppato un fitto dibattito Giurisprudenziale che ha espresso diversi orientamenti che distinguono le due fattispecie in relazione alla tipologia del danno prospettato³⁶ ovvero all'intensità della pressione psicologica³⁷ o ancora,

riforma della concussione, in *Giur. It.*, 2012, 12; Corbetta S., *Il delitto di concussione dopo le modifiche introdotte dalla L. n. 190 del 2012*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 3, 284; Seminara S., *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8 – Allegato 1, 15.

³⁴ Alcune decisioni della Giurisprudenza di legittimità avevano tentato di colmare tale lacuna applicando alle ipotesi di concussione per costrizione operata dall'incaricato di pubblico servizio la norma di cui all'art. 629 c.p. (“*Estorsione*”), aggravata ai sensi dell'art. 61, n. 9, c.p. (“*l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto*”).

v. Cass. pen., sez. un., 24/10/2013 n. 12228; Cass. pen., sez. VI, 11/01/2013 n. 17285.

³⁵ L'art. 319 *quater* c.p. stabilisce che “*salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi*”, e che “*chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni*”.

³⁶ Nella concussione il soggetto passivo si determina all'indebito sulla base della prospettazione, da parte del soggetto agente, di un danno ingiusto, mentre nell'induzione il danno prospettato sarebbe conforme a legge, e conseguenza della corretta applicazione di quest'ultima (Cass. pen., sez. VI, 23/05/2013 n. 29338; Cass. pen., sez. VI, 27/03/2013 n. 26285; Cass. pen., sez. VI, 25/02/2013 n. 13047; Cass. pen., sez. VI, 03/12/2012 n. 3251; Cass. pen., sez. VI, 03/12/2012 n. 7495).

³⁷ Nella concussione il comportamento dell'agente pubblico ha un impatto tale da non lasciare al soggetto passivo del reato alcun concreto margine di scelta e da condizionarne gravemente la libertà di autodeterminazione, mentre nell'induzione si tratterebbe di una condotta più blanda, di mera suggestione o persuasione, che non arriverebbe a costringere il privato, ma che gli lascerebbe una possibilità di scelta (Cass. pen., sez. VI, 11/01/2013 n. 17285; Cass. pen., sez. VI, 18/12/2012 n. 3093; Cass. pen., sez. VI, 04/12/2012 n. 8695).

secondo un orientamento intermedio, in relazione al tipo di vantaggio conseguito dal soggetto passivo del reato per effetto della dazione o della promessa indebita³⁸.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione³⁹ per le quali nessuno dei tre orientamenti, preso singolarmente, riesce ad individuare in maniera soddisfacente i connotati distintivi fra le due fattispecie, ma tutti e tre riescono comunque a cogliere dei profili importanti. In definitiva, il reato di cui all'art. 317 c.p. è integrato dall'abuso costrittivo del pubblico ufficiale, attuato mediante violenza o minaccia di un danno "*contra ius*", da cui deriva una grave limitazione della libertà di autodeterminazione del destinatario, che, senza alcun vantaggio indebito per sé, è posto di fronte all'alternativa secca di subire il male prospettato o di evitarlo con la dazione o la promessa dell'indebitato. Il reato di cui all'art. 319 *quater* c.p., invece, è caratterizzato dall'abuso induttivo del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, vale a dire da una condotta di persuasione, di suggestione, di inganno, di pressione morale, con più tenue valore condizionante la libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale, cosa che lo pone in una posizione di complicità col pubblico agente e lo rende meritevole di sanzione. Tali approdi interpretativi risultano ampiamente confermati dalla giurisprudenza successiva⁴⁰.

3.2. Corruzione propria e impropria

370

Anche il delitto di corruzione è stato toccato dalla riforma del 2012. Rispetto a tale fattispecie, però, occorre operare delle distinzioni, in quanto le condotte che vengono ad essere incriminate sono molteplici.

La prima è quella tra corruzione *propria* e corruzione *impropria*. Si parla di corruzione propria quando il pubblico agente pone in essere un atto contrario al proprio dovere d'ufficio, di corruzione impropria quando, invece, viene compiuto un atto proprio dell'ufficio. Si suole distinguere anche tra corruzione *antecedente* e corruzione *sussequente*, a seconda che la ricezione o la promessa del denaro o di altra utilità preceda o segua l'atto da compiere. In ogni caso, rimane un reato a concorso necessario, nel senso che, *ex art. 321 c.p.*, ad essere punito non è solo il pubblico ufficiale corrotto, ma anche il privato corruttore.

³⁸ Non si dovrebbe guardare all'ingiustizia oggettiva del male prospettato, o alla conformità alla legge dello stesso, ma occorrerebbe considerare il tipo di vantaggio conseguito dal soggetto passivo del reato per effetto della dazione o della promessa indebita. Nella concussione, in pratica, non solo il soggetto passivo si troverebbe costretto a pagare o a promettere di pagare per evitare il prodursi di un danno, ma non gli verrebbe neppure prospettato alcun tipo di vantaggio. Nell'induzione, invece, il soggetto attivo, oltre ad agire con modalità più blande e suggestive, prospetterebbe anche la possibilità di ottenere un vantaggio diretto (Cass. pen., sez. VI, 11/02/2013 n. 11794).

³⁹ Cass. pen., sez. un., 24/10/2013, n. 12228. Tale sentenza non esclude che possano esservi dei casi ambigui, rispetto ai quali gli elementi del danno antiggiuridico e del vantaggio indebito, che contraddistinguono gli illeciti in questione, dovrebbero essere valutati all'interno della vicenda concreta in cui si inseriscono, in unione con gli ulteriori elementi che vi assumono peculiare significato, quali i beni giuridici in gioco e i principi e valori alla base del settore considerato

⁴⁰ Cass. pen., sez. VI, 02/03/2016, n. 9429.

La fattispecie di corruzione impropria è disciplinata dall'art. 318 c.p. (“*Corruzione per l'esercizio della funzione*”). Nel testo previgente alla riforma, veniva punita la condotta del pubblico ufficiale che, per compiere un atto del suo ufficio, riceveva, per sé o per un terzo, in denaro o in altra utilità, una retribuzione che non gli era dovuta, o comunque ne accettava la promessa. Dopo l'intervento del Legislatore, si legge che a rilevare non è il solo compimento di un atto, ma, più in generale, l'esercizio della funzione o dei poteri propri del pubblico ufficiale.

In definitiva, la nuova formulazione non si riferisce più all'atto o ad una specifica condotta, con la conseguenza che non viene più ad assumere rilievo la differenza tra corruzione antecedente e corruzione susseguente, che vengono entrambe sanzionate. Il nuovo art. 318 c.p. va a colpire l'esercizio della funzione, alla quale già la Giurisprudenza antecedente alla riforma⁴¹ tendeva a dare rilievo, ritenendo non necessaria l'individuazione specifica dell'atto oggetto dell'accordo corruttivo, in quanto l'atto d'ufficio considerato dal Legislatore non doveva intendersi in senso formale, ma come comprendente qualsiasi comportamento violativo dei doveri che debbono osservarsi da parte di chiunque eserciti una pubblica funzione⁴².

Se la pattuizione ha ad oggetto uno specifico atto, contrario ai doveri d'ufficio, oppure l'omissione o il ritardo nel compimento di un atto dell'ufficio, si ricade nella più grave fattispecie della corruzione propria, sanzionata penalmente dall'art. 319 c.p.. Per quel che riguarda la nozione di atto proprio dell'ufficio, rilevante ai fini della configurabilità del reato, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che non è determinante che il fatto contrario ai doveri d'ufficio sia ricompreso nell'ambito delle specifiche mansioni del pubblico ufficiale, ma è necessario e sufficiente che si tratti di un atto rientrante nelle competenze dell'ufficio cui il soggetto appartiene e in relazione al quale egli eserciti, o possa esercitare, una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto⁴³.

La distinzione tra corruzione propria ed impropria presenta alcuni profili problematici. Il più rilevante di essi è quello riguardante l'uso distorto della discrezionalità amministrativa, dove, cioè, l'accordo corruttivo si riferisce al compimento di un atto discrezionale, quando esso sia in astratto compatibile con il sistema delle norme di riferimento o, addirittura, coincida con quello che sarebbe stato adottato anche in assenza del pagamento corruttivo.

La Giurisprudenza ha chiarito che il dato obiettivo della retribuzione non basta a qualificare automaticamente l'atto discrezionale come contrario ai doveri d'ufficio, perché, se così fosse, si arriverebbe ad avallare un'interpretazione abrogativa dell'art. 318 c.p. con riferimento agli atti discrezionali. In questi casi, dunque, perché si possa parlare di corruzione propria è necessaria una deformazione del procedimento

⁴¹ Secondo tale Giurisprudenza doveva ritenersi sussistente il reato di corruzione ogni qual volta veniva accertato che la consegna del denaro al pubblico ufficiale era stata effettuata in ragione delle funzioni dallo stesso esercitate e per retribuirci i favori. Peraltro, tale forma di corruzione doveva essere fatta rientrare tra le ipotesi di corruzione propria (per atto contrario ai doveri d'ufficio) e non di corruzione impropria, poiché implicante il mercimonio della funzione stessa (Cass. pen., sez. VI, 05/02/1998 n. 2894).

⁴² Con riferimento ai profili di diritto intertemporale, la nuova fattispecie di cui all'art. 318 c.p. risulta porsi in continuità normativa con la precedente, per cui quella che si verifica è una mera successione di norme modificative, salvo, come si è detto, per la corruzione impropria susseguente, precedentemente non punibile.

⁴³ Cass. pen., sez. VI, 26/02/2016 n. 23355.

decisionale, che deve evidentemente essere esclusa laddove la misura adottata si presenti idonea al miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico. In sostanza, si configurerebbe il delitto di corruzione impropria, e non quello di corruzione propria, in relazione ad un atto adottato dal pubblico ufficiale nell'ambito di attività amministrativa discrezionale, soltanto qualora sia dimostrato che lo stesso sia stato determinato dall'esclusivo interesse della p.a. e che pertanto sarebbe stato comunque adottato con il medesimo contenuto e le stesse modalità, indipendentemente dall'indebita retribuzione⁴⁴.

4. La prevenzione della corruzione e il ruolo centrale dell'ANAC

La consapevolezza dei limiti della repressione penale e contabile della corruzione, dimostrata dai dati che si sono forniti, è stata il presupposto che ha guidato la riforma di cui alla l. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*⁴⁵.

Tale legge è intervenuta dopo che per lunghi anni il fenomeno della corruzione è stato del tutto trascurato con poche eccezioni, tra le quali si possono ricordare l'istituzione di alcune Commissioni⁴⁶, quella dell'Alto Commissario anti-corruzione nel 2003 (poi degradato nel 2008 a *Servizio anticorruzione e trasparenza*), la tardiva ratifica nel 2009 della convenzione Onu sulla corruzione⁴⁷.

La novità principale della riforma del 2012 è, indubbiamente, quella di avere dato particolare rilievo all'aspetto della prevenzione della corruzione in via amministrativa⁴⁸, con la previsione di nuovi strumenti *ad hoc* (quali i Piani

⁴⁴ Cass. pen., sez. VI, 03/02/2016, n. 6677. In sintesi, se l'atto retribuito costituisce una violazione delle regole per un corretto esercizio del potere discrezionale, si tratterà di corruzione propria, anche laddove l'atto retribuito sia tale che, pur costituendo il frutto di un corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, la scelta cada su di esso solo in forza della retribuzione corruttiva. Invece, si tratterà di corruzione impropria laddove il pubblico ufficiale agisca esattamente nel modo in cui avrebbe agito laddove non vi fossero state interferenze, realizzando al contempo il miglior soddisfacimento per gli interessi pubblici considerati.

⁴⁵ La riforma del 2012 è stata adottata anche in considerazione dell'esigenza di adeguare il nostro ordinamento giuridico al panorama internazionale ed in particolare alla Convenzione di Merida delle Nazioni Unite contro la Corruzione del 31 ottobre 2003 e alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999. Per un commento organico si rinvia a: Mattarella B.G. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013. Le leggi 28 giugno 2012 n. 110 e 112 hanno ratificato e dato esecuzione alle due Convenzioni siglate a Strasburgo nel 1999.

⁴⁶ In passato vi sono state alcune commissioni che hanno studiato il tema della corruzione e dei relativi rimedi di natura amministrativa. Si possono ricordare: quella nominata dal Presidente della Camera e presieduta da Sabino Cassese nel 1996 (il cui rapporto è pubblicato in *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari, Laterza, 1998); quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minervini nello stesso anno; quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011 (il cui rapporto è pubblicato in *La prevenzione della corruzione. Per una politica di prevenzione*, in www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzione-DEF.pdf).

⁴⁷ La l. 3 agosto 2009 n. 116, ha ratificato la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003.

⁴⁸ Per l'aspetto preventivo della riforma del 2012, si segnala il commento alla l. 190/2012 di Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013 pp.123 e ss. Si confronti anche: Clarich M. - Mattarella B.G., *La prevenzione della corruzione*

anticorruzione), dettando un nuovo regime delle incompatibilità (da cui il successivo d.lgs. n. 39/2013), costituendo un Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (poi adottato con il d.P.R. n. 62/2013) e introducendo nuovi istituti giuridici⁴⁹.

In tale ambito assume una posizione centrale l'ANAC (Autorità Nazionale Anti - Corruzione), costituita con la l. 101 del 2013, che ha ereditato le funzioni anticorruzione che la l. 190/2012 aveva attribuito alla CIVIT (già istituita con l. 150/2009)⁵⁰. Al momento della sua istituzione, tale Autorità ha assunto compiti di amministrazione attiva, consultiva, ispettiva e di controllo, in un quadro di collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica e con un Comitato interministeriale previsto dall'art. 1 comma 4 della legge. Tra gli altri compiti, l'ANAC ha assunto quello di approvare il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) e di illustrare al Parlamento, entro il 31 dicembre di ogni anno, una relazione sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia⁵¹.

Quanto all'attività consultiva, l'ANAC esprime pareri facoltativi agli organi dello Stato e a tutte le amministrazioni pubbliche in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento ed ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico. Esprime, inoltre, pareri facoltativi in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali⁵². I poteri di vigilanza e controllo dell'ANAC riguardano l'applicazione e l'efficacia delle misure di prevenzione alla corruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni ed il rispetto delle nuove regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa. Nell'esercizio delle funzioni ispettive, l' Autorità può richiedere

, in Mattarella B.G. - Pellissero M. (a cura di) *La legge anticorruzione – prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 59-69.

⁴⁹ Si pensi all'art. 54 *bis* del d.lgs. 165 del 30 marzo 2001, introdotto dall'art. 1, comma 51, della l. 190/2012 che tutela il dipendente pubblico che denuncia gli illeciti.

⁵⁰ Il Legislatore del 2012 ha modificato la previsione dell'art. 6 della l. 116 del 2009 che designava quale Autorità nazionale anticorruzione il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, individuando quale Autorità nazionale anticorruzione la Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche - CIVIT (art. 1, comma 2, L. 190/2012). La CIVIT, successivamente (ai sensi dell'art. 5, comma 3 della L. 125/2013) ha assunto la denominazione di Autorità Nazionale AntiCorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (ANAC). Sulla CIVIT si rinvia a: Clarich M-Mattarella B.G., *La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche nel panorama delle Autorità indipendenti*, in Scognamiglio G. (a cura di) *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Promo PA, Fondazione Roma, 2010. Sull'ANAC, si confrontino Cantone R. – Merloni F. (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione* Torino, 2015; Nicota A.I. (a cura di) *L'Autorità Nazionale Anticorruzione – tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, 2016.

⁵¹ Art. 1, comma 2 lett. g), l. 190/2012.

⁵² Tale valutazione è resa con attenzione alle nuove preclusioni che vietano ai dipendenti, che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. Si confronti sul punto l'art. 16-*ter* introdotto nel testo dell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. La stessa previsione sanziona con la nullità i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione e vieta ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti.

notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, ed ordinare l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di prevenzione alla corruzione e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati. L'ANAC e le amministrazioni interessate danno notizia, nei rispettivi siti *web* istituzionali, dei provvedimenti conseguentemente adottati.

L'ANAC ha subito un'ulteriore evoluzione con il d.l. 26.06.2014 n. 90, convertito in l. 11.08.2014 n. 114, con il quale, anche a seguito delle inchieste penali che hanno riguardato il Mose di Venezia e Expo 2014 di Milano, sono state dettate disposizioni volte a garantire un migliore livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici. L'art. 19 di tale provvedimento, infatti, ha soppresso l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici - AVCP e ha determinato l'assorbimento delle relative funzioni da parte dell'ANAC. Inoltre, lo stesso provvedimento ha tolto all'ANAC la materia del controllo di *performance* delle amministrazioni (ereditate dalla CIVIT) e la ha trasferita al Dipartimento per la funzione pubblica della presidenza del Consiglio dei Ministri, così rendendo ANAC un'Autorità concentrata sulla lotta alla corruzione in tutti i settori dell'attività amministrativa⁵³.

Con specifico riferimento ai contratti pubblici (a seguito della soppressione dell'AVCP) ANAC è diventata l'Autorità di settore che assolve il compito della vigilanza e garanzia della qualità, efficienza e efficacia dell'azione amministrativa⁵⁴, dotata di specifici poteri sanzionatori, volti ad assicurare l'effettività dell'azione svolta. Peraltro, l'assorbimento dell'AVCP in ANAC evidenzia quale sia la reputazione (ovvero quella di un settore fortemente corrotto) di cui gode il settore dei contratti pubblici in Italia, fatta propria dal Governo.

Con il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016, l'ANAC ha assunto ulteriori compiti e poteri, che ne esaltano la centralità del ruolo⁵⁵. Ai sensi dell'art. 213 comma 1 l'ANAC assume la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici, l'attività di regolazione degli stessi, l'attività di prevenire e contrastare illegalità e corruzione, dunque, con l'obbiettivo di garantire tanto l'efficienza quanto l'integrità del settore. Ai sensi di tale disposizione, assume poteri molto ampi e trasversali, tra i quali: la

⁵³ Art. 19 comma 9 d.l. 90/2014. L'ANAC partecipa a protocolli d'intesa stipulati con Guardia di Finanza, Dipartimento delle politiche comunitarie, Dipartimento di Ragioneria dello Stato e sussistono rapporti di collaborazione con la Procura della Corte dei Conti. Dell'attività svolta l'Autorità redige periodicamente delle relazioni delle quali da conto alle camere Parlamentari e Governo, potendo altresì presentare proposte di modifiche della normativa afferente le funzioni svolte.

⁵⁴ In data 15.07.2014, è stato adottato di concerto tra l'ANAC e il Ministro dell'Interno un Protocollo di intesa contenente *Linee Guida* per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC – Prefetture UTG – Enti Locali, per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa.

⁵⁵ Sul ruolo di ANAC nel nuovo Codice dei Contratti, tra gli altri: Cantor R. - Merloni F. (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, 2015, Giappichelli; Nicotra I. A. (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione - Tra prevenzione e attività regolatoria*, 2016, p. 14 ss.; Longobardi N., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, fasc.1, p. 20 ss.; Cassese S., *Il ruolo dell'ANAC nel Codice dei contratti pubblici* in *Cerimonia di chiusura dodicesima edizione master in procurement management*, 11 Ottobre 2017; De Nictoslis R., *I poteri dell'Anac dopo il correttivo*, in *Giustamm.it*, 2017; Greco R., *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016.

vigilanza sull'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici e l'esercizio dei poteri sanzionatori ad essi correlati; formula proposte al Governo di modifica della disciplina vigente; svolge attività di vigilanza collaborativa alle stazioni appaltanti per affidamenti di particolare interesse; provvede all'elaborazione dei costi standard; gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; può disporre ispezioni avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato e della Guardia di Finanza, trasmettendo i propri rilievi agli organi di controllo, comprese le Procure della Repubblica e la Procura generale della Corte dei conti; gestisce e aggiorna l'Albo Nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici e l'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società; presso la stessa ANAC è istituito, nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, l'elenco dei soggetti aggregatori. Un compito di particolare rilievo, che fa assurgere l'ANAC a vero regolatore del settore, a seguito dell'abrogazione del regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici di cui al d.P.R. 207/2010, è quello della redazione della c.d. *soft regulation*, incentrata su un sistema di linee guida che possono assumere carattere vincolante o non vincolante per le stazioni appaltanti, ma anche sull'emanazione di bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile⁵⁶.

Nell'assetto attualmente vigente, oltre agli appena ricordati compiti e poteri che afferiscono al settore della contrattualistica pubblica, l'ANAC, svolge un ruolo generale di prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali. Tale attività può considerarsi trasversale ad ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi. Può anche osservarsi che l'attività relativa al settore dei contratti pubblici, settore in cui l'ANAC ha assunto un ruolo di assoluta centralità, è probabilmente divenuta prevalente rispetto a quella generale.

5. I piani anticorruzione e il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Necessità di evitare l'eccessivo appesantimento dell'organizzazione amministrativa

Nell'attuale sistema di prevenzione della corruzione disegnato dalla riforma del 2012, come modificata dal d.lgs. 97/2016, assumono una posizione certamente rilevante le misure che riguardano l'organizzazione della pubblica amministrazione.

⁵⁶ Art. 213 comma 2, d.lgs. 50/2016. Molte disposizioni puntuali del Codice di cui al d.lgs. 50/2016 assegnano all'ANAC il compito della redazione di specifiche linee guida che vanno ad integrare la disciplina degli istituti previsti dalle stesse disposizioni. In dottrina: Licciardello S., *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *federalismi.it*, 2016, p. 2 ss.; Chiti M. P., *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, Fasc. 4, pp. 436-439; Deodato C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 6; Torchia L., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, Fasc. 2; Chimenti M. L., *Nuovo diritto degli appalti e Linee Guida A.N.A.C.*, 2016, Nel Diritto Editore, pp. 48- 53; Valguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, Fasc. 1; Mari N., *Linee guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti* in *www.italiappalti.it*, 2017, pp. 2-8.

L'indirizzo generale per le pubbliche amministrazioni è dato dal Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), di durata triennale e con aggiornamenti annuali, adottato dall'ANAC sentito il Comitato interministeriale di cui al comma 4 della l. 190 /2012 e la Conferenza unificata di cui all'art. 8 comma 1, d.lgs. 281/ 1997⁵⁷. Tale piano è finalizzato all'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a) e, in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione. Non si configura come un'attività *una tantum*, bensì come un processo ciclico in cui le strategie e gli strumenti vengono affinati, modificati o sostituiti in relazione al *feedback* ottenuto dalla loro applicazione. L'adozione del PNA tiene conto dell'esigenza di uno sviluppo graduale e progressivo del sistema di prevenzione, nella consapevolezza che il successo degli interventi dipende in larga misura dal consenso sulle politiche di prevenzione, dalla loro accettazione e dalla concreta promozione delle stesse da parte di tutti gli attori coinvolti.

Al fine dell'attuazione di tale piano, la disciplina vigente prevede nell'ambito di ciascuna amministrazione una ripartizione delle competenze interne tra l'*Organo di indirizzo*, l'*Organismo indipendente di valutazione* e il *Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza*.

L'organo di indirizzo definisce gli obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, che costituiscono contenuto necessario dei documenti di programmazione strategico-gestionale e del Piano triennale per la prevenzione della corruzione⁵⁸. Peculiari compiti viene, inoltre, ad assumere l'Organismo indipendente di valutazione, tra l'altro tenuto a riferisce all'ANAC sullo stato di attuazione delle misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza nell'ambito dell'amministrazione di appartenenza⁵⁹.

Ogni amministrazione è, inoltre, tenuta a nominare un *Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza* con compiti trasversali, che consistono nel dovere di segnalazione all'organo di indirizzo e all'organismo indipendente di valutazione delle disfunzioni sull'attuazione delle misure anticorruptive e di trasparenza e in quello dell'indicazione agli uffici competenti all'esercizio dell'azione disciplinare dei nominativi dei dipendenti che non hanno attuato correttamente le misure in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza. Tale soggetto è, peraltro, sottoposto ad un particolare regime di responsabilità per il mancato assolvimento dei suoi obblighi⁶⁰.

⁵⁷ Art. 1 commi 2 lett. b) e 2 *bis* della l. 190/2012, nel testo successivo al d.lgs. 97/2016.

⁵⁸ Art. 1 comma 7 della l.190/2012, così come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 96/2016.

⁵⁹ Art. 1 comma 8 della l.190/2012, così come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 96/2016.

⁶⁰ È prevista una generale forma di responsabilità dirigenziale, disciplinare ed amministrativa (per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione) in capo al responsabile della prevenzione della corruzione in caso di commissione, all'interno dell'Amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato (art. 1, comma 12, l. 190/2012). La predisposizione del piano di prevenzione prima della commissione del fatto, unitamente alla prova di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano consentono l'esonero dai connessi profili di responsabilità (escludendo il profilo della *culpa in vigilando*, ma potendo sollevare dubbi sulla bontà delle scelte pianificatorie effettuate). Si tratta di un profilo di responsabilità a confine tra imputazione oggettiva, connessa al ruolo rivestito, e responsabilità colposa per difettosa

Il secondo livello decentrato della pianificazione è costituito dai Piani Triennali Anticorruzione che ogni amministrazione redige sulla base delle indicazioni presenti nel PNA, con ricognizione dei rischi specifici di corruzione e conseguentemente indicazione degli interventi organizzativi volti a prevenirli⁶¹. L'adozione di tali piani riguarda le pubbliche amministrazioni centrali, le Regioni, le Province autonome, gli enti locali, gli enti pubblici ed i soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo.

I piani sono adottati dall'Organo di indirizzo su proposta del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza entro il 31 gennaio di ogni anno, sono trasmessi all'ANAC⁶² e sottoposti alla verifica della loro coerenza con gli obiettivi stabiliti nei documenti di programmazione strategico - gestionale da parte dell'Organismo indipendente di valutazione, che pure verifica che nella misurazione e valutazione delle performance si tenga conto degli obiettivi connessi all'anticorruzione e alla trasparenza⁶³. Con tali piani vengono, inoltre, previsti degli adempimenti organizzativi per le pubbliche amministrazioni, consistenti in un'attività di pianificazione per la prevenzione della corruzione ed un conseguente regime di responsabilità⁶⁴.

Il *Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza* è preposto alla verifica dell'attuazione dei Piani e della loro idoneità, nonché a proporre eventuali modifiche quando fossero accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando fossero intervenuti mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione.

Come si vede, dunque, si tratta di un sistema di *pianificazione a cascata* nel quale assume, per ciascuna pubblica amministrazione, un ruolo centrale il *Responsabile della*

capacità prognostica in termini di prevenzione (Così Foà S., *Le novità della legge anticorruzione*, cit., 293). Ai sensi del comma 13 dell'art.1 della l. 190/2012, la sanzione disciplinare a carico del responsabile della prevenzione della corruzione non può essere inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un mese ad un massimo di sei mesi. Inoltre, ai sensi del successivo comma 14, in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal Piano, il responsabile della prevenzione della corruzione risponde ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 165/2001 nonché, per omesso controllo, sul piano disciplinare, salvo che provi di avere comunicato agli uffici le misure da adottare e le relative modalità e di avere vigilato sull'osservanza del Piano.

⁶¹ Il contenuto dettagliato del piano è indicato dal comma 9 dell'art. 1 della l.190/2012, come modificato dal d.lgs. 97/2016. Ai sensi del comma 13 dell'art.1 della l. 190/2012 la violazione, da parte dei dipendenti dell'amministrazione, delle misure di prevenzione previste dal Piano costituisce illecito disciplinare.

⁶² Ai sensi del comma 6 della l. 190/2012, come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 97/2016, i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti possono aggregarsi per definire in comune, tramite accordi ai sensi dell'art. 15 della l. 241/1990, il piano triennale per la prevenzione della corruzione, secondo le indicazioni contenute nel PNA. Inoltre, negli enti locali il piano è approvato dalla giunta, ai sensi dell'art. 1 comma 8 della l. 190/2012, come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 97/2016.

⁶³ Art. 1 comma 8 *bis* della l. 190/2012, come modificato dall'art. 41 del d.lgs. 97/2016.

⁶⁴ Clarich M., *Corruzione: il rischio dei cali di tensione*, Guida al Diritto, Sole 24 ore, 8.1.2015, sottolineava che “A circa un anno dalla scadenza del termine per l'adozione del piano triennale anticorruzione più della metà di comuni, regioni e Asl sono rimasti inerti. Più virtuosi sono stati i ministeri con una percentuale di adempimento del 78%. Nel complesso su 12.172 pubbliche amministrazioni obbligate, solo 5.373 sono risultate adempienti. Meno riottose sono state le amministrazioni del Nord Ovest, in grave ritardo sono invece quelle del Sud (18% di adempimenti)”. Lo stesso Autore segnala il malcostume dei piani anticorruzione “fotocopia”, cioè confezionati sulla base del piano nazionale con riproduzione pedissequa delle disposizioni rilevate.

*prevenzione della corruzione e della trasparenza*⁶⁵. Tuttavia, il sistema introdotto non ha finora dato esiti del tutto soddisfacenti.

I Piani Nazionali Anticorruzione redatti sono stati finora due⁶⁶. Il timore che essi potessero diventare un mero elenco di promesse e ed enunciazioni di principio non pare del tutto superato. E' probabilmente mancato il necessario supporto politico alle strategie complessive di lotta alla corruzione indicate dal piano, necessario perché i buoni propositi potessero convertirsi in risultati.

A valle del piano nazionale, lo strumento dei piani anticorruzione delle amministrazioni troppo spesso si è rivelato un mero appesantimento burocratico e così è stato percepito dalle stesse amministrazioni, con un conseguente rallentamento dell'attività degli uffici. Gli stessi piani sono spesso stati redatti in modo meccanico, senza il necessario adattamento alle peculiarità delle singole amministrazioni e senza la necessaria concretezza, limitandosi solo a riprodurre meccanicamente disposizioni di legge e di codici di comportamento.

Gli stessi Responsabili della prevenzione della corruzione hanno interpretato il loro ruolo con prudenza, preoccupandosi per lo più di produrre documentazione per un proprio esonero da responsabilità. Si sono dunque concretizzate quelle preoccupazioni che la dottrina più attenta aveva già segnalato subito dopo l'entrata in vigore della riforma⁶⁷.

6. La prevenzione della corruzione nelle norme sul pubblico impiego: codici di comportamento, conflitto di interessi e regime delle incompatibilità, rotazione del personale, *Whistleblower*

378

Una seconda serie di misure volte alla prevenzione della corruzione, che la riforma del 2012 ha inserito nel d.lgs. 165/2001 che detta le "*norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*", ha riguardo al comportamento dei dipendenti pubblici. Tra le varie misure, se ne possono ricordare alcune.

Il novellato art. 54 del d.lgs. 165/2001, prevede che il Governo adotti un codice di comportamento finalizzato ad assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico. Tale codice (adottato con d.P.R. 62 del 16 aprile 2013), ad esempio, prevede per tutti i dipendenti pubblici il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in

⁶⁵ Così, Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in Il Giornale di diritto amministrativo, 2/2013.

⁶⁶ In data 11.9. 2013, con la delibera CIVIT n. 72/2013 e su proposta del Dipartimento della funzione pubblica, è stato approvato il primo Piano Nazionale Anticorruzione, ai sensi dell'art. 1, comma 2 lett. b) della legge n. 190/2012. In seguito alle modifiche intervenute con il d.l. 90/2014, convertito, con modificazioni dalla l. 114/2014, l'ANAC, in data 28.10.2015, ha approvato l'aggiornamento del PNA con la determinazione n. 12 del 28.10.2015. In data 3 agosto 2016, l'ANAC, in virtù dell'art. 1, comma 2 bis della l. 190/2012, introdotto dal d.lgs. 97/2016, ha approvato il Piano Nazionale Anticorruzione 2016 con determinazione n. 831 del 3.8.2016. Con la delibera n. 1208 del 22.11.2017 l'ANAC ha approvato l'Aggiornamento 2017 al Piano Nazionale Anticorruzione 2016.

⁶⁷ Mattarella B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in Giornale di Diritto Amministrativo, 2/2013, p.127.

connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia.

A integrazione di tale Decreto, ciascuna pubblica amministrazione ha l'obbligo di adottare un proprio codice di comportamento a specificazione ed integrazione del Codice generale, contenente regole adatte alle peculiarità del proprio personale. Sul punto può essere anche osservato che l'esperienza di questi primi anni ha mostrato che tali documenti troppo spesso si sono tradotti in una mera ed inutile ripetizione di enunciazioni di principio già presenti nella legge e nel Codice generale.

La violazione dei doveri contenuti nei Codici di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione degli stessi doveri è anche rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniquale volta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti⁶⁸.

Particolare attenzione la disciplina vigente rivolge agli obblighi di astensione in caso di conflitto di interesse, come dimostra la disposizione generale di cui all'art. 6 della l. 241/1990 che prevede che il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale⁶⁹.

Al fine di prevenire i conflitti di interesse, l'art. 53 del d.lgs. 165/2001⁷⁰ detta un severo regime di incompatibilità nel conferimento degli incarichi dei dipendenti pubblici, nel rispetto del principio generale per il quale non possono essere conferiti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati. Rispetto a tali incarichi la l. 190/2012 ha determinato una esplicita restrizione in relazione alla eventuale sussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi, da valutarsi con riferimento al caso concreto.

Lo stesso articolo al comma 7 prevede il principio generale per cui i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza, verificata l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Tali incarichi, a seguito della riforma di cui alla l. 190/2012, sono stati assoggettati a particolari oneri di trasparenza e ad un regime particolarmente restrittivo.

La stessa Riforma del 2012, sempre con l'obiettivo di prevenire i conflitti di interesse, ha dettato anche norme restrittive in materia di attività successiva alla cessazione del rapporto

di lavoro (c.d. *pantouflage – revolving doors*). L'art. 53 comma 16 *ter* del d.lgs. 165/2001⁷¹ prevede che i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto di pubbliche amministrazioni non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I

⁶⁸ Art. 54 del d.lgs. 165/2001, modificato dall'art. 1 comma 44 della l.190/2012.

⁶⁹ Norma inserita dall'art. 1 comma 41 della l. 190/2012.

⁷⁰ Norma inserita dall'art. 1 comma 42 della l. 190/2012.

⁷¹ Norma inserita dall'art. 1 comma 42 della l. 190/2012.

contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti.

In ultimo, l'art. 1 commi 49 e 50 della l.190/2012, sempre ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione nonché della prevenzione dei conflitti di interessi⁷², ha delegato il Governo ad adottare decreti diretti a prevedere nuovi casi di incompatibilità specifici per le posizioni dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, tra i quali: la non conferibilità a coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del c.p.; la non conferibilità a coloro che per un tempo non inferiore ad un anno antecedente al conferimento abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato sottoposti a controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che conferisce l'incarico; la non conferibilità a soggetti estranei alle amministrazioni che, per un congruo periodo di tempo, non inferiore ad un anno, antecedente al conferimento abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive. Tale delega è stata poi attuata con d.lgs. 8 aprile 2013 n. 39.

Sempre a seguito della riforma di cui alla l.190/2012, è stata introdotta la disposizione di cui all'art. 35 *bis* del d.lgs. 165/2001 volta alla prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici. Ai sensi di tale disposizione, coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del c.p., non possono fare parte di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi; non possono essere assegnati agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati; non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere.

La disciplina attuale mostra, inoltre, un chiaro *favor* per la rotazione del personale nei settori particolarmente esposti alla corruzione, considerato uno strumento per prevenire o interrompere l'accordo corruttivo. Ad esempio, l'art.1 comma 4 lett. e) della l. 190/2012 prevede che il Dipartimento della funzione pubblica definisca criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori particolarmente esposti alla corruzione e misure per evitare sovrapposizioni di funzioni e cumuli di incarichi nominativi in capo ai dirigenti pubblici, anche esterni; a valle, ai sensi dell'art. 1 comma 5 lett. b) le pubbliche amministrazioni centrali prevedono, negli stessi settori esposti alla corruzione, la rotazione di dirigenti e funzionari; ai sensi del comma 10 lett. b), il responsabile della prevenzione della corruzione provvede anche alla verifica,

⁷² Sul punto Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in Il Giornale di diritto amministrativo, 2/2013, evidenzia che tali misure non hanno natura sanzionatoria nemmeno per i dirigenti condannati (anche considerando il fatto che le condanne rilevano anche se le relative sentenze non sono passate in giudicato) ma pongono piuttosto regole organizzative rivolte alle amministrazioni.

d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione.

Di particolare interesse è, inoltre, la disposizione di cui all'art. 54 bis del d.lgs. 165/2001 in materia di tutela del dipendente che effettua spontaneamente segnalazioni di illecito commesse all'interno della pubblica amministrazione, c.d. *Whistleblower*⁷³. Ai sensi di tale disposizione, fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, il pubblico dipendente che segnala al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), o denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione. Vi è, inoltre, particolare attenzione alla segretezza dell'identità del segnalante, anche nel caso in cui venga avviato un procedimento giudiziario nei confronti del denunciato⁷⁴. Ai sensi del comma 7 della stessa disposizione, gli atti discriminatori o ritorsivi adottati dall'amministrazione contro il denunciante sono nulli e chi le ha disposte è assoggettato alle sanzioni di cui al comma 6⁷⁵. Le procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni sono affidate alle

⁷³ La disposizione, già modificata dall'art. 1 comma 51 della L. 190/2012 è stata recentemente ulteriormente modificata dall'art. 1 della l. 30 novembre 2017 che detta le *"Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato"*. L'art. 2 della stessa legge ha inserito il comma 2 bis del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 che prevede la tutela del *whistleblower* nel settore privato. Letteralmente per *"whistleblowing"*, si intende *"soffiare nel fischiello"*. Sul punto si può rinviare a: Cantone R., *La tutela del whistleblower*, in Mattarella B.G. – Pellissero M. (a cura di) *La legge anticorruzione – prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013. Si consideri che, nell'ambito dell'indagine ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie* del 12 ottobre 2017 agli occupati e a coloro che hanno lavorato in passato è stato chiesto se hanno mai assistito, nel loro ambiente di lavoro, a scambi di favori o di denaro che hanno considerato illeciti o inopportuni. Tale accadimento sarebbe capitato a oltre 1 milione e 900 mila persone (5,0%). Tuttavia, nel 55% dei casi le persone che hanno assistito a questi scambi illeciti non hanno preso alcuna iniziativa, il 17,3% ne ha parlato soltanto con persone al di fuori dell'ambito lavorativo come familiari o amici, il 13,9% con colleghi fidati e il 9,4% direttamente con la persona coinvolta. Solo l'11,8% avrebbe segnalato il fatto a un superiore e appena l'1,9% al responsabile anticorruzione presente sul luogo di lavoro (considerato, però, che questa figura è prevista solo nell'ambito della Pubblica Amministrazione e a partire dalla l. 190/2012).

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 54 bis comma 3 del d.lgs. 165/2001, nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'art. 329 c.p.p.. Nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità.

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 54 bis comma 6 del d.lgs. 165/2001, l'eventuale adozione di misure ritenute ritorsive nei confronti del segnalante è comunicata in ogni caso all'ANAC dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali. L'ANAC informa il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri o gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza. Ai sensi del comma 7, è a carico dell'amministrazione

linee guida dell'ANAC, non ancora emanate, sentito il Garante per la protezione dei dati personali.

7. Misure specifiche per il settore della contrattualistica pubblica: riconoscimento della giuste dosi di discrezionalità e loro spostamento *fuori dalla gara.*

Uno dei settori che più è permeabile alla corruzione è indubbiamente quello della contrattualistica pubblica di lavori, servizi e forniture⁷⁶. L'Eurobarometro del 2013 ha fornito i dati della percezione della corruzione in tale settore, sia per il caso delle autorità centrali che di quelle locali. Per il 70% degli intervistati italiani la corruzione è diffusa negli appalti pubblici gestiti da autorità nazionali, contro il 56% della media UE (solo il 9% afferma che sia rara e lo 0% che non esista); per il 69% degli intervistati italiani, è diffusa negli appalti gestiti dalle Autorità regionali o locali, contro il 60% della media UE (solo l'11% ritiene che sia rara e il 2% che sia inesistente). Inoltre, gli italiani ritengono le seguenti pratiche particolarmente diffuse nelle gare d'appalto pubbliche: capitolati su misura per favorire determinate imprese (52%); abuso delle procedure negoziate (50%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); offerte concordate (45%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (55%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (52%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (53%); modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto (38%)⁷⁷.

pubblica dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa.

⁷⁶ I motivi della concentrazione dei fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici appaiono diversi: si tratta di un settore caratterizzato dall'utilizzo di ingenti somme di denaro pubblico, che attirano interessi illeciti; esiste una forte *polverizzazione* della domanda in capo a una molteplicità di pubbliche amministrazioni e organismi di diritto pubblico, più facilmente sottratti ai controlli e alle regole previste dalla disciplina nazionale (anche, come si è visto, per l'effetto di disposizioni di legge derogatorie alla disciplina generale); la complessità della disciplina e il quadro di instabilità normativa che caratterizza il settore, favoriscono il verificarsi di fenomeni patologici. Il presupposto di fondo è che quanto più è opaca e non trasparente l'azione delle stazioni appaltanti e meno sottoposta ad adeguati controlli (resi più difficili dalla scarsità di informazioni del controllore, dalla complessità dei contratti e dalla inefficacia dei poteri dello stesso controllore), tanto più concreto è il rischio di corruzione. In dottrina: Sandulli M.A. - Cancrini A., *I contratti pubblici*, in Merloni F., Vandelli L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli Editori, 2010, 437 ss.; Vannucci A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in Comporti G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; Racca G.M., *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in Mattarella B.G. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013. Si veda anche Clarich M., *The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts*, in Italian Journal of public law, 2013 p. 43-56. .

⁷⁷ Le percentuali corrispondono alla somma tra chi ritiene tali pratiche molto diffuse e abbastanza diffuse. I dati italiani non sono molto distanti da quelli della media Europea: capitolati su misura per favorire determinate imprese (57%); abuso delle procedure negoziate (47%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); turbativa d'asta (52%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (51%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (48%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (46%); modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto (44%). E' stato anche notato che la fase della vita del contratto più a rischio di corruzione sia quella di esecuzione del contratto stipulato e non tanto quella della procedura di aggiudicazione. Anche a fronte di una regolare procedura di

Il settore in questione, anche a seguito delle note vicende di Tangentopoli degli anni 90, storicamente si è caratterizzato per la generalizzata sfiducia che il Legislatore ha nutrito per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici. Ne è derivato un atteggiamento di paura che il potere di scelta delle amministrazioni potesse divenire occasione di corruzione, con la conseguenza dell'eccessivo irrigidimento delle procedure di gara e dei modelli contrattuali che ha determinato perdite di efficienza nelle aggiudicazioni e nelle esecuzioni dei contratti⁷⁸.

Tale atteggiamento di sfiducia non pare superato con la normativa più recente, dettata attualmente dal Codice di cui al d.lgs. 50/2016 che ha sostituito il precedente Codice di cui al d.lgs. 163/2006. Basti pensare all'assorbimento della Autorità di settore (AVCP) nell'ANAC, per opera del d.l. 90/2014, di cui si è già detto. Peraltro, l'attività dell'ANAC nel settore dei contratti pubblici ha trovato grande implementazione con il nuovo Codice e oggi può essere considerata l'attività prevalente di tale Autorità.

In tale contesto, negli ultimi anni sono state introdotte molte misure specifiche per la prevenzione della corruzione, a cominciare da quelle di cui alla l. 190/2012⁷⁹.

Ad esempio, i *patti di integrità*, già richiamati anche dal Piano Nazionale Anticorruzione approvato con delibera C.I.V.I.T. n. 72 dell'11.09.2013, sono espressamente previsti dall'art. 1, comma 17, della l. 190/2012, e rappresentano un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo e volte a valorizzare comportamenti eticamente adeguati per tutti i

aggiudicazione, infatti, si possono verificare in sede di esecuzione del contratto ingiustificati aumenti dei costi originariamente pattuiti (si confronti: *“Public Procurement in Europe: cost and effectiveness”*, 2011, su www.ec.europa.eu). Secondo il quotidiano La Repubblica, le indagini svolte da più Procure nel triennio 2007-2010 su 33 Grandi opere affidate hanno svelato come il costo sostenuto dalle casse dell'Erario sia passato dagli iniziali 574 milioni di euro a 834 milioni finali, con un aumento, quindi, pari al 45% del valore iniziale dell'aggiudicazione (fonte: www.larepubblica.it 22 dicembre 2011).

⁷⁸ In tema, AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di Comporti G.D., Editoriale Scientifica, 2011, *passim*; AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di Cafagno M., Botto A., Fidone G., Bottino G., Milano, 2013, *passim*; Comporti G.D., *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, n. 2; Greco G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; Id., *I contratti ad evidenza pubblica*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990, cap. V, p. 67 ss; Ledda F., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 317 ss.; Pericu G., *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; Pericu G., Gola M., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, a cura di Mazzarolli L., Pericu G., Romano A., Roversi Monaco F., Scoca F.G., Bologna, 2005, p. 283 ss.; Picozza E., *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di Franchini C., Utet, 2010, p. 29 ss; Cafagno M., *Lo stato banditore*, Milano, 2001

⁷⁹ A seguito della Riforma del 2012, è anche aumentata la trasparenza e la pubblicità dell'operato delle stazioni appaltanti che è considerato un presupposto irrinunciabile della lotta alla corruzione. E' stato, infatti, previsto un contenuto minimo della pubblicità sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti che riguarda la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera o servizio o fornitura, l'importo delle somme liquidate (art. 1, comma 16, lett. b, della l. 190/2012).

⁷⁹ Con il Codice dei contratti di cui al d.lgs. 50/2016, sono stati infine previsti numerosi oneri di trasparenza e pubblicità per le stazioni appaltanti, con un ruolo centrale dell'ANAC anche su questo fronte.

concorrenti. Tale Patto si sostanzia in un documento che la Stazione Appaltante richiede ai partecipanti alle gare e che permette un controllo reciproco e sanzioni per il caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo.

Anche i *protocolli di legalità* (già previsti, in via generale, dalla direttiva del Ministero degli Interni del 23 giugno 2010) sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Nei protocolli le Amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate.

Mediante l'accettazione delle clausole sancite nei patti di integrità e nei protocolli di legalità, al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, l'impresa concorrente accetta regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara⁸⁰.

La legge afferma espressamente che le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara⁸¹. Tale disposizione, anche alla luce del recente principio della tassatività delle clausole di esclusione, si giustifica in quanto gli strumenti in questione sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e le norme che li prevedono devono essere considerate imperative e di ordine pubblico (poiché volte alla prevenzione e al contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti)⁸².

Un'altra misura importante, finalizzata a garantire l'affidabilità degli operatori economici che partecipano alle procedure pubbliche di scelta del contraente, è quella delle cd. *white list*, ossia degli elenchi da istituire presso le prefetture di imprese operanti in settori di attività particolarmente esposti all'azione della malavita organizzata, conseguentemente da sottoporre a controlli periodici⁸³. Agli elenchi sono

⁸⁰ Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012 n. 2657; Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011 n. 5066; Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010 n. 7963. In tale quadro, rientra anche la misura dell'escussione della cauzione provvisoria, che vale ad identificare e a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del patto d'integrità o dell'accettazione delle clausole del protocollo di legalità (Corte Cost., ord., 13 luglio 2011, n. 211).

⁸¹ Art. 1 comma 17 della l. 190/2012.

⁸² In tal senso, AVCP, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4 recante "*Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici*", spec. parte II, punto 3.

⁸³ Art. 1, commi 52, 52 bis, 53, 54, 55 e 56, L. n. 190/2012. Tali elenchi prefettizi erano già stati previsti da discipline di settore (si ricordano i provvedimenti per la ricostruzione post-terremoto in Abruzzo di cui all'art. 16, d.l. 28 aprile 2009, n. 39, e D.P.C.M. 18 ottobre 2011; per i lavori relativi all'Expo 2015 ai sensi dell'art. 3-*quinquies* d.l. 25 settembre 2009, n. 135 e D.P.C.M. 18 ottobre 2011; per il Piano straordinario carceri di cui all'art. 17-*ter* d.l. 30 dicembre 2009, n. 195 e per i lavori di ricostruzione delle zone colpite dal sisma in Emilia Romagna, Lombardia e Veneto ai sensi dell'art. 5-bis, d.l. 6 giugno 2012, n. 74, come modificato dall'art. 11 d.l. 10 ottobre 2012, n. 174) e dall'art. 4, comma 13 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

iscritti gli operatori economici che dalle verifiche prefettizie non risultano soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa: la verifica è assimilabile a quella prevista per il rilascio dell'informazione antimafia dall'art. 10, comma 7, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 e dall'art. 86 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, codice antimafia⁸⁴. L'iscrizione negli elenchi della prefettura in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività: gli accertamenti utili all'iscrizione nelle *white list* hanno infatti già completato la necessaria attività istruttoria⁸⁵. La comunicazione prefettizia può essere sostituita dall'iscrizione alle *white list* per tutte le attività economiche il cui esercizio richiede la comunicazione antimafia e cioè l'attestazione prefettizia dell'insussistenza delle cause di decadenza o di divieto di cui all'art. 67 del codice antimafia⁸⁶. La verifica viene rinnovata periodicamente e, in caso di esito negativo circa l'insussistenza del rischio di infiltrazione mafiosa, viene disposta la cancellazione dell'impresa dall'elenco. Ai fini delle verifiche, l'impresa iscritta nell'elenco deve comunicare alla prefettura qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni. La mancata comunicazione comporta la cancellazione dell'iscrizione.

Ancora, vi è stato l'ampliamento del novero dei reati che giustificano la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016⁸⁷. Un'ulteriore misura attiene alla limitazione dell'applicazione dell'istituto dell'arbitrato, tradizionalmente svantaggioso per la pubblica amministrazione e oggetto di infiltrazioni di corruttele, oggi disciplinato dall'art. 209 del d.lgs. 50/2016⁸⁸.

A seguito degli scandali del 2014⁸⁹, ulteriori disposizioni volte alla prevenzione della corruzione sono state introdotte dal d.l. 26.06.2014 n. 90, convertito in l.

⁸⁴ Entrato in vigore il 13 febbraio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 119, comma 1, come sostituito dall'art. 9, comma 1, lett. a), d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218.

⁸⁵ Si pensi ai casi in cui i protocolli di legalità estendono l'obbligo di acquisire l'informazione prefettizia per i subcontratti relativi alle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, indipendentemente dall'importo del subcontratto stesso: così Foà S., *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, 3, 293.

⁸⁶ Quali l'assenza di provvedimenti o procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione e l'assenza di sentenze di condanna per alcune tipologie di reati.

⁸⁷ L'art. 1 comma 58 l. 190/2012 aveva originariamente modificato l'art. 135 del d.lgs. n. 163 del 2006. La norma è stata poi abrogata dall'art. 217 del d.lgs. 50/2016.

⁸⁸ Art. 1, commi 19 - 25 della l. 190/2012 abrogati dall'art. 217 del d.lgs. 50/2016. La disciplina attuale prevede che il deferimento ad arbitri di controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici possa avvenire solo previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'Amministrazione. È inoltre prevista la nullità della clausola compromissoria priva di autorizzazione preventiva o del ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione. E', inoltre, estesa l'applicazione delle disposizioni in materia di arbitrato anche alle controversie relative a società partecipate da pubbliche amministrazioni o ad esse collegate che, comunque, abbiano ad oggetto prestazioni finanziate con risorse pubbliche. Altre disposizioni riguardano le regole sulla nomina dell'arbitro da parte dell'Amministrazione e vietano la partecipazione ai collegi arbitrali ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie (tutte prassi precedentemente molto diffuse). Nelle controversie tra pubbliche amministrazioni, gli arbitri sono individuati esclusivamente tra dirigenti pubblici. Nelle controversie tra pubblica amministrazione e privati, l'arbitro è nominato dall'amministrazione preferibilmente tra i dirigenti pubblici e, nell'ipotesi in cui ciò non sia possibile, l'arbitro viene scelto tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto. Le nomine devono avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità e rotazione.

⁸⁹ Si può ricordare l'emblematica vicenda del Mose di Venezia e sia consentito rinviare a Clarich M. - Fidone G., *The execution of large complex works amid problems of efficiency and risks of corruption:*

11.08.2014 n. 114. Ad esempio, certamente è rilevante quella della previsione di misure amministrative nei confronti delle imprese responsabili di fenomeni di corruzione. L'art. 32 del d.l. 90/2014 prevede che nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i reati di concussione, corruzione e turbativa d'asta ovvero in presenza di rilevanti situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico (compresi i concessionari di lavori ed i contraenti generali), il Presidente dell'ANAC ne informa il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati, propone al Prefetto competente l'adozione dei seguenti provvedimenti alternativi: a) ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione; b) provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione⁹⁰. Nel caso in cui le indagini relative ai reati di cui sopra riguardino componenti di organi societari diversi da quelli destinatari dei provvedimenti di cui alle suddette lett. a) e b), è prevista la possibilità di adottare misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, attraverso la nomina, da parte del Prefetto di uno o più esperti (non più di tre), che devono fornire all'impresa prescrizioni operative⁹¹.

Ulteriori misure di prevenzione sono quelle volte al controllo preventivo in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa⁹²; quelle che hanno istituito una Unità operativa speciale per Expo 2015⁹³.

In ultimo, può essere segnalata la previsione della trasmissione all'ANAC, per i contratti sopra soglia, ai fini dell'adozione degli eventuali provvedimenti di competenza, delle varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto. Tali varianti sono trasmesse all'ANAC

the case of the Mose project in Venice in Resilience of art cities to flooding. Success and failure of the Italian experience, Bardi Edizioni, Roma, 2016, pp. 311-328.

⁹⁰ Più nel dettaglio, il Prefetto, previo accertamento dei presupposti e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto di indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto nel termine di 30 giorni; ove l'impresa non si adegui in tale termine ovvero nei casi più gravi, provvede direttamente, con decreto alla nomina di uno o più amministratori (non più di 3) a cui sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni di disposizione e gestione dei relativi titolari. Nel periodo di vigenza di tale misura, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori, e gli utili d'impresa sono accantonati in un apposito fondo, sino all'esito del giudizio penale. È inoltre attribuito al Prefetto, nei casi in cui sia emessa un'informativa antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero per altre ragioni indicate dalla norma, il potere di disporre di propria iniziativa tutte le misure straordinarie contemplate dall'articolo in commento, informando il Presidente dell'ANAC.

⁹¹ Art. 32 comma 8 d.l. 90/2014.

⁹² L'art. 29 detta nuove norme in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, modificando l'art. 1, comma 52, della L. 190/2012 e inserendo l'art. 52 bis, il quale prevede che "l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta".

⁹³ Art. 30 d.l. 90/2014.

unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante⁹⁴.

Le misure descritte hanno costituito un indubbio cambiamento di tendenza rispetto al precedente assetto della normativa anticorruzione per il settore della contrattualistica pubblica. La corruzione appare ora combattuta attraverso misure che non limitano la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento, ingessando le regole della gara. Sono state, infatti, individuate misure di prevenzione (che hanno come presupposto la trasparenza dell'operato delle amministrazioni) che riguardano il contesto nel quale la gara si svolge (ad esempio, la composizione della commissione aggiudicatrice, il rafforzamento dei vincoli di pubblicazione e trasparenza del bando, la trasparenza degli atti di gara, l'affidabilità dei concorrenti, il contrasto ai conflitti d'interesse, ecc.), ma non le regole di gara in senso stretto, ovvero la sua tipologia, le modalità di selezione, il criterio di scelta. Il Legislatore pare avere finalmente compreso che le regole dell'espletamento della gara, che ne condizionano l'esito⁹⁵, devono avere come obiettivo unico quello di selezionare la migliore offerta possibile e, dunque, condurre ad una scelta efficiente. Al di fuori di tali regole di gara, occorre creare un contesto ambientale che sterilizzi le procedure dalla corruzione e che garantisca l'integrità⁹⁶.

Non può non essere, inoltre, segnalato che molte disposizioni contenute nella legge anticorruzione e nel suo completamento costituito dal d.l. 90/2014 (norme sulla risoluzione dei contratti, sull'arbitrato, sul commissariamento delle imprese coinvolte in fatti corruttivi, misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, trasmissione all'ANAC delle varianti, ecc.) riguardano la fase dell'esecuzione dei contratti, che costituisce il momento meno trasparente e più critico della vita dei contratti pubblici.

8. Conclusioni: a) ricerca dell'integrità attraverso il perseguimento dell'efficienza; b) inammissibilità di misure anticorruptive e di trasparenza che causino inefficienza; c) necessità di controlli che si spostino dagli atti all'attività con valutazione dei risultati in relazione a valori di riferimento standardizzati.

La corruzione in Italia costituisce un problema molto sentito e i dati sulla sua percezione lo confermano. Al contempo, i dati giudiziari mostrano l'insufficienza di un sistema di contrasto fondato sulla sola repressione della corruzione. Come si è visto, per porre rimedio a questa situazione, a partire dal 2012 è stata avviata una riforma

⁹⁴ Art. 37 d.l. 90/2014 abrogato dall'art. 217 del d.lgs. 50/2016 e recepito all'art 106 comma 14 dello stesso Codice. Per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera sono comunicate all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza dell'ANAC. In caso di inadempimento si applicano le sanzioni previste dall'articolo 6, comma 11, del d.lgs. 163/2006.

⁹⁵ Si confronti il premio Nobel W. S. Vickrey, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, Journal of Finance, Volume 16, Issue 1 (Mar., 1961), 8-37.

⁹⁶ Per un approfondimento del ragionamento, sia consentito rinviare a Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in Il Giornale di Diritto Amministrativo n. 3/2015, pp. 325- 344. (ISSN: 1591-559X); Fidone G., "La corruzione e la discrezionalità amministrativa", relazione nel convegno "Prevenzione della corruzione nella riforma della P.A. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici", 9.11.2015, Camera dei Deputati, 9.11.2015, pubblicato sul sito di Italia Decide www.italiadecide.it, 2015.

che ha introdotto un grande numero di misure volte alla prevenzione della corruzione e ha portato l'ANAC ad assumere un ruolo di assoluta centralità.

In tale contesto, anche l'aumento della trasparenza dell'attività amministrativa è stato considerato imprescindibile presupposto dell'integrità della stessa. Anche su questo punto la riforma dell'anticorruzione del 2012, in questa parte attuata con il successivo d.lgs. 33/2013⁹⁷, ha introdotto importanti misure, riconducendo la trasparenza nell'alveo dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione. Oltre a precisi obblighi di trasparenza nei diversi ambiti dell'attività amministrativa⁹⁸, è previsto che il piano di prevenzione della corruzione individui “*specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge*” operando, dunque, un collegamento tra il piano di prevenzione ed il programma triennale per la trasparenza, che le Amministrazioni debbono adottare ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 150 del 2009. Sono altresì state dettate regole di trasparenza relative ai procedimenti amministrativi e a servizi *on-line* delle PP.AA.⁹⁹.

Utili alla prevenzione della corruzione sono, inoltre, le misure di semplificazione che negli ultimi anni sono state introdotte¹⁰⁰, volte a ridurre la *c.d. inflazione normativa*

⁹⁷ La l. 190/2012 aveva delegato il Governo ad adottare entro sei mesi un decreto per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità e trasparenza (art. 1, commi 35 e 36, l. n. 190/2012, i cui principi e criteri direttivi sono elencati al comma 35, lett. da a ad h). In attuazione di tale delega è stato successivamente emanato il d.lgs. 14.03.2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*. Tale decreto, tra l'altro, prevede l'obbligo di pubblicazione di tutte le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sull'organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti, sull'interpretazione di norme giuridiche (articolo 26). Stabilisce che le pubbliche amministrazioni devono predeterminare e pubblicare i criteri e le modalità di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari di ogni genere e tipo (articolo 12). La trasparenza e la pubblicazione di dati (consulenze, compensi ecc.) costituisce la prima misura per prevenire la corruzione. Il decreto punta anche su altri strumenti: il programma triennale per la trasparenza e l'integrità (articolo 10); i piani di prevenzione alla corruzione emanati da ciascuna amministrazione sulla base di un Piano nazionale predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica. Inoltre, in ciascuna amministrazione deve essere nominato un responsabile per la trasparenza, oltreché un responsabile per la prevenzione della corruzione. L'osservanza degli obblighi di trasparenza è garantita da una serie di norme sanzionatorie.

⁹⁸ L'oggetto delle misure volte alla trasparenza riguarda in particolare i procedimenti di autorizzazione o concessione (art. 1, comma 16, lett. a, l. n. 190/2012); di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 1, comma 16, lett. b, l. n. 190/2012); di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati (Art. 1, comma 16, lett. c, l. n. 190/2012); di concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'art. 24 d.lgs. n. 150 del 2009 (art. 1, comma 16, lett. d), l. n. 190/2012).

⁹⁹ Art. 1, commi 29 e 30, l. n. 190/2012. Sotto altro profilo, ai sensi dell'art.1 comma 33 l. 190/2012, la mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni necessarie costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 198 del 2009, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (cd. *class action pubblica*)⁹⁹. Per il particolare strumento dell'azione per l'efficienza, sia consentito rinviare a Fidone G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.

¹⁰⁰ La l. 190/2012 ha rafforzato l'applicazione ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative dei principi di cui all'art. 1 della l. n. 241 del 1990, prevedendo la relativa

che determina incertezza dei destinatari delle norme e certamente contribuisce a creare l'ambiente idoneo al malcostume¹⁰¹.

A parte le difficoltà applicative¹⁰², nella sostanza la Riforma è stata accolta con favore dalla Commissione Europea¹⁰³, che ha sottolineato come essa rafforzi soprattutto il profilo preventivo e superi la tradizionale e insufficiente politica di lotta alla corruzione fondata sulla mera repressione; anche l'OCSE¹⁰⁴ ha promosso gli sforzi del Governo italiano nel definire una più efficace politica di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni¹⁰⁵.

Occorre tuttavia, tornare sulla necessaria distinzione tra integrità ed efficienza, che costituiscono due valori distinti dell'attività amministrativa, di cui si è detto in apertura del presente saggio. Non sempre, infatti, tale distinzione ha guidato le scelte del Legislatore italiano che ha previsto misure volte alla prevenzione della corruzione senza una precisa valutazione del loro costo in termini di efficienza.

Si pensi, ad esempio, all'esperienza dei piani di prevenzione della corruzione o agli obblighi di rotazione del personale che, a prescindere dai loro risultati in termini di contrasto alla corruzione, hanno indubbiamente causato ritardi ed inefficienze nell'attività amministrativa; a molti degli obblighi di trasparenza che costringono le amministrazioni a fornire dati spesso superflui (senza considerare anche che l'eccesso di dati forniti può condurre anche alla loro inutilizzabilità). Come è stato osservato, molte delle disposizioni introdotte impongono alle amministrazioni oneri rilevanti, a

applicazione "con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge (art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 1, comma 37, della l. n. 190/2012). E' stata, inoltre, introdotta una conclusione del procedimento in forma semplificata (art. 1, comma 38, l. n. 190/2012 così modifica l'art. 2, comma 1, della l. n. 241/1990), mediante la previsione di un provvedimento la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, quando l'Amministrazione procedente ravvisi la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda. Anche gli accordi tra Amministrazione e privati di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 devono ora essere motivati ai sensi dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990, confermandone in tal modo la piena riconduzione all'esercizio dell'attività amministrativa ed evitando che il richiamo alla disciplina dei contratti dettata dal codice civile possa favorire un utilizzo inappropriato ed insindacabile della discrezionalità amministrativa (art. 1, comma 47, L. n. 190/2012).

¹⁰¹ AINIS M. *La legge oscura*, Laterza, Roma, 2010.

¹⁰² Tale difficoltà sono descritte nel *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, stilato dalla CIVIT (oggi ANAC) nel dicembre 2013.

¹⁰³ EUROPEAN COMMISSION, Brussels 3.2.2014, COM(2014), *Final Report from the Commission to the Council and the European Parliament EU Anti-Corruption Report*.

¹⁰⁴ OECD, Public Governance Reviews, OECD Integrity Review of Italy, REINFORCING PUBLIC SECTOR INTEGRITY, RESTORING TRUST FOR SUSTAINABLE GROWTH, 2013.

¹⁰⁵ Dello stesso parere di una valutazione positiva della riforma è Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013 pp.123 e ss. L'Autore, tuttavia, evidenzia due limiti della stessa riforma. Il primo è che il coraggio mostrato nella lotta alla corruzione amministrativa non ha trovato corrispondenza nella lotta contro la corruzione politica. In un passaggio afferma che "l'impressione è quella di una classe politica che riesce ad affrontare i difetti dell'amministrazione, ma rimane indifferente rispetto ai propri" (pag.124). Altra critica mossa alla riforma è quella di non avere provveduto adeguatamente sulla corruzione privata. In un altro passaggio afferma che le due forme di corruzione (pubblica e privata) "sono spesso collegate, in quanto certi reati commessi da privati sono spesso il presupposto o il postulato della corruzione contro la pubblica amministrazione. Il falso in bilancio, per esempio, è spesso finalizzato alla costituzione di fondi occulti, da utilizzare per il pagamento di tangenti" (pag. 124).

fronte di benefici molto limitati in termini di imparzialità e di trasparenza. Sarebbe forse stata utile una più seria analisi di impatto della regolazione, che avrebbe potuto indurre a rinunciare a qualcuna delle disposizioni introdotte o ad apportare modifiche¹⁰⁶.

E', dunque, auspicabile un ulteriore passo in avanti, che si fondi sul capovolgimento del rapporto tra efficienza e corruzione, diverso da quello fondato sulla prevenzione della corruzione senza una valutazione del costo in termini di efficienza¹⁰⁷.

Il ragionamento può ancora partire dalla constatazione che una delle caratteristiche che distinguono le due diverse patologie dell'attività amministrativa di cui si tratta è quella della loro osservazione. Come si è già detto, la corruzione è un fenomeno nascosto e difficilmente misurabile, essendo insufficienti, per motivi diversi, tanto i dati della corruzione percepita quanto quelli che vengono dai Tribunali. L'inefficienza, al contrario, è palese e può essere individuata nei dati disponibili, negli indicatori di *performance*, nel confronto tra i costi sostenuti e dei tempi impiegati dalle diverse amministrazioni in relazione ad attività simili.

Dietro i dati di inefficienza è stato ritenuto che si possano nascondere fenomeni corruttivi¹⁰⁸ ma, tuttavia, di ciò non può aversi certezza fino a quando le indagini penali non li portino in evidenza.

In ogni caso, i dati sull'inefficienza comprendono anche le inefficienze conseguenti a eventuale corruzione, dato che è ragionevole pensare che la corruzione generi inefficienza. Il fatto che la corruzione sia un fenomeno nascosto, peraltro, rende anche difficile la verifica dell'efficacia degli strumenti volti alla sua prevenzione. Al contrario, essendo l'inefficienza riscontrabile dai dati reali, l'efficacia degli strumenti volti al perseguimento dell'efficienza è più facilmente valutabile.

Dunque, si può ragionevolmente sostenere che misure volte a contrastare e ridurre l'inefficienza possano avere anche l'effetto indiretto di ridurre la corruzione. Se infatti la corruzione corrisponde a una quota parte dell'inefficienza e dietro a questa si nasconde, il miglioramento dell'efficienza (ovvero la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi, il miglioramento della qualità e, in definitiva il conseguimento della *performance*) può ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi. L'efficienza dell'attività amministrativa appare il sistema più idoneo a creare all'interno dell'amministrazione gli anticorpi per evitare che possa generarsi la malattia della corruzione.

Se si conseguisse la piena efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o, più correttamente, potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza che, peraltro, non sarebbero di ostacolo al raggiungimento dell'interesse pubblico legato alla realizzazione di risultati con una spesa contenuta. Tali forme di corruzione rimarrebbero, ovviamente, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica.

¹⁰⁶ Ancora, Mattarella B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in Il Giornale di diritto amministrativo, 2/2013.

¹⁰⁷ La tesi è stata sostenuta anche in Fidone G., *The conflict against corruption and the pursuit of efficiency in public negotiation in Italy* in US – China Law Review – David Publishing Company, vo. 14 n. 1/2017; Fidone G., *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in Rivista giuridica del Mezzogiorno (SVIMEZ), 3/2016.

¹⁰⁸ Ad esempio, Cantone R. – Di Feo G., *Il male italiano – liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Rizzoli, 2016.

Il Legislatore, pertanto, dovrebbe perseguire l'obiettivo dell'efficienza, nel senso della migliore spesa del denaro pubblico nel conseguimento dei risultati dell'attività (c.d. *Best Value*) e la realizzazione di tale obiettivo potrebbe eliminare gli spazi di inefficienza entro i quali si nasconde e si può realizzare la corruzione.

Con ciò non si vuole certo sostenere che non siano utili anche misure specifiche volte alla prevenzione della corruzione ma queste non devono avere l'effetto di determinare perdite di efficienza, creando ulteriori margini dietro ai quali proprio la corruzione si può nascondere. Detto in altri termini, la corruzione deve essere combattuta senza rinunciare all'efficienza dell'attività amministrativa.

Il ragionamento può essere generalizzato anche alla disciplina della trasparenza, che il Legislatore considera come strumento per la prevenzione della corruzione e che non può diventare un ostacolo al perseguimento dell'efficienza dell'attività amministrativa quando abbia l'effetto di produrre oneri paralizzanti.

Se l'obiettivo primario della regolazione deve rimanere quello dell'efficienza dell'attività amministrativa, gli altri valori quali la trasparenza e la stessa integrità devono considerarsi ad essa strumentali. Occorre, dunque, che il perseguimento di tali obiettivi strumentali non si traduca in un ostacolo al raggiungimento di quello primario, ponendosi in contrasto con l'efficienza. La trasparenza delle procedure non deve essere fine a se stessa (con l'effetto di creare inutili appesantimenti burocratici), ma deve inserirsi in una risistemazione degli strumenti di controllo (per i quali sono necessarie solo le informazioni essenziali e non quelle inutili) ed essere finalizzata a renderli più efficaci. Devono essere accolte positivamente le misure di semplificazione, quando funzionali al raggiungimento di risultati.

Secondo tale prospettiva andrebbero valutate le singole misure volte alla prevenzione della corruzione, con la consapevolezza che se sono fonte di inefficienza (nonostante una astratta idoneità a contrastare la corruzione), esse creano (attraverso l'aumento dell'inefficienza dell'amministrazione) le condizioni perché si possano verificare fatti corruttivi¹⁰⁹. Ovviamente, non può essere questa la sede per valutare in tali termini le diverse misure di prevenzione della corruzione vigenti, ma questo deve essere il metodo.

Si può aggiungere un'ulteriore considerazione.

Il perseguimento dell'efficienza e dell'integrità dell'amministrazione dovrebbe fondarsi su una risistemazione del sistema dei controlli, da incentrarsi sulla valutazione dell'attività amministrativa complessiva e dei suoi risultati, con conseguente responsabilizzazione dell'amministrazione.

¹⁰⁹ Se la corruzione trova il suo fondamento nell'esercizio del potere amministrativo, il grado di *discrezionalità* nell'esercizio di tale potere da parte di pubblici funzionari è comunemente ritenuto direttamente proporzionale al rischio di corruzione (ad esempio, Vannucci A., *Atlante della corruzione*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012; Vannucci A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in Comporti G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011). Deve però essere osservato che quando la discrezionalità sia necessaria al conseguimento dell'efficienza (e al contrario decisioni fondate su automatismi causerebbero perdite di efficienza), allora l'irrigidimento delle procedure diventerebbe esso stesso elemento che favorisce la corruzione (poiché l'inefficienza costituisce le condizioni nelle quali possono verificarsi fatti corruttivi). Ciò, ad esempio, si verifica per il caso dell'irrigidimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici che genera inefficienza. Sul punto si rinvia a Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Il Giornale di Diritto Amministrativo* n. 3/2015, pp. 325- 344.

Vi sono, peraltro, segnali che indicano a ritenere che tale spostamento stia avvenendo. Ad esempio, la Giurisprudenza ha configurato la responsabilità della pubblica amministrazione per *culpa in vigilando* e *in eligendo*, per avere fallito nel sistema dei controlli e nella scelta dei funzionari da proporre a garanzia dell'integrità dell'attività amministrativa, con conseguente diritto al risarcimento del danno per i destinatari di tale attività. Ciò che è importante sottolineare è che in tale ipotesi, la responsabilità attribuita all'amministrazione non discenderebbe *"dalla illegittimità dell'atto adottato (che potrebbe anche essere legittimo), ma attiene al comportamento del funzionario (legato da rapporto di servizio o di ufficio), il cui comportamento illecito eventualmente causativo di danno a privati, pur svoltosi in cesura di rapporto organico (proprio perché penalmente illecito), avrebbe tuttavia potuto essere evitato attraverso un diligente esercizio del potere di scelta (recte: di preposizione organica), ovvero di vigilanza sull'operato del medesimo funzionario"*. Dunque, la responsabilità dell'amministrazione per *culpa in eligendo* ed *in vigilando* si porrebbe fuori dal rapporto che lega il danno (quale conseguenza diretta) all'atto amministrativo, per il tramite del nesso di causalità, ma afferirebbe ad un più generale comportamento negligente, dal quale si afferma essere derivato un danno al privato. Detto in altri termini, la valutazione della responsabilità sembra spostarsi dall'atto all'attività amministrativa¹¹⁰.

Al fine della valutazione dell'efficienza dell'attività amministrativa (che come si è visto costituisce il presupposto dell'integrità) appare necessario stabilire *a priori* quale debba essere il risultato (*performance*) programmato della pubblica amministrazione, anche attraverso il ricorso a valori *standard* universalmente riconosciuti, e poi procedere alla verifica del risultato conseguito. Si colloca in tale direzione e deve considerarsi certamente positivo il lavoro che l'ANAC sta compiendo in relazione alla standardizzazione dei costi di talune tipologie di contratti pubblici¹¹¹.

¹¹⁰ Così, Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, che tuttavia annulla TAR Lombardia/Milano n. 974 del 20 aprile 2015 e dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla domanda di risarcimento del danno, poiché la condotta (attività) censurata potrebbe assumere rilievo nei confronti dei destinatari dell'attività soltanto come responsabilità aquiliana, rispetto alla quale avrebbe giurisdizione il giudice ordinario. Il TAR in primo grado, previo annullamento dell'avvenuta aggiudicazione, aveva riconosciuto la spettanza di un risarcimento in capo al secondo classificato in una gara d'appalto, giudicando la stazione appaltante responsabile nei confronti di quest'ultimo per il fallimento del sistema dei controlli e per l'erronea scelta dei funzionari predisposti a garanzia della trasparenza della procedura. Secondo il Consiglio di Stato, *"tale affermazione di responsabilità consegue alla individuazione di un danno che, lungi dal discendere come conseguenza diretta da un provvedimento amministrativo lesivo di interessi legittimi (o dalla mancata o ritardata adozione di tale atto), con ciò radicando la giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., sez. un., 22 gennaio 2015 n. 1162), discende invece dall'accertamento di un generale comportamento negligente e/o omissivo della pubblica amministrazione in sede di controllo sugli organi, lesivo del principio del neminem ledere, e del tutto prescindente dall'esercizio di un potere amministrativo ovvero dal mancato esercizio di un potere amministrativo obbligatorio (ex art. 30, co. 2) concretizzantesi (o meno) in una adozione di provvedimento amministrativo illegittimo"*.

¹¹¹ Il Presidente dell'ANAC Cantone nell'intervento del 25 maggio 2017 presso la Scuola di Polizia tributaria della Guardia di finanza *La prevenzione anticorruzione come strumento di spending review* ha sostenuto la tesi che l'individuazione di costi *standard* può essere determinante per individuare indicatori oggettivi della corruzione. Egli ha affermato: *"faccio un esempio concreto: se qualcuno compra a 100 un bene che altri acquistano a 10, è evidente che si accende una sorta di alert sul quale si può avviare un'indagine specifica. Non è detto che questa differenza nell'acquisto implichi l'esistenza di illeciti, forse è solo inefficienza o scarsa concorrenza ma è di sicuro uno degli elementi caratteristici dietro il quale si possono verificare fatti corruttivi"*. L'individuazione dei costi *standard*, dunque, *"riduce infatti il rischio di una*

Tutto ciò dovrebbe determinare la maggiore ed effettiva responsabilizzazione delle amministrazioni e dei singoli dirigenti e funzionari che operano al loro interno (attraverso un sistema adeguato di premi e sanzioni). E', infatti, noto che tra le cause che favoriscono la corruzione vi sia il basso grado di *accountability* (ovvero di *rendicontabilità* nell'esercizio del potere pubblico) che determina la mancanza di responsabilità dei funzionari favorita dalla la natura formalistica dei controlli sull'operato dell'amministrazione e dalla mancanza di controlli di risultato.

Se il controllo si sposta sui risultati dell'attività, con corrispondente attribuzione di un premio o di una sanzione, allora si può restituire *fiducia* alle pubbliche amministrazioni quanto alle procedure più idonee per il conseguimento di quel risultato. Diversamente, se il controllo non tiene conte del risultato dell'attività (dunque, della spesa, della qualità, della tempestività) ma si fonda sulla mera legittimità dei singoli atti delle procedure, si viene a creare un clima di *sfiducia*, che comporta perdite di efficienza (poiché solo il rispetto della legalità formale, indipendentemente dai risultati raggiunti, mette al sicuro il funzionario pubblico dal pericolo di subire procedimenti giudiziari) e crea l'ambiente inefficiente nel quale può svilupparsi la corruzione.

*eccessiva remunerazione, dietro la quale si può nascondere una logica corruttiva, favorendo al tempo stesso l'emersione di elementi che permettono un controllo più diffuso come la trasparenza e l'accountability". Infine, egli conclude: "Mi spiego: se si crea un alert quando un certo bene è pagato oltre una certa cifra, vengono disincentivati comportamenti potenzialmente devianti. In questo senso vi è dunque un collegamento molto forte tra interventi di spending review e prevenzione della corruzione". L'intervento è pubblicato sul sito dell'ANAC (www.anticorruzione.it/). Si confronti anche il recente documento ANAC del gennaio 2018 *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, nel quale è espressamente sostenuta la tesi che l'analisi dell'efficienza dei contratti pubblici e lo sviluppo di indicatori di rischio corruttivo sono temi strettamente correlati. Secondo tale documento, "la potenzialità di utilizzo dei prezzi di riferimento elaborati dall'ANAC, non solo ai fini della "spending review" e dell'individuazione dell'inefficienza delle politiche di acquisto, ma anche della trasparenza e del contrasto alla corruzione, appare evidente dalla semplice e intuitiva considerazione che elevati eccessi dei prezzi rispetto a quelli di riferimento, per acquisti di beni/servizi simili, può presumibilmente essere imputabile a fattori di inefficienza, che possono a loro volta celare dei potenziali fenomeni corruttivi". Anche questo documento è disponibile sul sito dell'ANAC (<https://www.anticorruzione.it>).*