

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

Numero speciale 3

2022 • ANNO XLIII

DIECI ANNI DOPO LA LEGGE 190:
TENDENZE E SFIDE
DELL'ANTICORRUZIONE

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

Numero speciale 3

2022 • ANNO XLIII

DIECI ANNI DOPO LA LEGGE 190:
TENDENZE E SFIDE
DELL'ANTICORRUZIONE

RUBZETTINO

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini
COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda
Jean-Bernard Auby
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Enrico Carloni
Tanja Cerruti
Stefano Civitaresse Matteucci
Chiara Cudia
Marzia De Donno
Michele Della Morte
Elena D'Orlando
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tommaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

COMITATO DI REDAZIONE

Stefano Augusto
Marina Caporale
Edoardo Caruso
Edoardo Nicola Fragale
Giulia Massari
Roberto Medda
Gloria Pettinari
Davide Tumminelli



REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 – 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron
Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it
EDITORE

Rubbettino editore
Viale Rosario Rubettino, 10
88049 Soveria Mannelli (CZ)
tel. 0968 6664209
Servizio Abbonamenti: tel. 0968 6664209
Sito web: www.rubbettinoeditore.it
E-mail: commerciale@rubbettino.it

STAMPA

Rubbettino print
nel mese di aprile 2023
88049 Soveria Mannelli (Catanzaro)
www.rubbettinoprint.it

Condizioni di abbonamento

La quota di abbonamento alla Rivista per tutto il 2023 è di € 136,00 da versare sul c.c. postale 15062888 intestato a Rubbettino editore – Periodici, causale abbonamento IdF 2023. La Rivista è disponibile in libreria. Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 35,00. I prezzi indicati si intendono Iva inclusa. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno. La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto. I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.



Indice

EDITORIALE

- 303 Dove va l'anticorruzione: un bilancio critico a dieci anni dalla legge 190
Enrico Carloni

SAGGI E ARTICOLI

- 321 L'anticorruzione: un bilancio tra prevenzione e repressione
Raffaele Cantone
- 351 La stanchezza della minaccia vana (note sparse a dieci anni dalla "legge Severino")
Alberto Di Martino
- 395 Regolazione e anticorruzione
Maria De Benedetto
- 433 Il sistema italiano nel quadro delle raccomandazioni internazionali in materia di prevenzione della corruzione
Fabrizio Di Mascio
- 463 La politica anticorruzione e gli spazi stretti del riformismo
Guido Sirianni
- 481 L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge n. 190 del 2012: funzioni, poteri e modello organizzativo
Francesco Merloni
- 515 I conflitti di interessi: tendenze e problemi aperti
Angelo Lalli
- 555 La direttiva europea sul *whistleblowing* e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano (d.lgs. n. 24/2023)
Marco Magri
- 599 La prevenzione della corruzione nei contratti pubblici a dieci anni dalla l. n. 190/2012: prove di un nuovo diritto amministrativo (tra risultato, fiducia e discrezionalità)
Barbara Boschetti e Nicola Berti

635	Dieci anni di diritto alla trasparenza amministrativa: caratteri originari, trasformazione e integrazione del modello <i>Benedetto Ponti</i>
669	I piani di prevenzione della corruzione: un bilancio dell'esperienza <i>Fabio Monteduro, Mattia Liburdi, Sonia Moi</i>
705	Table of contents and abstracts
711	Autori

Editoriale

Dove va l'anticorruzione: un bilancio critico a dieci anni dalla legge 190

Enrico Carloni

1. Questo fascicolo prende le mosse dall'esigenza di una riflessione critica sul sistema di anticorruzione e dall'opportunità offerta in questo senso da una ricorrenza, il decennale della legge n. 190, che fornisce l'occasione per un bilancio: più precisamente, l'elaborazione di questo numero di *Istituzioni del federalismo* è iniziata all'approssimarsi del decennale della legge "anticorruzione", n. 190 del novembre 2012¹, e giunge a compimento nel mentre si celebrano i dieci anni dal completamento del disegno originale che scaturiva da quella legge (giunto a definizione con i decreti legislativi n. 33 «trasparenza»² e 39 «incompatibilità e inconfiribilità»³, rispettivamente del marzo e dell'aprile 2013, e con il d.P.R. n. 62, «codice di comportamento»⁴, sempre dell'aprile 2013).

Il sistema dell'anticorruzione⁵ dieci anni dopo, dunque.

Il disegno originario si è però in parte, non marginale, trasformato (come mostrano ad esempio molto bene Merloni, con riferimento all'Autorità

¹ Legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

² D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni (titolo così sostituito dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016).

³ D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, Disposizioni in materia di incompatibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

⁴ D.lgs. 16 aprile 2013, n. 62, Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

⁵ Su questo sistema, in termini complessivi, si v. tra gli altri R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020; F. MERLONI, *Corruption and Public Administration: The Italian Case in a Comparative Perspective*, London, Routledge, 2020; E. CARLONI, *Corruzione (prevenzione della)*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici, Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 319-349; Id., *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, Il Mulino, 2023. Sull'impianto originario, si v. B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013. Si v. anche il numero 2, 2013 di questa *Rivista*.

anticorruzione, o Ponti, con riferimento alla trasparenza): il bilancio è dunque non solo rispetto a ciò che si voleva che fosse⁶ e ciò che è stato realizzato, ma anche rispetto a ciò che è cambiato, alle ragioni delle incessanti esigenze di riforma che hanno, con intensità variabile, accompagnato l'esperienza della legislazione anticorruzione, sia sul versante degli strumenti che su quello della *governance*. Un protagonista della stagione di edificazione del sistema anticorruzione, Raffaele Cantone, ci spiega bene come i cambiamenti siano stati tanti e numerosi, sia sul versante della prevenzione della corruzione che su quello della repressione, al punto di rendere in effetti difficile un bilancio che prenda a riferimento la riforma del 2012: basti pensare all'impatto di innovazioni come quella che ha portato all'integrazione in capo all'Autorità anticorruzione delle funzioni di regolazione e vigilanza in materia di contratti pubblici (la cui incidenza è rimarcata in più contributi), del 2014⁷, e quindi alla conseguente rilevanza delle modifiche che via via hanno interessato proprio il campo del *procurement* pubblico (il codice dei contratti del 2016⁸, le cui implicazioni sono bene evidenziate da Boschetti e Berti, il decreto "Sblocca cantieri" del 2019⁹ ed i successivi provvedimenti di semplificazione e PNRR, fino al nuovo codice dei contratti approvato in via definitiva nel marzo di quest'anno), od a quelle che hanno riguardato il tema della trasparenza pubblica (per tutti il d.lgs. n. 97 del 2016¹⁰), la disciplina del

⁶ E resta rilevante, in questo senso, la strategia come esplicitata dalla "Commissione per lo Studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione" (c.d. "Commissione Garofoli"), cui si deve il *Rapporto. La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, Roma, 2011; questa Commissione è stata istituita con decreto del Ministro della funzione pubblica del 23 dicembre 2011.

⁷ Con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

⁸ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici.

⁹ D.l. 18 aprile 2019, n. 32, Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55.

¹⁰ D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

whistleblowing (la legge n. 179 del 2017¹¹, e ora il recentissimo d.lgs. n. 24 del 2023¹² che attua un tardivo recepimento della direttiva europea la cui prospettiva è ben inquadrata da Magri), il sistema dei piani di prevenzione (con la riforma che ha previsto il piano integrato di attività e organizzazione – PIAO, avviata dal decreto-legge n. 80 del 2021¹³). E, sul versante penale, all’impatto della legge “Spazza corrotti”¹⁴, oltre agli altri interventi di cui si occupano i contributi di Cantone e Di Martino.

2. Ciascuno degli scritti qui raccolti è, in qualche modo, dunque, la risposta alla richiesta di trarre un bilancio critico, che risulta a volte disincantato, ma sempre utile non solo per definire ciò che è stata l’anticorruzione ma anche ciò che può e si appresta ad essere: d’altra parte, pur con i suoi limiti, l’anticorruzione si presenta come forse la più importante riforma amministrativa dell’ultimo ventennio, probabilmente la più organica, la più pervasiva, quella che meglio di altre è stata in grado di penetrare rapidamente nel funzionamento quotidiano delle amministrazioni. Una riforma che appare, vista nella sua prima evoluzione e nelle sue aspirazioni forse troppo ambiziosa: spesso portata a sfidare le amministrazioni ad una crescita di competenza e di consapevolezza che non sempre è stata poi possibile, e non sempre perseguita. Ma è una riforma della quale si possono dare, e si tendono a dare, letture anche molto diverse, spesso problematiche: lo segnalano bene i diversi autori di questo numero.

¹¹ L. 30 novembre 2017, n. 179, 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.

¹² D.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, Attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali.

¹³ D.l. 9 giugno 2021, n. 80, Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l’efficienza della giustizia, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

¹⁴ Legge 9 gennaio 2019, n. 3, Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici.

Già scorrendo i titoli dei diversi saggi si avverte infatti la tendenza ad una ri-lettura non priva di risvolti problematici: gli spazi per le riforme e per i riformatori sono troppo stretti, come rimarca Sirianni, restano problemi aperti (evidenti nella disciplina dei conflitti di interesse, come sottolinea Lalli), i caratteri originari del disegno hanno subito cambiamenti (lo evidenzia ad esempio Ponti), non mancano momenti di stanchezza (particolarmente evidenti sul fronte del contrasto penale, come nota Di Martino).

Nel provare a trarre un bilancio c'è in ogni caso, riprendendo le parole di Maria De Benedetto, da prendere atto dei “benefici” ma anche dei “costi” dell’anticorruzione, con un consuntivo che inevitabilmente è di luci ed ombre (espressione, quest’ultima, che troviamo utilizzata tra gli altri anche da Cantone).

Ma al di là della necessaria “pesatura” di elementi critici ed elementi positivi, utile non tanto per tirare una riga sull’anticorruzione quanto semmai per assicurarne la necessaria messa a punto, si può in ogni caso concordare con Giuliano Amato, che senza dare un giudizio complessivo su questo impianto e senza prendere posizione sulle accuse di “eccessiva pesantezza” del sistema di anticorruzione, non manca di «constatare la qualità del cambiamento che ne è comunque derivato, un cambiamento dopo il quale l’aspettativa sia dell’eletto sia del funzionario di trarre benefici personali dalle attività e dalle relazioni che i rispettivi ruoli pubblici collocano sotto le loro responsabilità, non può più rientrare nella normalità delle cose»¹⁵. Per quanto sia chiaro che l’anticorruzione non coincida con la trasparenza, né che questa seconda si esaurisca nella prima, va d’altra parte riconosciuto il contributo delle riforme anticorruzione al radicamento del nuovo paradigma di trasparenza pubblica¹⁶: riprendendo le parole di Cantone, è grazie a queste che «la pubblica amministrazione si è finalmente incamminata sulla strada della trasparenza dell’attività amministrativa».

Una rinnovata attenzione all’imparzialità, all’integrità, alla trasparenza: qualcosa da non sottovalutare, pur con tutti i limiti, e tutte le “ombre”

¹⁵ G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 81.

¹⁶ Ci sia consentito rinviare sul punto, diffusamente, a E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, Il Mulino, 2022.

che nei diversi contributi non vengono taciuti. Cui si aggiunge un cambiamento radicale, e tutt'altro che secondario, indotto dal diritto dell'anticorruzione nella sua versione di prevenzione amministrativa: la messa in evidenza, in termini sin qui inusuali, della centralità dell'approccio organizzativo al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione.

Ma per trarre un bilancio che contenga indicazioni utili per progredire non è sufficiente riflettere in termini complessivi sul sistema dell'anticorruzione: di questo vanno al contempo esaminati i singoli meccanismi. Il sistema e le sue parti vanno colti a fondo ed a dieci anni dall'avvio della loro costruzione è possibile e necessario operare una messa a punto, del tutto e delle sue componenti, cogliendone la complessità intrinseca e non meno quella che discende dal contesto in cui si inseriscono queste strategie e questi strumenti e dalla natura del "nemico" («invincibile» e «invisibile», in trasformazione¹⁷) che sono chiamati a fronteggiare.

Quello dell'anticorruzione è infatti un disegno complesso, articolato, anzitutto perché tenuto a confrontarsi con un fenomeno sfuggente, mutevole e complesso di difficile inquadramento e naturalmente "nascosto", ma non meno perché l'anticorruzione ci sfida a muoverci in uno spazio di confine, che sta tra il diritto amministrativo e il diritto penale, ma anche tra la conformazione legale delle condotte ed il rischio della violazione di queste stesse regole, in un'area in cui non a caso sono necessari approcci multi ed interdisciplinari.

3. Quella delineata a partire dalla legge n. 190 è in ogni caso una riforma che ha una sua complessità interna, in qualche modo "genetica", che deriva già solo da un approccio attento tanto ai versanti penali-repressivi quanto (e anzi soprattutto) a quelli amministrativi-preventivi: questo numero di *Istituzioni del Federalismo* si confronta con entrambe le prospettive, ma si sofferma soprattutto sui diversi istituti, meccanismi, strategie che hanno inteso rendere l'ambiente amministrativo più refrattario alla corruzione.

¹⁷ D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *La corruzione come sistema. Meccanismi, dinamiche, attori*, Bologna, Il Mulino, 2021.

Il combinarsi di prevenzione e repressione, cui d'altra parte ci induce già il principale riferimento sovranazionale (la convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione – UNCAC, nota anche come convenzione di Mérida, del 2003) di cui proprio ora si celebra il ventennale, pone una serie di problemi che sono anzitutto di tipo definitorio: la stessa “idea” di corruzione cui si rivolgono prevenzione e repressione è infatti diversa. Mentre nell’ottica penale la questione è quella della definizione delle figure di reato “di tipo corruttivo” (anche qui con una tendenza alla dilatazione della corruzione al di là del tradizionale modello del *pactum sceleris*), nella prospettiva amministrativa la questione è quella del contenimento di quell’insieme fenomeni di “cattiva amministrazione” che rendono le pubbliche amministrazioni e le istituzioni maggiormente esposte al rischio di corruzione.

L’approccio amministrativo, cui si lega una (controversa, ma in ogni caso rilevante) nozione di «corruzione amministrativa»¹⁸ (il cui perimetro è ben più ampio che non l’insieme dei fenomeni e delle condotte penalmente rilevanti), comporta un intervento sul modo di organizzarsi e funzionare delle amministrazioni pubbliche, che passa per una molteplicità di principi, meccanismi e istituti cui sono dedicati molti degli scritti qui raccolti: le regole sui conflitti di interesse, quelle di trasparenza, la stessa azione dell’Autorità di garanzia (l’ANAC), i doveri del personale pubblico, la protezione dei *whistleblower*, la disciplina dei contratti pubblici, le regole sui conflitti di interesse, i piani di prevenzione della corruzione, e così via. Grazie alle riflessioni attente di alcuni tra i maggiori studiosi dei temi trattati, che in alcuni casi sono stati anche protagonisti dell’applicazione e della stessa definizione delle politiche anticorruzione, è possibile tracciare un bilancio e approfondire la riflessione rispetto alla fortuna e ai limiti delle strategie e delle riforme anticorruzione. Non ho intenzione di sostituirmi a queste voci, ma mi pare possibile evidenziare anzitutto un dato: la riforma anticorruzione è parsa solo per un breve momento poter contraddire l’osservazione di Luciano Vandelli, il cui sguardo profondo e acuto ci avrebbe aiutato a rileggere meglio oggi queste trasformazioni, che vedeva nel legislatore italiano un soggetto incapace di mantenere

¹⁸ Cfr. sul punto R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018, spec. pp. 25-28.

costante attenzione all'implementazione delle proprie riforme¹⁹. Questo vale sia per il versante della repressione che per quello della prevenzione, ma è evidente soprattutto in questo secondo contesto.

Il decennio che abbiamo alle spalle è stato un decennio di costanti cambiamenti normativi, di continui aggiustamenti, a volte di mutamenti di traiettoria.

4. Provando a proporre una periodizzazione, per quanto si potrebbero accogliere scelte diverse (e quindi un diverso “calendario”), si può affermare che nell'arco di un breve decennio il sistema della prevenzione della corruzione ha conosciuto almeno tre differenti “stagioni”: la primavera dell'edificazione (2011-2013), l'estate del rafforzamento che però ha segnato anche uno stravolgimento dell'approccio originario (frutto questo anzitutto dell'allargamento dell'anticorruzione al campo dei contratti pubblici) e ha determinato un “sovraccarico” della politica anticorruzione e dei suoi snodi organizzativi (2014-2018), l'autunno delle emergenze e quindi della “ripresa e resilienza” nel quale il baricentro delle politiche si sposa su esigenze di efficienza/accelerazione/risultato in sé apprezzabili ma spesso disattente alle esigenze di legalità e di garanzia (2019-2022). Il fatto che si possa ricondurre al 2019 l'avvio di una stagione di messa in discussione e ripensamento (un cambiamento di clima politico ben avvertito e avvertibile già nel decreto “Sblocca cantieri”, n. 32 dell'aprile 2019, e nel dibattito che lo ha accompagnato), segnala anche come quello dell'anticorruzione sia stato a ben vedere, mutuando l'espressione che E.J. Hobsbawm²⁰ ha utilizzato per inquadrare il Novecento, un decennio «breve». D'altra parte, per quanto le sollecitazioni ad un ripensamento dell'approccio si avvertissero con evidenza già dall'anno precedente, è oramai chiaro che le straordinarie emergenze che hanno accompagnato, a partire dall'inizio del 2020, gli anni più recenti hanno messo a dura prova la tenuta (non solo sul fronte dell'anticorruzione) dei meccanismi di regolare funzionamento e controllo di legalità. L'esigenza di provvedere ha, insomma, preso il sopravvento rispetto ad altre istanze, e questo

¹⁹ Il riferimento è in particolare a L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane*, Bologna, Il Mulino, 2006.

²⁰ E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve 1914-1991*, ed. Milano, Rizzoli, 2014.

anzitutto con soluzioni derogatorie o di temporaneo “allentamento” di regole e procedure, ma anche con effetti a regime, con il complessivo mutare della “postura” dell’ordinamento nella definizione dell’equilibrio tra trasparenza ed efficienza, tra legalità e “risultato”.

Quindi il nostro bilancio si inserisce in una stagione nel quale si colgono i frutti di questa torsione, e che è quindi già una fase di ripensamento, se non dichiaratamente di “crisi”, dell’anticorruzione: una stagione i cui esiti e i cui sviluppi sono però al momento incerti.

Da un lato è proprio in questa fase che, dal livello europeo, giungono sollecitazioni, e ora esplicite traiettorie di riforma, in grado presumibilmente di rialimentare con forza le politiche anticorruzione: in questo senso è interessante riflettere su un sistema, quello italiano, che pur presentando ancora margini di discostamento dalle raccomandazioni internazionali e caratteri tipici nello scenario comparato, come evidenzia bene Di Mascio, è evidentemente alimentato da (e in dialogo con) un’evoluzione internazionale ed europea dalla quale trae forza. In un percorso circolare, la prospettiva di armonizzazione europea sembra destinata ad aprire una nuova stagione e in particolare a rinforzare il nucleo originario dell’anticorruzione amministrativa, quello fondato su un impianto di politiche organiche (che nell’esperienza italiana ha assunto la forma della legge n. 190 del 2012 a livello “architetturale”, e quindi del combinato piano nazionale di amministrazione – PNA e piani triennali di amministrazione – PTPCT), su un’autorità indipendente preposta all’attuazione e implementazione delle politiche anticorruzione (l’ANAC), su regole per l’imparzialità e a contrasto dei conflitti di interesse, su codici di condotta dei funzionari e presidi di integrità, su misure di trasparenza e su strumenti di partecipazione pubblica al formarsi delle decisioni, sulla protezione dei *whistleblowers*. Si tratta, sommariamente rappresentata, della prospettiva definita dalle regole poste già dalla Convenzione UNCAC (sia pure con le specificità del caso italiano), ma anche di quella che ha guidato in questi anni le riforme indotte dalle istituzioni europee nei Paesi che hanno richiesto l’adesione all’Unione: questo *acquis* europeo, che in forme però variabili troviamo in tanti ordinamenti europei e che si riflette nell’impianto originario delle riforme anticorruzione, si propone ora come base di partenza per l’elaborazione a livello europeo di una

direttiva sull'anticorruzione²¹ e quindi per l'avvio di un nuovo ciclo, di una nuova "stagione".

Dall'altro lato, però, è in questa stagione che si collocano evidenti tensioni verso la messa in discussione del sistema di prevenzione della corruzione oltre che del contrasto penale della corruzione. Stando alla dimensione propriamente preventiva, in particolare, è nel prisma del PNRR che si intravede con evidenza il rischio (e la tentazione) di uno smantellamento, teorizzato in via più complessiva ma sin qui praticato "ai margini", dell'impianto organizzativo e dei "pilastri" dell'anticorruzione.

5. Il momento della scrittura e l'opportunità offerta dalla possibilità di muoversi appoggiandosi a tante riflessioni così attente, suggeriscono di dedicare una qualche attenzione a due sfide, legate a due "acronimi" ormai noti a chi opera in ambito amministrativo seppure non egualmente entrati nel dibattito pubblico, il PNRR ed il PIAO. Due sfide che a titolo diverso, "macro" e "micro", mostrano bene la stagione "autunnale" che caratterizza gli anni dell'emergenza (economica, pandemica, di ripresa e resilienza, bellica e di nuovo economica) che con diversa intensità hanno segnato l'ultimo quinquennio.

La chiave per cogliere le nuove strategie in materia è anzitutto il Piano nazionale di ripresa e resilienza: qui, nel proporre le riforme auspiccate, la critica all'impianto definitosi nel decennio precedente è evidente.

In termini generali, mentre viene tributato un riconoscimento a questo impianto (la legislazione anticorruzione ha «mostrato elementi di forza riconosciuti da osservatori internazionali»), e le riforme anticorruzione sono quindi riconosciute essere un tratto qualificante che il sistema-paese può far valere per legittimare gli investimenti europei, lo stesso sistema viene incanalato verso una stagione di ridimensionamento, posto che lo stesso impianto di prevenzione viene additato quale *fattore di corruzione*. Un elemento, questo, forse non abbastanza evidenziato nel

²¹ Si v. in questo senso l'iniziativa della Commissione Europea, che il 20 gennaio 2023 ha lanciato due «*calls for evidence*», richiedendo interventi e stimoli per la migliore definizione di due iniziative: una Comunicazione relativa alla politica anticorruzione dell'Unione, una proposta di direttiva in materia di contrasto della corruzione. L'intenzione di ridefinire il quadro europeo in materia era stata già esplicitata dalla Presidente Von der Leyen nel discorso sullo stato dell'Unione del 14 settembre 2022.

dibattito pubblico, tanto contraddittorio quanto paradossale. Seguendo un approccio alla corruzione che tende a coglierla da una *regulatory perspective* il documento arriva però a vedere nelle stesse regole anti-corruzione un fattore di corruzione.

Nel paragrafo relativo alla «abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione», con l'obiettivo di contenere la corruzione che «può trovare alimento nell'eccesso e nella complicazione delle leggi» e muovendo dall'assunto che «la semplificazione normativa, dunque, è in via generale un rimedio efficace per evitare la moltiplicazione di fenomeni corruttivi» (il che è in termini generali condivisibile, ed è peraltro la prospettiva che in questo fascicolo accompagna le riflessioni di De Benedetto), il PNRR rivolge questa critica allo stesso sistema di prevenzione della corruzione: «occorre semplificare le norme della legge n. 190 del 2012 sulla prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione; e le disposizioni del d.lgs. n. 39 del 2013, sull'inconferibilità e l'incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico». Il documento intende d'altra parte incidere anche sulle «disposizioni sulla trasparenza che prevedono – tra l'altro – obblighi di pubblicazione di numerosi atti, obblighi non sempre giustificati», e del pari sulle «norme che contemplan ben tre tipi di accesso ai documenti e alle informazioni amministrative».

Al di là di queste previsioni, cui ancora non è stato dato seguito, è il «clima» che accompagna il piano di ripresa a segnare costanti arretramenti rispetto alla complessiva strategia anticorruzione e, forse ancora più a fondo, rispetto all'idea di amministrazione che questa sottintendeva. In una dinamica nella quale non è stata indifferente la «saldatura» tra anticorruzione e appalti pubblici, l'idea di un'amministrazione in grado di «ben fare» se liberata da (tutte le) forme di controllo, vincoli, e responsabilità, sembra ammiccare a numerosi provvedimenti di portata spesso dichiaratamente temporanea o derogatoria ma non meno in grado di incidere sulla cultura complessiva e sulla trama a regime del sistema amministrativo.

Il problema, che però già la sfida della «messa a terra» del PNRR ci propone con forza, è che programmi, progetti, investimenti, passano attraverso le amministrazioni e ne presuppongono una qualità e vitalità

“minima”: in assenza della quale non bastano le procedure per quanto le si costruisca più libere, snelle o accelerate.

6. Passando al secondo dei due acronimi richiamati, va detto che alcune riforme, di “accompagnamento” al PNRR, sembrano però in termini operativi in grado di indebolire in modo rilevante i pilastri del sistema di prevenzione, riducendone la vitalità e deviandone la traiettoria. Di questo rischio si avvertono varie tracce negli scritti di questo fascicolo, sia con riferimento a meccanismi che allo stesso impianto di *governance* che fa capo all’ANAC, ma qualche parola in più merita di essere spesa per il piano integrato di attività e organizzazione – PIAO.

Nel riflettere sul sistema dei piani di prevenzione, Monteduro, Moi e Liburdi, mostrano le potenzialità del modello di gestione del rischio delineato dalla legge n. 190 e quindi sviluppatosi attraverso le indicazioni contenute nel piano nazionale di amministrazione. Io stesso, in uno scritto di poco tempo addietro in questa Rivista (con A. Nieli²²), riflettevo sui «bagliori al tramonto» di un impianto dalle evidenti potenzialità ma troppo presto stravolto da riforme successive poco meditate o comunque di dubbia coerenza ed utilità: questo discorso merita forse di essere approfondito. In effetti, proprio nel momento in cui il sistema dei piani anticorruzione iniziavano a evolvere da una prima fase di mera *compliance* e di messa a regime del modello, e le sollecitazioni del piano nazionale (specie grazie al PNA 2019²³) meglio cominciavano a richiedere un adeguamento sostanziale al rischio legato al contesto interno ed esterno, il legislatore ha scelto di intervenire sull’impianto stesso dei piani di prevenzione attraverso il loro assorbimento nel Piano integrato di attività e organizzazione.

Il quadro, complesso ma sin qui coerente e in progressivo miglioramento e irrobustimento anche per il maturare di competenze nelle amministrazioni, è stato infatti interessato (e messo a dura prova) dal decreto-legge n. 80 del 2021, così come convertito dalla legge n. 113 dello stesso

²² E. CARLONI, A. NIELI, *Bagliori al tramonto. I piani di prevenzione della corruzione tra potenzialità e ridimensionamento*, in questa Rivista, 1, 2022, p. 117 ss.

²³ ANAC, Approvazione in via definitiva del Piano nazionale anticorruzione 2019 (PNA 2019), delibera n. 1064 del 13 novembre 2019.

anno, che ha previsto, di norma, l'assorbimento del piano triennale di prevenzione di ciascuna amministrazione in un più complessivo «Piano integrato», che è predisposto e aggiornato annualmente e ha tra l'altro l'obiettivo di definire «gli strumenti e le fasi per giungere alla piena trasparenza dei risultati dell'attività e dell'organizzazione amministrativa nonché per raggiungere gli obiettivi in materia di contrasto alla corruzione, secondo quanto previsto dalla normativa vigente in materia e in conformità agli indirizzi adottati dall'Autorità nazionale anticorruzione con il Piano nazionale anticorruzione».

La scelta del legislatore è stata dunque quella di introdurre un piano più ampio, volto ad assorbire (o forse meglio raccogliere) numerosi piani (il piano delle performance, il piano delle azioni positive, il piano dei fabbisogni, il piano di digitalizzazione, il piano di accessibilità, ecc.) in un unico documento programmatico. L'idea è chiaramente quella di una (presunta) semplificazione attraverso l'integrazione dei diversi piani in un unico documento, ma l'effetto, se colto dalla prospettiva dell'anticorruzione, è che il piano di prevenzione perde autonomia e visibilità divenendo una sottosezione del PIAO.

Per quanto la normativa tenga fermo, come visto, il ruolo di indirizzo di ANAC attraverso il PNA, la parte del PIAO relativa all'anticorruzione risentirà inevitabilmente del fatto di essere inserita in un documento più ampio rispetto al quale le funzioni di regolazione e di indirizzo non sono dell'Autorità ma del Dipartimento della funzione pubblica.

Il sistema è ancora in via di prima attuazione e si compone comunque di due fonti fondamentali: da un lato (a semplificare il quadro normativo consentendo al PIAO di sviluppare la sua funzione di integrazione in un sistema di regole meno denso) un d.P.R. di delegificazione, dall'altro (a definirne in positivo i contenuti) un decreto ministeriale chiamato a definire un «piano-tipo».

Sul primo versante, il d.P.R. 30 giugno 2022, n. 81, ha disposto la soppressione degli adempimenti assorbiti nel PIAO; contiene inoltre una serie di disposizioni di coordinamento e affida al Dipartimento della funzione pubblica (e all'ANAC per quanto attiene ai profili di prevenzione della corruzione), il monitoraggio sull'effettiva utilità di adempimenti richiesti dai piani non inclusi nel PIAO, per individuare eventuali ulteriori disposizioni da semplificare.

Sul secondo versante, il d.m. 22 giugno 2022 del Ministro per la Pubblica amministrazione Renato Brunetta ha definito i contenuti del Piano integrato e la struttura del documento e quindi il posto del piano di prevenzione della corruzione: secondo il modello prefigurato dal Dipartimento della funzione pubblica, il PIAO si sviluppa anzitutto attraverso una sua sezione, quella «valore pubblico, performance e anticorruzione» che è il cuore del documento, nella quale rientrano le sottosezioni del «valore pubblico», delle «performance» e dei «rischi corruttivi e trasparenza». Ai sensi dell'art. 3 del d.m., dunque, la sottosezione rischi corruttivi e trasparenza resta affidata al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, sulla base degli obiettivi strategici in materia definiti dall'organo di indirizzo, e in conformità alle indicazioni del Piano nazionale anticorruzione e degli altri atti di regolazione generali adottati dall'ANAC nell'esercizio delle sue funzioni in materia.

7. L'attuazione di questo modello ne ha rivelato le evidenti criticità ed anche alla luce delle prime esperienze applicative, pare chiaro che le amministrazioni sono di fronte a una sfida non semplice, che riguarda (non solo, ma) in particolare la “tenuta” della strategia di prevenzione della corruzione.

Da un lato, nella logica della semplificazione, si auspica un documento snello e leggibile che però rischia così di perdere una parte rilevante dei contenuti già richiesti al piano di prevenzione (discorso che vale anche per altri documenti, come il piano delle performance). Dall'altro, nella logica della prevenzione, si richiede una sottosezione in grado di mantenere un alto livello di dettaglio analitico per quanto attiene sia alla mappatura dei processi che alla definizione delle misure.

Le due esigenze (di sinteticità e allineamento agli obiettivi di valore pubblico, da un lato, di analiticità e orientamento ai fattori di rischio, dall'altro) non sono però tra loro conciliabili, a ben vedere non lo è la messa in stretta integrazione delle esigenze di “risultato” con quelle di protezione. Pur con tutte queste riserve, va colta positivamente l'attenzione al tema della integrazione organizzativa tra le diverse priorità e sfide che le riforme pongono alle amministrazioni. Spesso il legislatore ha proposto finalità (e relativi piani) che si sono stratificate, affidate a distinti uffici e di frequente in difficile dialogo: il PIAO si confronta con

un'esigenza di integrazione che già era stata valutata da ANAC nel PNA 2019 e che la dottrina aveva già avvertito, ma lo fa forse in modo troppo semplicistico, quasi brutale, col rischio di una perdita importante delle finalità sottese ai diversi documenti programmatori assorbiti.

Vista dal lato dell'amministrazione, il PIAO introduce ulteriori livelli di complessità in un momento che è già di sovraccarico per le strutture amministrative, ma la questione va colta, ai nostri fini, soprattutto rispetto alle difficoltà che produce sul sistema di prevenzione: il fatto è che se si aderisce alla lettura che ha visto nel sistema dei piani il baricentro del complessivo sistema di prevenzione, e nella logica dell'orientamento organizzativo al rischio la chiave per la costruzione del sistema di prevenzione, una riforma che incide così pesantemente sul piano di amministrazione, che di questo è lo snodo, è tutt'altro che secondaria e banale.

8. Lo scenario, come mostra bene la vicenda delle riforme promesse (del PNRR) e di quelle praticate (del PIAO), è in ogni caso coerente con la lettura problematica, dalla quale siamo partiti, delle tendenze recenti del sistema di prevenzione della corruzione.

Certo vanno però colte le sollecitazioni ad una ridefinizione di approccio, secondo coordinate che devono necessariamente incorporare maggiormente le esigenze di semplicità/valore pubblico/risultato nelle stesse linee evolutive dell'anticorruzione.

In effetti, se colta nella sua essenza di strategia di buona amministrazione, l'anticorruzione è naturalmente coerente e funzionale al buon andamento, non solo all'imparzialità: in questo senso, superate le secche della stagione attuale, un eventuale rilancio delle politiche anticorruzione non potrà che legarsi alla migliore ricerca di un diverso equilibrio, in una prospettiva di legalità efficiente che è però l'inveramento e non la negazione dell'anticorruzione.

Le linee di sviluppo, al momento incerte anche se non esauribili certo nel confuso procedere della legislazione nazionale, vanno dunque ricercate a valle di un bilancio, che è l'occasione per mettere meglio a fuoco le luci e le ombre, i pregi e i limiti, le cose da salvare e quelle da ripensare, di un percorso oramai decennale. L'utilità di un consuntivo discende dall'esigenza di un miglioramento della strategia, rifuggendo da soluzioni (come pure si potrebbero trarre dal PNRR) liquidatorie; resta

fermo in questo senso l'ammonimento di Merloni e Vandelli: «in definitiva, nessuna politica di prevenzione della corruzione può presentare la minima possibilità» se non muove dal riconoscimento della gravità di fenomeni e non si abbandona «ogni approccio propagandistico, estemporaneo, partigiano, per fondarsi su basi comuni che puntino su coerenti politiche di lungo periodo»²⁴.

Il decennio breve dell'anticorruzione ci pone di fronte a correzioni necessarie, a punti forti e criticità, ma ci propone con forza anzitutto l'esigenza di mantenere una rotta. L'oramai acquisita consapevolezza rispetto agli effetti nefasti della corruzione²⁵, la cui portata va ben oltre il pregiudizio della spesa pubblica ed è anzitutto formidabile ostacolo alla missione che la Costituzione affida al sistema pubblico, ed alle amministrazioni, di rimozione dei fattori di disuguaglianza²⁶, porta con sé l'esigenza di fare un'adeguata manutenzione del sistema di anticorruzione, specie nel suo versante di prevenzione amministrativa che proprio perché più giovane va accompagnato e rinforzato, correggendone se del caso le storture ma sostenendone la crescita.

²⁴ F. MERLONI, L. VANDELLI, *Introduzione. Prevenzione e repressione della corruzione: aprire una nuova pagina*, in *Id* (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, p. 31.

²⁵ Per la «minaccia che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni e i valori democratici, i valori etici e la giustizia e compromettendo lo sviluppo sostenibile e lo stato di diritto» (così dal *Preambolo* della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione - UNCAC).

²⁶ Così, ad esempio, il *Progetto di Raccomandazione del Parlamento Europeo al Consiglio e al vicepresidente della Commissione/alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza concernente la corruzione e i diritti umani* (2021/2066(Ini)), afferma che «la corruzione colpisce in modo sproporzionato gli individui e i gruppi più vulnerabili ed emarginati della società, violando il diritto alla non discriminazione e impedendo loro, in particolare le donne, la parità di accesso alla partecipazione politica, ai servizi di base e pubblici, alla giustizia, alle risorse naturali, all'occupazione, all'istruzione, alla sanità e all'alloggio».

Saggi e articoli

L'anticorruzione: un bilancio tra prevenzione e repressione

Raffaele Cantone

L'anno 2012 è quello in cui si è avviata una nuova politica di contrasto della corruzione che si è snodata per quasi dieci anni e che ha cambiato in profondità la normativa in materia sia sul versante preventivo che su quello repressivo, introducendo un impianto che si è imposto come un modello di studio anche a livello internazionale. Il giudizio complessivo sulle novità è sostanzialmente positivo, perché così il Paese si è adeguato agli standard internazionali e si è dotato di regole che, almeno in astratto, appaiono efficienti ed efficaci per la lotta alla corruzione e che hanno consentito altresì di ottenere buoni risultati nel miglioramento dell'immagine internazionale. L'applicazione pratica registra, però, alcuni problemi e criticità che necessiterebbero di interventi mirati di manutenzione della normativa, anche per garantire una maggiore sistematicità alle tante norme introdotte, soprattutto quelle relative alla prevenzione.

1. La situazione precedente al 2012

Provare a tracciare un bilancio dell'“anticorruzione”, sotto il profilo sia della prevenzione che della repressione, impone metodologicamente di partire dalla situazione normativa ante 2012, prima cioè dell'approvazione della legge 6 novembre 2012 n. 190, nota ormai, anche ai non addetti ai lavori, come “legge Severino”.

Descrivere lo *status quo ante* non richiede, in verità, un grandissimo sforzo, perché la tematica del contrasto alla corruzione, pur essendo stata spesso oggetto di dibattiti e dotte discussioni anche accademiche, non si era tradotta, fino a quel momento, in particolari provvedimenti normativi; il legislatore era sì intervenuto in qualche occasione sul tema, ma lo aveva fatto in modo sporadico e comunque senza un disegno organico.

L'unica reale modalità di contrasto della corruzione era sostanzialmente quella basata sul diritto penale¹, fondata sull'impianto contenuto nel codice Rocco del 1930 che, a sua volta, aveva ripreso, con poche varianti e con un approccio più rigoroso, l'impostazione del precedente codice Zanardelli del 1889².

La corruzione era, in particolare, regolata fra i delitti contro la pubblica amministrazione e strutturata come una fattispecie necessariamente plurisoggettiva, un reato cd. contratto³, punendo «prestazioni corrispettive», costituite, da parte del funzionario pubblico, da un atto e da parte dell'*extraneus* da una utilità o da una remunerazione, data o anche solo promessa; il codice penale distingueva poi due diverse ipotesi, una più grave, la corruzione cd. propria (art. 319 c.p.) e cioè quella per la quale l'atto oggetto dello scambio era contrario ai doveri di ufficio e un'altra sanzionata con pene molto più lievi, la corruzione "impropria" (art. 318 c.p.), quella in cui l'atto era invece conforme ai doveri di ufficio.

La corruzione si distingueva, a sua volta, dalla concussione, punita più gravemente, che pure aveva ad oggetto la dazione o la promessa di un *quid* da parte di un privato a favore di un funzionario pubblico non come conseguenza, però, di una scelta volontaria ma di una imposizione attraverso costrizione e/o induzione.

La differenza strutturale fra le due fattispecie di corruzione (in cui il rapporto fra funzionario pubblico e privato si svolge su un piano partitario) e la concussione (in cui, invece, il privato è destinatario di un'attività di prevaricazione del funzionario) giustificava un diverso trattamento dell'*extraneus*; quest'ultimo era punito allo stesso modo del funzionario

¹ Così, M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 61; in termini analoghi, anche B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione: i profili amministrativistici*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2005, p. 301.

² Per questa considerazione, R. VENDITTI, voce *Corruzione*, in *Enc. dir.*, vol. X, 1962, p. 764 secondo cui il codice Zanardelli si era posto nei confronti della corruzione con un rigore inferiore a quello che ispira il codice Rocco e la maggiore severità di quest'ultimo è forse spiegabile in relazione al clima politico in cui il quest'ultimo codice venne emanato.

³ Nel senso che le fattispecie corruttive siano a concorso necessario e a struttura bilaterale, in giurisprudenza, si v., *ex plurimis*, Cass. pen., sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435.

nella corruzione; era, invece, esente da pena e considerato vittima del reato nella concussione⁴.

Nel 1990, le fattispecie corruttive erano state formalmente riscritte, ma la struttura originaria era sostanzialmente rimasta immutata⁵, con un'unica significativa novità, consistita dalla sottrazione dalle due ipotesi precedenti di corruzione di quella collegata all'attività giudiziaria, innestata in una nuova e specifica incriminazione (la terza), e cioè la corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.).

Con queste norme era stata affrontato il più grave scandalo giudiziario del Paese, divenuto noto come "Tangentopoli" o "Mani pulite", che aveva visto imputata (e in parte anche condannata) un'intera classe politica e che, secondo molti commentatori, aveva portato al tramonto di una fase storica della vita nazionale, la cd. prima Repubblica.

Durante soprattutto quella fase si discusse molto di modificare l'impianto anticorruzione e vennero anche presentati ed elaborati, a seguito di lunghi dibattiti, progetti di legge, che riguardavano, in particolar modo, il versante repressivo⁶.

Le proposte rimasero sulla carta e nel periodo post Tangentopoli non solo non si rafforzò la strategia di contrasto ma, al contrario, secondo alcuni commentatori, venne persino intrapresa una "politica pro corruzione"; infatti anche se non si toccarono specificamente le norme in materia,

⁴ Dal punto di vista strutturale il codice penale punisce il «corrotto» con una diversa norma (art. 321 c.p., rubricato appunto «Pena per il corrotto») rispetto a quella applicabile al corrotto, prevedendo tuttavia che si applichino le stesse pene.

⁵ La legge 26 aprile 1990 n. 86, pur riscrivendo le fattispecie dei reati contro la pubblica amministrazione, apportò in realtà limitate modifiche alle ipotesi di corruzione, soprattutto in tema di pene principali ed accessorie; la normativa, però, incise significativamente sulle definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, adottando la concezione cd. funzionale-oggettiva, con l'eliminazione del riferimento, contenuto nel testo precedente, al rapporto di dipendenza dallo Stato o da ogni altri ente pubblico.

⁶ Il più famoso progetto che venne elaborato in quella fase storica è divenuto noto come il progetto di Cernobbio, elaborato nel 1994 da un gruppo di magistrati e professori universitari e portava ad un superamento della distinzione fra corruzione e concussione e all'introduzione di una causa di non punibilità per il corrotto ed il corrotto che si sarebbero autodenunciati; per maggiori riferimenti, *ex plurimis*, v. F. STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 935; F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 941; G. INSOLERA, *Le proposte per uscire da Tangentopoli*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 17 ss.

furono depotenziati presidi complementari come i reati fiscali, l'abuso di ufficio, il falso in bilancio e la prescrizione⁷.

Nel 2000, al fine di dar attuazione ad una Convenzione dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), approvata a Parigi il 17 dicembre 1997 ed avente ad oggetto la corruzione nelle transazioni internazionali, il legislatore emendò, invece, ulteriormente il codice penale, introducendo una quarta ipotesi di corruzione, quella cd. internazionale, nell'art. 322-*bis* c.p.⁸.

Sul piano, invece, della prevenzione, malgrado il tema fosse stato posto sul dibattito culturale da autorevolissimi studiosi⁹, vi è pochissimo da segnalare.

Nel 2003 vi era stato un timido tentativo di creare un organismo che avrebbe dovuto occuparsi di prevenzione; al di là del nome scelto, particolarmente altisonante (Alto commissario per la lotta alla corruzione), ad esso furono attribuiti poteri evanescenti e nessuna reale autonomia rispetto all'esecutivo e non si ricorda alcun suo reale contributo alla lotta ai fenomeni corruttivi, tanto che, a distanza di qualche anno, venne anche soppresso, in quanto considerato un ente inutile e dispendioso¹⁰.

⁷ Così, A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni ed effetti*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., p. 44 a cui si rinvia anche per le indicazioni più precise degli interventi legislativi indicati.

⁸ La fattispecie è stata introdotta dalla l. 29 settembre 2000, n. 300 e consente di punire soggetti che operano nell'Unione europea (membri della Commissione, eurodeputati, componenti della Corte di giustizia, funzionari UE, ecc.) o in altri organismi internazionali (i giudici della Corte penale internazionale) parificandoli ai pubblici ufficiali o agli incaricati di pubblico servizio. La norma equipara a tali figure, a seconda delle mansioni in concreto svolte, anche i funzionari di Stati esteri o di altre organizzazioni internazionali, che non possono però essere incriminati per i fatti di corruzione da loro commessi all'estero (su cui potranno procedere tuttavia gli Stati per cui operano), mentre possono esserlo, quali corruttori, i cittadini italiani che offrano loro un'utilità.

⁹ Ci si riferisce al rapporto al Presidente della Camera dei deputati, presentato il 23 ottobre 1996 dal Comitato di studio per la prevenzione della corruzione, presieduto dal prof. Sabino Cassese. Sul contenuto di quel rapporto si v. E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole modelli*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 61 che considera quel documento come uno dei «tanti bivi mancati dalla storia amministrativa del nostro paese».

¹⁰ L'organismo veniva istituito con l. n. 3 del 16 gennaio 2003, n. 3, ma rinvitava ad un regolamento governativo il compito di «determinare la composizione e le funzioni» nonché «di garantirne l'autonomia e l'efficacia operativa» dell'ente, regolamento approvato dopo quasi due anni (d.P.R. 6 ottobre 2004, n. 258); esso stabiliva, in estrema sintesi, che il commissario operasse presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, fosse un organo monocratico (scelto fra magistrati ordinari o amministrativi, avvocati dello Stato ed alti dirigenti dello Stato), dotato di una (scarna)

Nel 2009 era stato, invece, avviato un ambizioso programma di trasparenza della pubblica amministrazione, accompagnato da un gran *battage* pubblicitario e da proclami anche roboanti, quali quello di voler consentire «l'accessibilità totale» agli atti delle amministrazioni¹¹.

Furono anche istituiti nuovi organismi (il SAET prima e la CIVIT dopo) che avrebbero dovuto occuparsi di prevenzione della corruzione, funzione quest'ultima, però, soltanto teorica perché nessun sistema di regole preventive era stato fino a quel momento delineato¹².

2. Un lungo moto riformatore a partire dalla “legge Severino”

La già citata legge Severino rappresenta un'inversione di tendenza in materia, anche se essa è stata solo il primo passo, per quanto particolarmente importante, di un vero e proprio moto riformatore che si è snodato per poco meno di un decennio e che ha cambiato completamente ed indiscutibilmente i connotati della politica di contrasto della corruzione.

struttura di supporto, con competenze soprattutto di studio del fenomeno della corruzione e di monitoraggio su procedure contrattuali e di spesa e su comportamenti e conseguenti atti da cui potesse derivare danno erariale, con l'obbligo di segnalare all'autorità giudiziaria o a quella contabile le eventuali anomalie; pur essendo stati nominati più commissari, a distanza di poco meno di 4 anni, esso veniva soppresso con un decreto legge (art. 68, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133) che trasferiva i suoi poteri alla Presidenza del Consiglio; sull'alto commissario, G. SCIULLO, *L'alto commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione*, in L. VANDELI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Roma, Franco Angeli, 2009, p. 71 ss.

¹¹ Ci si riferisce in particolare alla l. 4 marzo 2009 n. 15 e al d.lgs 27 ottobre 2009, n. 150, provvedimenti normativi approvati nell'ambito della cd. “riforma Brunetta” che prevedevano soprattutto la pubblicazione in rete di atti ed informazioni amministrative. I risultati concreti ottenuti, però, furono molto inferiori alle aspettative; in un monitoraggio effettuato nell'anno 2012 dalla CIVIT si accertò che gli obblighi di trasparenza imposti dalle riforme avevano avuto un'attuazione pari a poco più del 50%; così, *Rapporto sulla trasparenza dei ministeri*, agosto 2012, in www.anticorruzione.it.

¹² Il Servizio anticorruzione e trasparenza (SAET) venne istituito con decreto della Presidenza del Consiglio nell'ambito del Dipartimento della funzione pubblica e aveva compito di analisi, studio ed indagine delle fenomeni della corruzione nell'amministrazione e di predisporre una relazione annuale al Parlamento e di formulare un piano nazionale della trasparenza; la Commissione per la valutazione la trasparenza ed integrità dell'Amministrazione (CIVIT) era stata istituita dal d.lgs n. 150 del 2009 e la sua funzione principale era di presiedere all'attuazione del processo di riforma dei servizi pubblici, controllando le performance dei dirigenti, ma fra i suoi compiti era previsto anche quello di favorire «nella pubblica amministrazione la cultura della trasparenza anche attraverso strumenti di prevenzione della corruzione»; per maggiori riferimenti all'organismo in questione, P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 225.

Fra gli osservatori e gli studiosi viene spesso operato un parallelismo fra lo sviluppo della disciplina della anticorruzione e quella dell'antimafia, soprattutto perché in entrambi gli ambiti il Paese si è dotato di impianti normativi innovativi, partendo quasi da zero; entrambe le regolamentazioni si sono poi rapidamente imposte nell'ordinamento nazionale e sono, fra l'altro, divenute oggetto di studio e di interesse anche nello scenario internazionale¹³. La disciplina antimafia, inoltre, per essere temporalmente precedente ha poi certamente ispirato, con riferimento soprattutto agli aspetti repressivi, alcune delle novità riprese per il contrasto alla corruzione.

Condividendo tale paragone e riservandosi di tornare anche più avanti sui rapporti fra i due sistemi, un dato, però, differenziale merita di essere qui rimarcato subito ed attiene, in particolare, alle modalità genetiche delle due discipline.

Nel caso della legislazione antimafia, l'innescò di essa va certamente reperito nei fatti drammatici che avvennero sia negli anni Ottanta e poi soprattutto all'inizio degli anni Novanta del precedente secolo, quando il Paese fu vittima di una vera e propria aggressione stragista da parte delle organizzazioni mafiose; l'emergenza, quindi, rappresentò il seme che fece germogliare la normativa che poi, via via, nel corso degli anni è stata sempre più affinata e migliorata¹⁴.

Con riferimento, invece, all'anticorruzione, quando fu varata la legge perno di essa, nel 2012, non vi era alcuna specifica ragione di preoccupazione su questo fronte; il Paese godeva certamente sul punto di una fama internazionale non eccelsa, certificata dalle posizioni molto deludenti rivestite nelle classifiche internazionali, soprattutto quelle sulla corruzione percepita di *Transparency international*¹⁵, ma non si erano verificati, quantomeno nel periodo immediatamente precedente, episodi

¹³ *Ex plurimis*, N. GULLO, *Emergenza criminale e diritto amministrativo*, Napoli, ES, 2017, che qualifica la legislazione italiana in materia come all'avanguardia.

¹⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a R. CANTONE, L. DELLA RAGIONE, *Diritto penale dell'antimafia*, Pisa, Pacini, 2021, p. 22 che evidenziano la stretta correlazione fra la normativa antimafia e i gravi episodi delittuosi avvenuti nel Paese ed ascrivibili alle associazioni mafiose, a partire dall'introduzione della fattispecie di associazione mafiosa che venne approvata nel 1982 dopo l'omicidio del Prefetto di Palermo, Alto commissario della lotta alla mafia, Carlo Alberto Dalla Chiesa.

¹⁵ Nella classifica di *Transparency international*, basata sulla percezione della corruzione all'Italia nel 2012, nell'ambito dell'indice predisposto era riconosciuto un valore numerico pari a 42 che la posizionava al 72° posto fra i Paesi valutati, fra gli ultimi nei Paesi europei.

corruttivi eclatanti che potessero far gridare all'emergenza come, invece, era accaduto all'inizio degli anni Novanta, durante la già citata fase di Tangentopoli.

L'Italia era, però, inadempiente rispetto agli obblighi assunti con più Convenzioni internazionali; se, infatti, aveva dato attuazione, come detto poco sopra, alla Convenzione dell'OCSE del 1997, non lo aveva fatto con riferimento alle due Convenzioni del Consiglio d'Europa del 1999 (quella civile e quella penale)¹⁶ e soprattutto alla Convenzione ONU di Merida del 2003¹⁷, testi che erano stati, sia pure con ritardo, già ratificati¹⁸. L'inadempimento era stato più volte rimarcato negativamente sul piano internazionale, in particolare dagli organismi deputati allo specifico monitoraggio dell'implementazione delle convenzioni¹⁹, e quando, a seguito di una grave crisi economica si era insediato un esecutivo tecnico, il Governo Monti, la legge anticorruzione era stata fortemente voluta da esso per migliorare l'immagine internazionale dell'Italia, come una sorta di mattone per ricostruire le infrastrutture etiche del Paese²⁰.

Il contesto, quindi, in cui è stata varata la prima regolamentazione era certamente caratterizzato da una situazione emergenziale, non direttamente connessa a quei fatti che con la legislazione adottanda si volevano curare e, fra l'altro, certamente non paragonabile a quella che avevo spinto l'approvazione della legislazione antimafia; l'interesse del legislatore e

¹⁶ La Convenzione penale sulla corruzione è stata varata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, quella civile, nella stessa città, il 4 novembre del medesimo anno.

¹⁷ La *United nation convention against corruption* (UNCAC) è stata varata a Merida, in Messico, il 31 ottobre 2003.

¹⁸ Le Convenzioni del Consiglio d'Europa sono state ratificate con le leggi 28 giugno 2012 n. 110 (quella penale) e n. 112 (quella civile); la Convenzione ONU invece con l. 3 agosto 2009, n. 116.

¹⁹ Le Convenzioni indicate prevedono organismi di monitoraggio della loro attuazione; sull'importanza che essi hanno avuto nella implementazione della legislazione nazionale, G. NICCHIA, *I meccanismi di monitoraggio istituiti dalle convenzioni internazionali in tema di lotta alla corruzione*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2015, p. 462 ss.

²⁰ Sul contesto in cui maturò la legislazione anticorruzione si v. G. LEOTTA, *Introduzione generale al fenomeno*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, Carocci, 2017, p. 29 ss. e sia consentito il rinvio, R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *www.penalecontemopraneo*, 27 novembre 2017, p. 2.

del governo perseguito con la normativa era, però, soprattutto quello di allinearsi agli standard internazionali.

Alla legge Severino, endiadi dietro la quale non si nasconde in verità un'unica legge ma ben quattro interventi normativi²¹, pur nella sua certamente non perfetta tecnica di redazione²², va comunque riconosciuto l'indiscusso merito di avere avviato la nuova strategia di prevenzione e di averlo fatto non sull'onda dell'improvvisazione, ma, al contrario, raccogliendo i suggerimenti di una Commissione di studio, in precedenza istituita dall'allora Ministro della funzione pubblica²³, che aveva elaborato una articolata proposta che, comunque, era ampiamente debitrice delle indicazioni della Convenzione ONU di Merida.

²¹ La legge n. 190 del 2012 conteneva anche deleghe al governo per l'emanazione di normative relative a specifici settori e in virtù di esse sono stati varati il d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 («Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi»), il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 («Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni») ed il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 («Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico»).

²² La norma consta di un articolo composto di ben 83 commi, alcuni fra l'altro particolarmente lunghi, a cui si aggiunge un secondo che contiene la sola clausola di invarianza finanziaria; la struttura è conseguenza del complesso *iter* della legge, originata dal disegno di legge A.S. n. 2156, «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione» che vedeva quale primo firmatario l'allora ministro della Giustizia Alfano e che era stato anche approvato da un ramo del Parlamento ma che sembrava finito su un binario morto; nel 2012, mutato il governo, il ddl venne ripreso ad opera del nuovo Ministro della giustizia, Paola Severino ed il testo, votato al Senato, fu approvato con modifiche alla Camera il 14 giugno 2012 e constava di 27 articoli, poi ritornò al Senato che lo varò il 17 ottobre nel testo attuale riformulato con un maxiemendamento, per poi essere definitivamente approvato dalla Camera il 31 ottobre 2012; per maggiori riferimenti sull'iter legislativo della l. n. 190, si v. F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità dei pubblici funzionari*, in F. CINGARI (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, 2013, p. 11. In senso critico su come è strutturato l'art. 1, P. CLARIZIA, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa anticorruzione*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, cit., p. 40 secondo cui in esso confluiscono istituti e plessi normativi fra loro tanto diversi, da poter paragonare la norma ad uno «zibaldone».

²³ Ci si riferisce alla Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, costituita con decreto del 23 dicembre 2011 dal Ministro della Funzione pubblica Filippo Patroni Griffi e coordinata dal suo capo di gabinetto, il consigliere di Stato, Roberto Garofoli. La Commissione ha poi prodotto un rapporto conclusivo pubblicato con la prefazione del Presidente del Consiglio Mario Monti, dal titolo *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforme*.

La legge citata, fra l'altro, si occupava, seppure in maniera quantitativamente inferiore, anche del settore penale, con modifiche però molto incisive che hanno innovato, come si dirà, su più aspetti, l'impianto allora vigente.

Negli anni successivi e fino al 2020, con l'eccezione del solo 2018, la normativa anticorruzione ha visto ogni anno una qualche sua implementazione²⁴, sia con riferimento al momento preventivo che a quello repressivo, in qualche caso, persino, con la sostanziale riscrittura di norme che erano state solo qualche anno prima introdotte²⁵.

Dal 2020, in poi, di corruzione il legislatore non si è più direttamente occupato, anche perché il Paese ha vissuto e sta vivendo una nuova, delicata e ben diversa fase di emergenza, connessa prima alla pandemia da Covid-19 e più di recente dalla guerra fra l'Ucraina e la Russia.

Già nell'ultimo anno del secondo decennio, però, si erano avvertiti alcuni sia pur limitati segnali in controtendenza rispetto all'attenzione del passato al tema²⁶ e questo trend sembra essere continuato ed anzi

²⁴ Si è già detto *supra* che nel 2013 sono stati emanati tre decreti legislativi ed in quello stesso anno è stato anche varato il d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62, un atto regolamentare che contiene il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici; nel 2014, il d.l. 24 giugno, n. 90 (conv. in l. 11 agosto, n. 114), il cd. decreto Madia che, nell'ambito della riforma della pubblica amministrazione, ha previsto una serie di rilevanti novità in materia di prevenzione della corruzione e con riferimento all'autorità anticorruzione (ANAC); nel 2015, la l. 27 maggio, n. 69 che ha inciso soprattutto nel sistema penale, introducendo una nuova attenuante ed inasprimenti di pena; nel 2016, il d.lgs 25 maggio n. 97 che ha modificato molte disposizioni in materia di prevenzione della corruzione; nel 2017, l. 17 ottobre, n. 161 che ha esteso le misure di prevenzione previste dal codice antimafia anche agli indiziati di associazione per delinquere finalizzata ai reati contro la pubblica amministrazione e la l. 30 novembre n. 179 che ha riformato l'istituto del cd. *whistleblowing*; nel 2019, la l. 9 gennaio n. 3, cd. spazzacorrotti che ha inciso su molti istituti del diritto penale, inasprendo la disciplina in materia di corruzione; nel 2020, la l. 28 febbraio n. 7 (di conversione del d.l. 30 dicembre 2019, n. 161) che regolando le intercettazioni, ha introdotto regole peculiari per quelle in materia di reati di corruzione.

²⁵ È quanto si è verificato, con riferimento alla prevenzione, relativamente all'istituto del *whistleblowing*, introdotto dalla legge Severino e profondamente emendato dalla l. n. 179 del 2017 o, con riferimento alla repressione, per la fattispecie del traffico di influenze di cui all'art. 346-*bis* c.p., introdotta dalla legge Severino e modificata da parte della legge cd. spazzacorrotti.

²⁶ Già nel 2020, con un decreto-legge che riguardava l'emergenza Covid (d.l. 16 luglio n. 76, conv. in l. 11 settembre n. 120) si è intervenuti modificando un delitto contro la pubblica amministrazione, l'abuso di ufficio considerato un tipico reato spia rispetto alle fattispecie corruttive e si è particolarmente ristretto l'ambito di applicazione di questa fattispecie; nel 2021, il d.l. 9 giugno n. 80, conv. in l. 6 agosto n. 113 ha istituito il Piano integrato di attività e organizzazione delle amministrazioni (PIAO) che deve contenere anche il Piano di prevenzione della corruzione (PTPC), in tal modo finendo per ridimensionare uno dei più importanti strumenti del siste-

amplificato con ancora maggiore forza dal nuovo governo, insediatosi alla fine del 2022.

Il Ministro della giustizia *pro tempore* ha, infatti, annunciato che intende rivedere la disciplina vigente in materia ed attuare una (contro)riforma che potrebbe cambiare (di nuovo) il volto del sistema dell'anticorruzione²⁷. Il Parlamento, d'altra parte, giocando d'anticipo, ha già votato, nell'ambito di un provvedimento di urgenza varato a fine 2022 per altri fini, una prima ma significativa modifica in materia, che tocca un aspetto marginale dell'impianto legislativo vigente²⁸, ma che appare dimostrativo che il cantiere dell'anticorruzione lungi dall'essere chiuso è destinato a restare ancora a lungo aperto.

3. Cenni sulle modifiche introdotte nel sistema dell'anticorruzione; il versante repressivo

Sarebbe ovviamente impossibile in questa sede provare ad esporre, anche se solo sinteticamente, le tante novità introdotte dal decennio di riforme. Ci si può, invece, limitare a poco più di una mera enumerazione di esse meramente funzionale alle osservazioni conclusive, facendo partire la disamina dalla disciplina penale che, come si è già accennato, era già prima caratterizzato da un impianto normativo presente da tempo nell'ordinamento e con il quale si era, fra l'altro, affrontato il ciclone giudiziario di "Mani pulite".

ma della prevenzione della corruzione; sull'argomento, si v. A. CORRADO, *La difficile strada della semplificazione imboccata dal PLAO*, in *Federalismi.it*, 19 ottobre 2022.

²⁷ Il ministro della giustizia, Carlo Nordio, in più occasioni anche ufficiali ha indicato quale priorità del programma di governo in materia di giustizia la modifica della normativa in materia di corruzione e, seppure non delineando ancora gli interventi concreti, ha prefigurato modifiche che dovrebbero interessare soprattutto il versante repressivo, ritenendo necessario rivedere la disciplina sanzionatoria, la normativa che consente l'utilizzo di strumenti molto invasivi in materia di intercettazioni (il cd. *trojan*) e persino abolendo i delitti di abuso di ufficio e di traffico di influenze illecite. In questo senso, fra i tanti articoli di stampa apparsi in materia, L. MILELLA, *Nordio all'assalto dell'anticorruzione*, *La Repubblica*, 8 gennaio 2023.

²⁸ La l. 30 dicembre 2022, n. 199 di conversione del d.l. 31 ottobre 2022 n. 162, nell'ambito della disciplina sul cd. ergastolo ostativo ha, in particolare, escluso dai reati ostativi dei benefici penitenziari le fattispecie corruttive che erano state inserite dalla legge cd. spazzacorrotti del 2019; sul punto, A. RICCI, *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto legge n. 162 del 31, 10, 22, in tema di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti i internati che non collaborano con la giustizia*, in *giurisprudenzapenale web*, 2023, p. 1.

Sono più i fronti su cui il legislatore è intervenuto con l'(ambizioso) obiettivo non di stravolgere l'esistente ma di renderlo più efficace ed efficiente. In primo luogo, ha inciso sulle fattispecie incriminatrici già presenti nel codice penale, raccogliendo anche sul punto alcune proposte che nel corso degli anni precedenti erano state avanzate.

Restano sempre quattro le ipotesi di corruzione, ma una di esse è stata riscritta integralmente, in particolare l'art. 318 c.p. che oggi non si riferisce più alla «corruzione per atto di ufficio» ma alla «corruzione per l'esercizio delle funzioni», nel quale lo scambio tipico del contratto illecito non riguarda più un atto ma l'esercizio delle funzioni e dei poteri del funzionario pubblico²⁹.

Un'ipotesi di reato, questa di nuovo conio, che risponde all'esigenza, da tempo avvertita, di poter sanzionare la condotta del funzionario pubblico «asservito» e/o a libro paga dell'*extraneus*, a prescindere quindi dall'adozione di uno specifico atto ma che ha finito per essere strutturata come una fattispecie dalla portata particolarmente ampia, visto che ricomprende in sé anche la precedente corruzione impropria³⁰.

Modificata significativamente è anche l'ipotesi di corruzione internazionale di cui all'art. 322-*bis* c.p., essendo stata sia ampliata la platea dei soggetti operanti in ambiti internazionali che possono essere chiamati a rispondere del delitto sia soprattutto emendata la parte relativa alla corruzione dei funzionari stranieri³¹.

²⁹ Il reato di cui all'art. 318 c.p. è stato riscritto dalla legge Severino (l. n. 190/2012) e successivamente, *quod poenam*, dalla l. n. 69 del 2015 e dalla cd. spazzacorrotti (l. n. 3/2019); sulla importanza della modifica, ritenuta una delle novità concettualmente più importanti recate dalla l. n. 190, v. D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione*, in *Federalismi.it*, 5 dicembre 2012, 5; sulle ragioni per le quali è stata introdotta la norma e sul contenuto della stessa, si rinvia anche, *ex multis*, a F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 405 e più di recente a G. FIDELBO, *La corruzione "funzionale" e il contrastato rapporto con la corruzione propria*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso di ufficio*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 27.

³⁰ È pacifico in giurisprudenza che la nuova ipotesi di reato punisca anche la precedente corruzione impropria; *ex plurimis*, Cass. sez. VI, 26 maggio 2021, n. 33251; secondo la giurisprudenza, inoltre, la fattispecie di cui all'art. 318 va considerata norma generale rispetto a quella speciale di cui all'art. 319 c.p.; così Cass. Sez. VI, 25 settembre 2014, n. 49226.

³¹ La l. n. 3/2019 non solo ha riscritto la rubrica, ma ha introdotto nel primo comma (attraverso l'innesto dei nn. 5-*ter* e 5-*quater*) ulteriori categorie di soggetti attivi del reato operanti in ambiti internazionali; ha altresì soppresso, dal n. 2 del secondo comma, le parole «qualora

Nel capo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione è stata aggiunta, in virtù degli stimoli provenienti dagli organismi internazionali, una nuova incriminazione, l'induzione indebita a dare o promettere utilità, collocata nell'art. 319-*quater* c.p. e frutto dello "spacchettamento" della precedente fattispecie della concussione di cui all'art. 317 c.p.

Quest'ultima, pur nominalisticamente non rientrante fra le ipotesi di corruzione, si affianca ad esse per le numerose affinità strutturali; punisce, infatti, il funzionario che induce l'*extraneus* alla dazione ma sanziona anche quest'ultimo, sia pure con una pena diversa dal pubblico agente³². Pure in adempimento degli obblighi provenienti dalle convenzioni internazionali, è stato altresì introdotto un ulteriore nuovo delitto, il traffico di influenze illecite, pure costruito come un "reato contratto", in cui l'oggetto dello scambio è costituito, però, dalle relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale e la cui *ratio* è, quindi, punire condotte ritenute eventualmente prodromiche rispetto ai fatti corruttivi veri e propri; proprio per la sua particolare struttura, potendo il fatto essere commesso fra privati senza coinvolgere pubblici funzionari, il legislatore ha posizionato il delitto non nel capo dei reati dei pubblici ufficiali contro la p.a. ma in quello dei privati contro la p.a. (art. 346-*bis* c.p.)³³.

il fatto sia commesso per procurare a sé e ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali o al fine di ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria», così ampliando l'ambito di applicazione della fattispecie, non richiedendosi più per la punibilità il dolo specifico; per maggiori riferimenti alle novità, S. MANACORDA, *L'ampliamento soggettivo e oggettivo della fattispecie di "corruzione internazionale" e le modifiche della disciplina della legge penale nello spazio*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso di ufficio*, cit.

³² Sulle spinte sovranazionali che hanno indotto la riforma e sul contenuto della nuova norma, S. SEMINARA, *I delitti di concussione e induzione indebita*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, cit., 381. Quanto al soggetto indotto, che in precedenza non era punito in quanto concusso, è attualmente punito con la pena della reclusione fino a tre anni, laddove il soggetto che induce è punito con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi. Sulle affinità e differenza della nuova ipotesi di reato dalla concussione e dalla corruzione si v. Cass. Sez. un. 24 ottobre 2013, n. 12228/14.

³³ Il nuovo delitto è stato introdotto dalla l. n. 190/2012 in adempimento dei vincoli di incriminazione previsti dalla Convenzione ONU di Merida (art. 18) e dalla Convenzione penale sulla corruzione (art. 12); la fattispecie è stata poi modificata dalla l. n. 3/2019 facendovi rientrare il previgente reato di millantato credito di cui all'art. 346 c.p., articolo contestualmente abrogato. Per maggiori riferimenti all'ipotesi delittuosa come da ultimo modificata, R. PICCIRILLO, *Il traffico di influenze illecite riformato e l'urgenza di una esaustiva regolamentazione del lobbyng*,

Un secondo settore di intervento della riforma ha riguardato l'impianto sanzionatorio ed è stato giustificato dalla constatazione in passato dell'irrogazione di condanne a pene molto blande, spesso nemmeno eseguite perché condizionalmente sospese³⁴.

Il legislatore ha, in diverse tornate, inasprito significativamente le pene principali, quasi eliminando lo iato che c'era fra la corruzione propria e la concussione³⁵, ha reso molto più rigorose le pene accessorie personali³⁶ ed ha ampliato lo spettro delle misure sanzionatorie patrimoniali che possono colpire i soggetti che hanno commesso i reati³⁷.

In questa stessa prospettiva, infine, le fattispecie corruttive erano state equiparate ai reati di mafia con l'inserimento anche di esse nell'elenco dei reati "ostativi" che impedivano, cioè, di beneficiare delle misure al-

in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso di ufficio*, cit., p. 51.

³⁴ Sulla *ratio* delle modifiche in materia sanzionatoria, G. STAMPANONI BASSI, *Le corruzioni nel codice penale*, in G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *La corruzione, le corruzioni. Prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 3.

³⁵ Le pene edittali per i reati corruttivi sono state elevate più volte nel corso degli ultimi anni; a titolo esemplificativo il delitto di cui all'art. 318 c.p. era punito *ante* legge Severino con la pena della reclusione da 6 mesi a 3 anni; con la l. n. 190/12 la pena è stata portata alla reclusione da 1 a 5 anni; con la l. n. 69/2015 la pena è passata da 1 a 6 anni ed infine con la l. n. 3/2019 è stata fissata da 3 ad 8 anni di reclusione; senza ripetere tutti i passaggi intermedi la pena per il delitto di cui all'art. 319 c.p. *ante* 2012 era della reclusione da 2 a 5 anni; oggi è quella della reclusione da 6 a 10 anni; la concussione che prima del 2012 era punita con la reclusione da 4 a 12 anni e quindi con una pena che nel massimo e nel minimo era più del doppio di quella della corruzione propria, oggi è punita con la reclusione da sei a 12 anni e quindi nel minimo identica a quella della corruzione propria e nel massimo superiore di 2 anni.

³⁶ La l. n. 3/2019 ha riscritto l'art. 317-*bis* c.p., destinato alle pene accessorie, ampliando significativamente i casi in cui può irrogarsi l'interdizione perpetua dai pubblici o l'incapacità in perpetuo di contrattare con le pubbliche amministrazioni e prevedendo una durata maggiore dell'interdizione temporanea.

³⁷ Con riferimento ai reati corruttivi la legislazione *ante* 2012 già prevedeva l'applicabilità della confisca per equivalente ex art. 322-*ter* c.p. e quella per sproporzione all'epoca prevista dall'art. 12-*sexies* l. n. 356/92 ed oggi regolata dall'art. 240-*bis* c.p.; con la l. n. 69/2015 è stato anche introdotta una nuova misura patrimoniale, la riparazione pecuniaria con l'innesto dell'art. 322-*quater* c.p., secondo cui con la sentenza di condanna deve essere ordinato il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del funzionario. Secondo la giurisprudenza tale misura sarebbe una sanzione civile accessoria che consegue obbligatoriamente con la condanna; così Cass. sez. VI, 5 febbraio 2020, n. 16098.

ternative in fase esecutiva; la novità, però, senza mai essere stata sostanzialmente applicata è stata, come detto sopra, di recente (già) abrogata³⁸. Un ultimo aspetto su cui si è concentrata la riforma è, infine, quello degli strumenti destinati a far emergere gli episodi corruttivi, sul presupposto che la corruzione è un reato caratterizzato da una vasta “cifra oscura” di fatti che restano occulti e che rischiano di non essere mai scoperti dalle indagini giudiziarie³⁹.

Il legislatore ha agito con modifiche finalizzate a questo obiettivo sia sul piano del diritto sostanziale che su quello processuale.

Sotto il primo profilo, ha previsto istituti che dovrebbero favorire la collaborazione dei soggetti coinvolti nei fatti delittuosi, consentendo, analogamente a quanto previsto per i reati di terrorismo e mafia, a coloro che forniscono un contributo utile per le indagini di poter beneficiare di una speciale attenuante con una riduzione di pena da un terzo a due terzi (art. 323-*bis* c.p.)⁴⁰ o a coloro che si autodenunciano entro un tempo breve dalla commissione del fatto e restituiscano il provento del delitto persino di godere di una causa di non punibilità (art. 323-*ter* c.p.)⁴¹.

³⁸ La l. n. 3/2019, in particolare, aveva con l'obiettivo indicato interpolato l'art. 4-*bis* comma 1 della l. 354/75 (ordinamento penitenziario); sulla norma era, però, intervenuta la Corte costituzionale (Corte Cost. 26 febbraio 2020, n. 32) che aveva escluso l'applicazione della regola ostativa ai reati commessi in precedenza; sulla modifica legislativa e sull'intervento della Consulta, E. GALLUCCI, *Interventi sulla legge n. 354 del 1975 (ordinamento penitenziario)*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla “spazzacorrotti” alla riforma dell'abuso di ufficio*, cit., p. 51; con la l. n. 199/2022 di conversione del d.l. n. 162/2022, come già anticipato *supra*, le fattispecie corruttive sono state espunte dall'elenco dei reati ostativi.

³⁹ Nel senso che la corruzione, essendo strutturata come un patto, sia pure illecito, e non potendo contare su vittime che abbiano quindi interesse a farla emergere, è un reato molto difficile da scoprire e quindi da punire, *ex plurimis*, N. FIORINO, E. GALLI, *La corruzione in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 17.

⁴⁰ L'attenuante è prevista nel comma 2 art. 323-*bis* c.p., come introdotto dalla l. n. 69/2015 si applica a «chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili del reato o per il sequestro delle somme o delle altre utilità trasferite». Nel senso che essa è strutturata secondo una tecnica consolidata, affinata nel periodo della legislazione terroristica e mafiosa, C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 maggio 2015,

⁴¹ La causa di non punibilità prevista nell'art. 323-*ter* c.p. è stata introdotta dalla l. n. 3/2019 ed è usufruibile in presenza di varie condizioni, in particolare a seguito di un'autodenuncia volontaria presentata entro 4 mesi dal fatto e comunque prima che il soggetto abbia avuto conoscenza di indagini a suo carico ed è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità percepita o di una somma di denaro equivalente; la causa di non punibilità non si applica, però, nel caso

Dal punto di vista processuale, invece, ha ammesso l'utilizzo per le indagini in materia di corruzione di uno strumento investigativo tipico delle investigazioni per i delitti di criminalità organizzata e cioè l'agente sotto copertura (art. 9 l. n. 146/2006)⁴² ed ha altresì ampliato i casi in cui si può procedere ad intercettazioni telefoniche ed ambientali, comprese quelle forme più invasive di esse, e cioè le intercettazioni telematiche attraverso l'inoculazione di un cd. captatore spia (il cd. *trojan horse*), parificando di fatto sul punto la disciplina per i reati in esame a quelli di criminalità organizzata⁴³.

4. (segue) *Il versante preventivo*

Come si è sopra accennato il versante preventivo ante 2012 era sostanzialmente *tabula rasa* ma l'Italia, sottoscrivendo e poi ratificando la Convenzione di Merida del 2003, aveva assunto un obbligo a dotarsi di un sistema di regole sul punto.

Quell'atto sovranazionale, infatti, a differenza di altri precedenti che pure si erano occupati di corruzione, aveva dedicato un intero titolo (il II)

in cui fin dall'inizio l'autore del reato avesse agito con l'intento di autodenunciarsi e di accusare terzi. In dottrina, però, sono state rimarcate numerosi e delicati problemi ermeneutici che caratterizzano l'istituto; sul punto, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, A MILONE, *Prime riflessioni sulla causa di non punibilità dell'art. 323-ter*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2019, p. 5 ss.

⁴² L'istituto delle indagini sotto copertura, già presente nel nostro ordinamento per numerose fattispecie di reato, soprattutto di criminalità organizzata, è stato reso esteso, con la l. n. 3/2019, anche alle indagini in materia di fatti corruttivi, dopo un lungo dibattito che vi era stato durante la fase di gestazione della legge, in cui si era discussa anche la possibilità di introdurre l'istituto dell'agente provocatore, una figura molto controversa che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene contrastare con i principi della CEDU. Per questa ragione l'agente sotto copertura è stato costruito in modo da evitare che possa svolgere qualsivoglia ruolo di provocazione. Sulle novità introdotte, A MANICCIA, *L'estensione delle "operazioni sotto copertura" ai delitti contro la pubblica amministrazione: i tratti confusi della riforma anticorruzione*, in *Cass. pen.* 2019, p. 2369.

⁴³ In particolare, il legislatore, attraverso vari provvedimenti normativi (in special modo il d.lgs 29 dicembre 2017, n. 216 e successivamente con il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv. in l. 28 febbraio 2020, n. 7) ha consentito che le intercettazioni per i reati corruttivi fossero possibili in presenza di un quadro indiziario meno grave (sufficienti indizi in luogo dei gravi, necessari per tutti i reati) e fosse possibile un più ampio ricorso alle intercettazioni ambientali, anche effettuate attraverso il *trojan horse*; per un esame più approfondito delle novità in materia e più in generale sugli strumenti messi in campo per favorire l'emersione della corruzione, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *Gli strumenti investigativi per favorire l'emersione dei fatti corruttivi*, in G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *La corruzione, le corruzioni. Prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi*, cit., p. 337.

alle misure preventive e richiesto, con la norma di apertura (l'art. 5), agli Stati aderenti di «elaborare, applicare e perseguire (...) delle politiche di prevenzione della corruzione efficaci»⁴⁴.

La disposizione citata, però, non aveva sposato un modello vincolante di prevenzione cui attenersi ma lasciato ai singoli Stati «conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico» la declinazione concreta delle modalità, fissando, però, alcuni aspetti indefettibili, in particolare, gli obiettivi da perseguire («la buona gestione degli affari pubblici», l'«integrità» e la «responsabilità») e alcuni dei mezzi da utilizzare per conseguirli (la «trasparenza» e soprattutto «la partecipazione della società»)⁴⁵.

Il legislatore nazionale, pur dovendo tenere conto dei suggerimenti offerti dalla Convenzione negli altri articoli del medesimo titolo (gli artt. da 6 a 14), godeva quindi di un'ampia libertà sul *quomodo* con cui strutturare le proprie regole preventive ed ha potuto avviare una originale strategia di prevenzione, nella quale, malgrado indiscutibili limiti nella tecnica di redazione normativa⁴⁶, si colgono abbastanza chiare tre direttrici di fondo (i cd. pilastri)⁴⁷.

Un primo piano di interventi si concentra sull'organizzazione delle attività amministrative, richiedendo alle amministrazioni pubbliche (ma

⁴⁴ Sull'importanza della Convenzione di Merida per l'avvio in Italia di una politica di prevenzione, N. PARISI, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Dir. com. e sc. intern.*, 2016, p. 191, a cui si rinvia anche per un esame di tutti gli articoli di interesse.

⁴⁵ L'art. 5 stabilisce testualmente «Ciascuno Stato parte elabora o applica, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, delle politiche di prevenzione della corruzione efficaci e coordinate che favoriscano la partecipazione della società e rispecchino i principi di stato di diritto, di buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, d'integrità, di trasparenza e di responsabilità».

⁴⁶ Si è già detto *supra*, che la legge Severino è composta da un unico articolo, con numerosi commi, poi emendato e modificato dal d.lgs n. 97/2016 che ha aggiunto ulteriori capoversi, interpolato alcuni di essi, rendendo ancora più difficile la lettura del testo; anche le altre norme che integrano l'impianto preventivo sono particolarmente criticate per la loro scarsa chiarezza, in particolare il d.lgs n. 39/2013. Le norme, inoltre, in materia sono spalmate in più leggi, rendendo difficile persino la loro individuazione.

⁴⁷ Così, sia consentito il rinvio, R CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020, 11; in termini analoghi, F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità*, cit., p. 13 che parla di tre «assi portanti» della strategia anticorruzione.

anche ad alcuni enti privati operanti a latere delle amministrazioni)⁴⁸ di svolgere un ruolo proattivo in materia; in particolare, richiede loro di selezionare i rischi di corruzione che possono annidarsi nelle attività svolte (il cd. *risk assesment*) e successivamente anche di individuare e adottare gli specifici rimedi per sterilizzare i rischi individuati (il cd. *risk management*).

Entrambe queste attività devono essere rappresentate in un documento di natura programmatica, obbligatorio per tutti gli enti destinatari della disciplina⁴⁹, il Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC). Sul punto la regolamentazione sembra avere attinto a piene mani dalla normativa vigente sulla responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche private di cui al d.lgs n. 231/2001; i piani triennali degli enti, infatti, quali atti di auto organizzazione si rifanno chiaramente ai modelli di *compliance* di cui all'art. 6 del citato d.lgs, nonostante questi ultimi nel settore privato si siano rivelati molto meno efficaci rispetto alle aspettative⁵⁰.

Il Piano triennale va adottato dall'organo di vertice dell'amministrazione su proposta di un dirigente con funzione anche di responsabile dell'at-

⁴⁸ La normativa anticorruzione si rivolge oltre che alle pubbliche amministrazioni (in particolare quelle esplicitamente indicate nell'art. 1, comma 2 d.lgs n. 165 del 2001) anche ad una serie di enti privati (società fondazioni ed associazioni in controllo pubblico), "controllati" dalle amministrazioni, specificamente indicati, sia pure attraverso il rinvio ad altra norma, nel comma 2-*bis* della l. n. 190/12. La normativa sul punto è stata oggetto di più modifiche tra il 2012 ed il 2016 per poi raggiungere l'attuale stabilità con il d.lgs n. 97/2016. Per maggiori riferimenti, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ, R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, ESI, 2020, p. 1561.

⁴⁹ L'omessa adozione del PTPC non era originariamente sanzionata dalla l. n. 190/2012; l'art. 19 del d.l. n. 90/2014 ha introdotto una pena pecuniaria da 1.000 a 10.000 euro nei confronti dei soggetti obbligati inottemperanti, pena irrogabile da parte dell'ANAC.

⁵⁰ In questo senso, A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, *Manuale della Responsabilità degli enti*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018 secondo cui «il legislatore del 2012 (...) ha eletto a paradigma il d.lgs n. 231 del 2001». Secondo F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen. proc., spec. Corruzione*, 2013, p. 4 ss. (a cui si rinvia per maggiori riferimenti) si possono individuare ben sei differenze strutturali fra i modelli organizzativi ex d.lgs n. 231 del 2001 ed i piani di prevenzione; in estrema sintesi, le differenze riguardano, in particolare, le conseguenze rispetto alla mancata attuazione delle misure organizzative, la tipologia dei reati che fanno scattare la responsabilità (non sono compiuti a vantaggio dell'ente ma contro l'amministrazione), la capacità organizzativa di controllo delle attività e dei comportamenti dei dipendenti, la possibilità di sanzionare la violazione dei doveri connessi ai codici comportamento, il meccanismo di vigilanza sul rispetto dei modelli organizzativi, il controllo sulla idoneità del modello organizzativo.

tuazione del Piano medesimo, il Responsabile della prevenzione della corruzione (RPC) e sulla scorta delle indicazioni di un Piano nazionale (il PNA), predisposto dall'Autorità nazionale anticorruzione⁵¹ e vincola l'amministrazione nelle modalità di svolgimento delle sue attività.

Una seconda direttrice rivolge la sua attenzione al funzionario pubblico, ai suoi doveri e ai suoi comportamenti, con l'obiettivo di rafforzare la sua imparzialità, nella convinzione, frutto di un'esperienza consolidata anche a livello internazionale, che il dipendente che si comporta in modo imparziale è oggettivamente meno incline a commettere fatti illeciti.

Il fine indicato viene perseguito, in primis, evitando e prevenendo quelle situazioni di conflitto fra interessi pubblici e privati che possono pregiudicare la cura dell'interesse generale ed essere l'occasione di eventi corruttivi.

Il legislatore non ha, però, ritenuto di adottare una normativa generale in materia di conflitto di interessi, ma individuare misure ritenute utili per sterilizzare specifici rischi.

Senza poter approfondire più di tanto, ha in particolare introdotto l'obbligo di astensione di chi si trova in conflitto di interesse attuale o potenziale⁵², previsto una distinzione più rigorosa fra cariche politiche e amministrative per evitare che la sovrapposizione di funzioni possa influenzare negativamente le scelte amministrative⁵³, richiesto requisiti

⁵¹ Il contenuto, le modalità di approvazione, i destinatari del PNA sono stati specificamente indicati solo con il d.lgs n. 97/2016 che ha introdotto nella l. n. 190/2012 il comma 2-bis; sulla natura, contenuto e funzioni del PNA e sui rapporti fra questo e i PTPC, si v. R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., p. 96

⁵² Prima della legge Severino non era un obbligo generale di astensione e solo singole normative di settore lo prevedevano; la legge n. 190/2012 lo ha innestato nella l. n. 241/90, con l'art. 6-bis rubricato specificamente «Conflitti di interesse»; tale obbligo è stato, poi, determinato e precisato dal d.P.R. n. 62/2013, il cd. codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

⁵³ Il d.lgs n. 39/2013, in materia di inconferibilità e di incompatibilità, ha previsto, in particolare, l'impossibilità di assumere funzioni amministrative per un certo periodo (cd. di raffreddamento) per coloro che hanno svolto ruoli politici o rivestito cariche di rilievo con compiti di indirizzo politico (inconferibilità) e la necessità di opzione per uno delle due funzioni nel caso in cui il soggetto con funzioni amministrative sia chiamato a svolgere cariche politiche (incompatibilità; sull'argomento, *ex plurimis*, M. CALCAGNILE, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, Bologna university press, 2017.

di moralità più elevati per poter rivestire cariche pubbliche di rilievo⁵⁴, imposto regole di comportamento vincolanti nello svolgimento delle funzioni⁵⁵ e introdotto limiti per l'assunzione di incarichi durante e dopo la cessazione del rapporto di impiego pubblico⁵⁶.

Un terzo piano di interventi, infine, tende a costruire un diverso rapporto fra amministrazione e cittadini; in un sistema democratico è a questi ultimi che i funzionari pubblici, sia elettivi che professionali, devono principalmente dar conto – situazione che nel linguaggio anglosassone viene individuata, con una felice espressione, come *accountability* – e sono costoro, quindi, che possono (e dovrebbero) controllare l'operato di coloro che si occupano della *res pubblica*.

In questa prospettiva, viene consentito ai cittadini – capovolgendo la logica della riservatezza dell'azione amministrativa – un'ampia conoscibilità delle attività svolte dalle amministrazioni, attraverso la massima trasparenza, che consenta piena accessibilità agli atti e alle informazioni pubbliche.

⁵⁴ Il d.lgs n. 235/2012, il cd. T.U sulle incandidabilità, ha, fra l'altro previsto l'impossibilità di rivestire cariche pubbliche elettive e/o di governo per i soggetti condannati per gravi reati; per maggiori riferimenti al contenuto del provvedimento normativo, molto criticato soprattutto da parte di esponenti politici, si rinvia a F. PINTO, *Principi generali ed elettorato passivo*, in F. PINTO, S. D'ALFONSO, *Incandidabilità ineleggibilità incompatibilità e status degli amministratori locali. Cause ostative al mandato, aspettative, permessi indennità*, in L. VANDELLI (a cura di), *Commento al Testo Unico sull'ordinamento delle autonomie locali*, Sant'Arcangelo maggiore, Maggioli, 2001, p. 73; per quanto riguarda invece gli incarichi amministrativi, il già citato d.lgs n. 39/2013, poi, nel suo art. 3, invece, ha introdotte per i condannati a gravi reati, una specifica ipotesi di inconfiribilità.

⁵⁵ Ci si riferisce, in particolare, ai codici di comportamento, previsti dall'art. 54 del d.lgs n. 165/2001, come modificato dalla l. n. 190/2012; la norma in questione prevede due tipologie di codici di comportamento; uno nazionale adottato con d.P.R. (attualmente d.P.R. n. 62/2013) ed uno da adottarsi obbligatoriamente da parte delle singole amministrazioni, obbligo la cui inosservanza è sanzionata amministrativamente dalla norma citata *supra* nella nota 48. Sui codici di comportamento si v. E. CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *Lav. publ. amm.*, 2017, p. 158.

⁵⁶ La l. n. 190/2012 ha innestato nell'art. 53 del d.lgs n. 165/2001 il comma 16-ter con il quale è stata introdotta una ipotesi di incompatibilità successiva, divenuta nota nella pratica con il termine francese di *pantouflage*; in particolare, la norma vieta ai funzionari pubblici che nei tre anni precedenti abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali di poter ottenere incarichi nei tre anni successivi dalla cessazione del rapporto di lavoro dai soggetti privati destinatari dell'attività amministrativa; sull'istituto sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *Il pantouflage all'italiana; fra rigore formale e rischi di ineffettività*, in *www.iusinitinere.it*, 1, 2019, p. 5 ss.

L'obiettivo viene raggiunto da un lato imponendo alle amministrazioni di pubblicare una serie di atti e di informazioni (cd. trasparenza proattiva) e dall'altro consentendo ai cittadini il diritto di accesso (cd. civico generalizzato) agli atti, a prescindere dall'esistenza di uno specifico interesse (cd. trasparenza reattiva)⁵⁷.

Accanto alle tre direttrici citate, il sistema della prevenzione si completa, cercando di incentivare le denunce da parte dei singoli funzionari dei fatti illeciti e di cattiva amministrazione (*maladministration*) di cui vengono a conoscenza nel contesto lavorativo in cui operano, garantendo loro tutele sia sul piano della riservatezza delle loro segnalazioni sia contro il rischio di eventuali atti ritorsivi.

A questo fine è stata adottata una specifica regolamentazione delle segnalazioni degli illeciti, nota nella pratica con il termine anglosassone di *whistleblowing*⁵⁸.

Infine, per vigilare sull'osservanza delle norme preventive indicate, ma anche per stimolare l'implementazione concreta di esse nella vita delle amministrazioni pubbliche, è stata istituita un'autorità indipendente *ad hoc*, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), cui sono stati attribuiti anche poteri di regolazione e sanzionatori⁵⁹.

⁵⁷ Il sistema della trasparenza era stato delineato originariamente dal d.lgs n. 33/2013 (uno dei decreti emanato a seguito della legge Severino e noto come codice della trasparenza) che aveva imposto alle amministrazioni obblighi di pubblicazione; con le modifiche introdotte dal d.lgs n. 97/2016 si è aggiunto a tale obbligo anche il diritto di accesso civico cd. generalizzato in capo ai singoli cittadini relativamente agli atti e alle informazioni non oggetto di obbligatoria pubblicazione. Sull'evoluzione delle modalità della trasparenza nell'ordinamento giuridico nazionale, E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 93.

⁵⁸ La disciplina del *whistleblowing* è stata introdotta, per la prima volta, nell'ordinamento nazionale dalla l. n. 190/2012 con l'inserimento dell'art. 54-bis nel d.lgs n. 165/2001; essa è stata poi integralmente riscritta dalla l. n. 179/2017, con l'obiettivo di rafforzare le garanzie e le tutele del soggetto che segnala illeciti. La normativa, però, è in corso di ulteriore rivisitazione a seguito dell'emanazione di una Direttiva del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea (direttiva n. 2019/1937); sulla disciplina attualmente vigente, si v. A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

⁵⁹ In attuazione di quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione di Merida, la l. n. 190/2012 ha istituito un'autorità *ad hoc*, con il compito di vigilare sulle regole di prevenzione; essa, in particolare, aveva attribuito tale compito ad un organismo già esistente, la CIVIT, di cui si è già detto *supra*. Con il d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013, veniva cambiata la denominazione dell'ente in «Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche»; con il d.l. n. 90/2014 conv. in l. n. 114/2014 veniva rimodificata la denominazione in «Autorità nazionale anticorruzione» (ANAC) e soprattutto veniva modificata la

5. *Un bilancio complessivo; luci ed ombre*

Dopo la sintetica carrellata su quanto prodotto dal lungo moto riformatore, si può adesso provare a tirare le fila con qualche considerazione sull'impianto anticorruzione nella sua globalità, senza, però, potersi soffermare sui singoli istituti di cui quel variegato puzzle è composto, se non per eventuali e limitati aspetti di interesse.

Una prima osservazione che si ritiene necessaria riguarda il modo in cui si è sviluppata la legislazione nel corso del decennio.

Nella disamina proposta nei precedenti paragrafi, essendosi fatta genericamente menzione dei risultati dell'evoluzione normativa, si potrebbe essere portati a pensare ad un avanzamento omogeneo del versante preventivo e di quello repressivo.

In realtà, invece, nell'ambito del periodo indicato si possono distinguere chiaramente due fasi fra loro non omogenee⁶⁰.

Una prima, più lunga e durata tendenzialmente fino al 2017, si è caratterizzata per una maggiore attenzione al versante della prevenzione, interessato da numerosi interventi legislativi, con il riconoscimento anche di un ruolo e di poteri molto penetranti alla relativa autorità di vigilanza, l'ANAC, a cui sono stati attribuiti, in alcuni casi, persino compiti estranei alla *mission* istituzionale⁶¹.

struttura dell'ente anche attraverso il trasferimento del personale e delle funzioni di altra autorità, l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, contestualmente soppressa; per una più precisa disamina dell'evoluzione normativa, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova autorità anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015.

⁶⁰ A conclusioni analoghe, E. CARLONI, voce *Corruzione (prevenzione della)*, in *Enc. Dir., I tematici*, III, 2022, p. 329 secondo cui l'implementazione della disciplina preventiva ha vissuto tre periodi molto diversi; una primavera dell'edificazione (2011-2014) nella quale grazie anche a commissioni di studio si sono messe le basi della successiva legislazione, un'estate del rafforzamento (2014-2018) attraverso l'adozione e la messa a regime della legislazione, ed un autunno del ripensamento (dal 2019 in poi), in cui si è avviato un cambio della strategia.

⁶¹ Dopo la legge Severino del 2012 ed i decreti legislativi attuativi del 2013, nel 2014, anche a seguito delle vicende corrottive emerse nell'ambito degli appalti collegati al grande evento Expo Milano 2015, l'allora compagine di governo con il d.l. n. 90/2014 potenziò l'Autorità nazionale anticorruzione, attraverso l'incorporazione dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, e attribuì poteri speciali al Presidente di essa di alta sorveglianza sugli appalti dell'Expo, riconoscendogli anche una facoltà particolarmente incisiva cd. di "commissariamento" degli appalti ottenuti tramite corruzione; i controlli svolti, con il metodo della cd. "vigilanza collaborativa", consentirono di completare in tempo i lavori per la inaugurazione dell'evento. Anche a seguito di quanto era avvenuto con Expo, nel 2016, quando venne approvato il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 50/2016) vennero implementati particolarmente i poteri dell'ANAC in

Una seconda, invece, che ha privilegiato nettamente il piano repressivo, in ossequio alle linee programmatiche della forza politica che aveva vinto le elezioni del 2018, che prefiguravano norme penali più rigorose per contrastare la corruzione; il simbolo di questa fase è rappresentato da una legge “manifesto”, denominata, non a caso, in modo inequivoco come “spazzacorrotti”, tutta incentrata sul rafforzamento degli strumenti penali⁶². L'andamento non lineare descritto viene rimarcato perché ha impedito di conseguire quel giusto ed equilibrato mix tra misure preventive e repressive auspicato dalla Convenzione di Merida⁶³, ma soprattutto perché ha finito per inviare segnali contraddittori alle amministrazioni pubbliche che stavano dando (faticosa) attuazione alle misure preventive varate negli anni precedenti, non supportandole anche con i necessari ed indispensabili correttivi sul piano normativo⁶⁴.

Malgrado quanto detto, l'impianto di regole recato dal quasi decennio di riforme rappresenta un indiscutibile passo in avanti rispetto al passato; con esso il Paese ha colmato un gap che caratterizzava la sua legislazione,

materia di vigilanza e regolazione; in quello stesso periodo, il Presidente dell'ANAC venne officiato della presidenza del collegio arbitrale in materia di cd. arbitrati bancari per il ristoro degli obbligazionisti cd. subordinati, collegio poi istituito con DPCM n. 82/2017; per maggiori riferimenti al ruolo di sorveglianza svolto sul grande evento Expo, si v. S. BUSSETTI, B. DENTE, *La vigilanza collaborativa a Expo Milano 2015, ovvero i vantaggi della complicazione*, in *Riv. it. pol. pubbl.* 2017, p. 19 ss.; sull'evoluzione dei poteri dell'ANAC, si v. E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'autorità nazionale anticorruzione: “post fata resurgam”*, in *Giorn. dir. amm.* 2015, p. 760.

⁶² Nel programma presentato per l'elezione del 2018, il Movimento 5 stelle aveva espressamente dedicato una parte alla necessità di inasprire la disciplina in materia di contrasto della corruzione; nel primo governo, varato dopo l'elezione (il cd. governo giallo-verde), nel relativo cd. contratto di governo, fra le priorità individuate vi era quella di approvare una legge anticorruzione che avrebbe dovuto inasprire la disciplina penale; per maggiori riferimenti, sia pure molto critici, a quel “contratto”, E. AMODIO, *A furor di popolo: la giustizia vendicativa giallo-verde*, Roma, 2019, p. 15.

⁶³ Nella Convenzione di Merida accanto ad un titolo secondo dedicato alle misure preventive ve ne è un terzo dedicato al momento repressivo, intitolato «incriminazione, individuazione e repressione».

⁶⁴ La necessità di interventi correttivi e modificativi a numerosi aspetti della normativa preventiva era stata segnalata più volte dall'ANAC, attraverso l'istituto delle “segnalazioni a Governo e Parlamento”; consapevole di questa esigenza, il Ministro della funzione pubblica del II Governo Conte, Fabiana Dadone, aveva istituito una speciale commissione di studio, presieduta dal Prof. Bernardo Mattarella, il cui compito avrebbe dovuto essere proprio l'individuazione dei correttivi in materia; la Commissione ha terminato i lavori nel 2021 con una serie di proposte mai rese pubbliche, ma né durante né dopo la fine dei lavori della Commissione si è dato seguito alle sue proposte.

dando fra l'altro esecuzione ad obblighi internazionali rimasti a lungo inevasi e la cui mancata attuazione era stata più volte contestata dalle Organizzazioni sovranazionali⁶⁵.

L'armamentario molto più variegato oggi offerto agli operatori ha, inoltre, una oggettiva maggiore capacità di affrontare la corruzione, potendo contare su misure preventive prima inesistenti che dovrebbero arginare o comunque rendere più difficile il verificarsi di fatti corruttivi ma anche su strumenti nuovi, e certamente molto più affilati del passato, in grado di affrontare, sul versante penale, reati notoriamente difficili da scoprire e da provare.

Il sistema delineato ha poi ricevuto riconoscimenti ed apprezzamenti nei contesti internazionali⁶⁶, contribuendo a mandare in soffitta un ricorrente stereotipo del passato, e cioè quello dell'Italia come un Paese corrotto e mafioso.

Su questi temi, anzi, nell'ultimissimo periodo, l'Italia non si è trovata più in posizioni di retroguardia; quando, ad esempio, l'Unione europea ha varato la direttiva sul *whistleblowing*, è stata annoverata fra i partner europei che già potevano vantare una compiuta e specifica disciplina sul punto, che andava, quindi, solo aggiornata ed adeguata⁶⁷.

Quanto, invece, ai risultati eventualmente conseguiti con le nuove regole, va premesso che è praticamente impossibile poterne apprezzare gli effetti concreti.

La corruzione, infatti, è un fenomeno molto difficile da misurare perché, per la peculiare natura contrattuale della fattispecie delittuosa e per l'assenza di una parte offesa interessata a denunciare, sono molti i fatti

⁶⁵ In più occasioni gli organismi previsti dalle Convenzioni internazionali e deputati al monitoraggio della implementazione di esse avevano avanzato critiche all'Italia; fu il rapporto presentato dal GRECO (Gruppo degli stati contro la corruzione) nel 2009 (*Evaluation report on Italy* del 2 luglio 2009), che conteneva molte critiche e raccomandazioni, a spingere nel 2010 l'allora Governo a presentare il d.d.l. che poi sarebbe stato approvato nel 2012 con la legge n. 190, così F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità dei pubblici funzionari*, cit., p. 12.

⁶⁶ Ne è significativa riprova il ruolo che l'ANAC ha svolto nei vari contesti internazionali, operando anche da partner dell'Unione europea in attività di implementazione della normativa anticorruzione in altri Paesi extra UE; sull'argomento, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, N. PARISI, *L'autorità nazionale anticorruzione e la vita di relazione internazionale*, Napoli, ESI, 2021.

⁶⁷ Solo 10 Nazioni dell'Unione potevano vantare, al momento dell'adozione della direttiva, strumenti di protezione dei segnalanti e l'Italia è stata annoverata fra questi.

illeciti che restano sconosciuti ed è opinione condivisa dai più che le situazioni non emerse siano di gran lunga maggiori di quelle che finiscono all'attenzione dei giudici⁶⁸.

Ne deriva che nessuna attendibilità ai nostri fini potrebbe avere la mera verifica empirica di quante erano, le ipotesi corruttive *ante* 2012 e quante quelle *post* 2020 risultanti dalle statistiche giudiziarie e, anzi, un aumento dei casi scoperti potrebbe non essere affatto la prova che il fenomeno sia in crescita, ma al contrario che le misure messe in campo stanno producendo l'auspicato risultato di consentire una maggiore emersione di esse. Ciò detto, però, l'unico strumento cui si riconosce comunque un valore nella misurazione dei tassi della corruzione degli Stati è quello messo in campo da *Transparency international*, fondato sulle rilevazioni della percezione della corruzione; in queste classifiche, molte discusse nella loro attendibilità ma che comunque influenzano gli *stakeholders* e gli investitori internazionali, nell'ultimo decennio vi è stato un costante miglioramento delle posizioni dell'Italia che ha abbandonato il ruolo di fanalino di coda fra gli Stati europei⁶⁹.

Secondo la sezione italiana dell'organizzazione internazionale che redige quella classifica il migliore stand ottenuto è il frutto proprio di una diversa credibilità internazionale del Paese conseguente agli sforzi fatti nel promuovere i valori della trasparenza, dell'anticorruzione e dell'integrità⁷⁰. Negli anni trascorsi, inoltre, si sono prodotte altre conseguenze positive che pure possono essere ascritte a merito del versante preventivo della "riforma". In particolare, grazie alla legislazione anticorruzione, la pubblica amministrazione si è finalmente incamminata sulla strada della trasparenza

⁶⁸ Il tema della difficoltà di misurazione della corruzione è oggetto di interesse della letteratura straniera ed italiana; sull'argomento, da ultimo, anche per i tanti riferimenti agli studi precedenti, M. GNALDI, B. PONTI, *Misurare la corruzione oggi. Obiettivi, metodi esperienze*, Roma, Franco Angeli, 2018 e G. TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione fra realtà e rappresentazione*, Roma, Miverva, 2019.

⁶⁹ L'Italia nel 2012 raggiungeva, nell'indice di rilevazione di *Transparency* il punteggio di 42 mentre nel 2021 ha raggiunto il punteggio di 56, passando in tal modo nella classifica internazionale dal 70° posto al 42°; sull'importanza ed utilità delle rilevazioni di *Transparency international*, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, E. CARLONI, *Percezione della corruzione e politiche anticorruzione*, in www.penalecontemporao.it, 19 febbraio 2019.

⁷⁰ Si v. veda il comunicato stampa del 31 gennaio 2023, allegato all'Indice di percezione della corruzione CPI, 2022, in www.transparencyinternational.it.

dell'attività amministrativa, recuperando il ritardo accumulato rispetto agli altri Stati occidentali e rendendo quantomeno non più un lontano miraggio l'aspirazione, sbandierata da decenni anche da gran parte della classe politica nazionale, di trasformare gli enti pubblici in "una casa di vetro"⁷¹.

L'amministrazione pubblica ha anche ottenuto, attraverso la nuova disciplina dei codici di comportamento, della cui riforma si discuteva da anni, la possibilità di poter contare su regole deontologiche cogenti per i funzionari pubblici e, in questa stessa prospettiva, l'istituzione in tutti gli enti del responsabile della prevenzione della corruzione ha rappresentato, ben oltre i compiti ed i poteri che a questo soggetto sono attribuiti, una novità nell'attività quotidiana, in quanto quella figura si sta piano piano imponendo come un garante della legalità interna e l'espressione di una moderna cultura della *compliance* a cui si ispirano ormai gran parte delle amministrazioni pubbliche degli Stati occidentali.

Accanto a questi effetti positivi, la normativa in materia di prevenzione ha manifestato, nell'attuazione pratica, non poche criticità.

Dal punto di vista della sua fattura, l'impianto è caratterizzato da un eccesso di frammentarietà, essendo le disposizioni di interesse contenute in testi normativi diversi che spesso non hanno alcuna attinenza con la materia di cui ci occupa⁷².

Ciò comporta una oggettiva difficoltà di reperimento di esse, rendendo non solo più onerosa la loro applicazione da parte dei funzionari, ma

⁷¹ L'aspirazione ad una amministrazione pubblica che si presentasse come una "casa di vetro" venne esplicitata per la prima volta nel 1908 dal leader socialista Filippo Turati che in un discorso alla camera ebbe ad affermare che «dove un superiore interesse pubblico non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro»; nel senso che la trasparenza ha trovato l'occasione del suo sviluppo nella legislazione anticorruzione, E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, cit., p. 129.

⁷² La normativa anticorruzione è, infatti, disseminata in più leggi; senza alcuna presunzione di completezza si può qui ricordare che la maggior parte delle disposizioni sono contenute nella l. n. 190/2012 (la legge Severino) e nei decreti attuativi di essa (d.lgs n. 235/2012, n. 33/2013 e 39/2013); altre norme, però, sono sparse altrove; quelle sulla *governance* dell'ANAC nel d.lgs n. 150/2009, quelle sugli istituti del *pantouflage*, del *whistleblower* e delle autorizzazioni degli incarichi extralavorativi sono state innestate nel d.lgs n. 165/2001 (il cd. Testo unico del pubblico impiego); alcune disposizioni che riguardano il potere sanzionatorio dell'ANAC ed alcuni aspetti organizzativi della stessa si trovano nel d.l. n. 90/2014.

impedendo la conoscenza da parte dei cittadini che pure dovrebbero svolgere un ruolo proattivo nell'affermarsi di una cultura della legalità. Inoltre, ci sono norme che impongono, in alcuni casi, obblighi e doveri scarsamente comprensibili o che si sovrappongono fra loro in modo non coerente⁷³ o che introducono principi, per quanto molto innovativi, che prevedono obblighi e doveri, non accompagnati da adeguati meccanismi che ne assicurano l'effettività⁷⁴.

Per restare sempre sul piano della tecnica normativa, le norme sono state scritte e pensate soprattutto per essere applicate da amministrazioni medio grandi e fanno fatica ad essere poi adattate ad altre tipologie di amministrazioni o anche a quelle entità private pure destinatarie delle regole anticorruptive⁷⁵.

A queste criticità strutturali si accompagnano infine non minori problemi anche nelle modalità della loro concreta attuazione.

Una disciplina così complessa e piena di oneri e doveri è, in pratica, entrata in vigore sostanzialmente da un giorno all'altro, senza che i dipendenti degli enti destinatari fossero stati adeguatamente preparati, essendo mancata una qualsivoglia formazione preventiva.

Nel primissimo periodo, la scarsa preparazione dei funzionari ha avuto come conseguenza una applicazione ridotta della normativa.

⁷³ In questo senso emblematico è quanto accaduto con riferimento all'applicabilità dell'istituto del *whistleblowing* nelle società cd. pubbliche; prima della riforma del 2017, la normativa di tutela dei segnalanti non era proprio applicabile alle società pubbliche; con la riforma si è creata una situazione paradossale; le società pubbliche controllate che dovessero anche adottare i modelli di compliance di cui all'art. 6 del d.lgs n. 231/2011 sarebbero assoggettabili a due discipline diverse e nemmeno fra loro coordinate, con regole di segnalazione e soggetti destinatari diversi; sul punto sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche*, cit., p. 1619.

⁷⁴ È emblematico in questo senso quanto accaduto con riferimento all'istituto del *pantouflage* che pur prevedendo un impianto sanzionatorio non indica chi debba applicarlo; ugualmente molto problematica e di difficile applicazione appare la disciplina sanzionatoria relativa alle inosservanze delle disposizioni in materia di inconferibilità ed incompatibilità; per un esame più approfondito delle questioni, sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., pp. 150 e 161.

⁷⁵ Le disposizioni anticorruzione sono state calibrate sulle pubbliche amministrazioni e sono poi applicabili, ad esempio, «in quanto compatibili» anche ad enti privati, come le società pubbliche controllate o alle associazioni e alle fondazioni pubbliche, che pure hanno strutture organizzative alquanto diverse; per una disamina sui tanti problemi applicativi che questa estensione ha comportato sia consentito il rinvio a R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche*, cit., p. 1561.

In tempi tutto sommato brevi, le amministrazioni hanno recuperato il *gap*⁷⁶ e si contano sulle dita di una mano quelle che sono completamente inadempienti rispetto ad obblighi particolarmente ponderosi come la redazione di un piano della prevenzione della corruzione o i doveri di pubblicazione in materia di trasparenza.

Un esame, però, che non si fermi alla sola verifica dell'adempimento, ma si spinga a valutare le modalità con cui le attività sono state compiute restituisce un quadro meno confortante.

Nei monitoraggi che l'ANAC ha, ad esempio, compiuto sulla "qualità" dei piani di prevenzione ha accertato come molto spesso essi siano stati predisposti senza alcun esame effettivo delle situazioni di rischio specifico e prevedendo misure che non avevano alcuna utilità o che comunque restavano solo sulla carta⁷⁷.

Pur constatando miglioramenti di anno in anno, gli oneri anticorruzione vengono da molti funzionari considerati meri doveri burocratici, sminuendone quindi la loro effettiva funzione di scudo anticorruzione. Una situazione questa non dissimile da quanto è accaduto ed accade nella disciplina che ha ispirato questa in esame, quella cioè sulla responsabilità amministrativa degli enti privati; anche in quel caso, la critica principale espressa è che la compilazione dei modelli di *compliance* avviene con logiche formali e burocratiche, senza alcuna effettiva attenzione all'utilità e all'applicazione delle misure in esse indicate⁷⁸.

⁷⁶ Soprattutto la disciplina in materia di piani di prevenzione, delle regole sulla trasparenza e sui codici di comportamento ha visto, a partire dalla età degli anni del precedente decennio, una applicazione molto ampia da parte delle amministrazioni pubbliche, circostanza più volte rimarcata anche dai report dell'ANAC. Soprattutto con riferimento ai piani di prevenzione e ai codici di comportamento ha inciso sul tasso di adempimento la previsione da parte del d.l. n. 90/2014 di una pesante sanzione pecuniaria (da 1000 a 10.000 euro) irrogabile ai funzionari su cui gravano gli obblighi.

⁷⁷ L'ANAC ha effettuato due Rapporti sullo stato di attuazione e la qualità dei piani di prevenzione in collaborazione con l'Università di Roma Tor Vergata, attraverso cui sono stati esaminati un campione significativi di piani; entrambi i rapporti sono reperibili in www.anticorruzione.it; nel secondo di esso, quello sui piani del periodo 2017-2019, nelle conclusioni (pag. 45), pur rilevando un significativo miglioramento rispetto al monitoraggio precedente (2015-2017), si legge «permane e risulta elevato il numero di amministrazioni con una cultura prevalente dell'adempimento (*compliance*); questo si traduce in piani che seppur contengono un nucleo minimo di informazioni in linea con le indicazioni fornite dall'ANAC nei PNA, queste sono tuttavia inserite in maniera del tutto generica».

⁷⁸ La prassi degli enti provato di adottare una politica di mero formalismo cartolare viene stigmatizzata con una espressione mutuata dal linguaggio anglosassone e cioè *paper complian-*

Meno problematiche invece appaiono, quanto meno *prima facie*, le novità introdotte sul versante repressivo, che comunque poteva già contare su un impianto di regole da tempo rodato.

Alcune delle nuove norme incriminatrici, in particolare la corruzione per l'esercizio delle funzioni, si sono naturalmente inserite nel contesto normativo precedente e appaiono utili per migliorare l'azione repressiva, tanto da riscuotere un buon successo, di cui fanno testimonianza le numerose decisioni della giurisprudenza in materia⁷⁹.

Quanto, invece, al delitto di traffico di influenze illecite si tratta di una disposizione la cui introduzione è stata certamente opportuna perché copre uno spazio in passato carente di tutela (quello della "vendita" delle relazioni esistenti con pubblici funzionari), ma, anche nella nuova versione varata a seguito della legge spazzacorrotti, la disposizione continua ad essere criticata dalla dottrina per la indeterminatezza del suo contenuto⁸⁰.

Fra l'altro, malgrado sia trascorso già un decennio dal suo innesto nel codice penale, restano pochi i casi in cui si è riusciti a giungere a sentenze di condanna e ciò probabilmente anche per le difficoltà di poter provare il patto illecito sottostante, senza poter utilizzare lo strumento delle intercettazioni⁸¹.

ce policy ed essa viene utilizzata anche nel linguaggio giurisprudenziale; in questo senso si veda la motivazione di Cass. sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442.

⁷⁹ L'esame delle decisioni edite sul CED della Cassazione evidenzia come siano numerosi i casi di applicazione della disposizione di cui all'art. 318 c.p. post-riforma del 2012. La norma resta oggetto, fra l'altro, di un vivace dibattito dottrinale per il suo carattere eccessivamente ampio e onnicomprensivo e da parte di alcuni si auspica persino una nuova riscrittura; sul tema, *ex plurimis*, G. STAMPANONI BASSI, *Le corruzioni nel codice penale*, cit., p. 11.

⁸⁰ La norma dell'art. 346-bis c.p. è stata critica sotto il profilo del difetto di tipicità fin dalla sua introduzione; così, V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze illecite*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 424; identiche critiche vengono poste al testo attuale, frutto della modifica da parte della legge spazzacorrotti, testo che ha assorbito in sé il delitto di millantato credito di cui all'art. 346-bis c.p.; così, R. PICCIRILLO, *Il traffico di influenze illecite riformato e l'urgenza di una esaustiva regolamentazione del lobbying*, cit., p. 51.

⁸¹ La pena massima prevista per il delitto di cui all'art. 346-bis c.p., anche dopo le modifiche recate dalla legge spazzacorrotti è di 4 anni e sei mesi di reclusione inferiore a quella di cinque anni che consente il ricorso alle intercettazioni.

Pure alquanto problematica è l'applicazione del nuovo delitto di induzione indebita; malgrado un intervento tempestivo delle Sezioni Unite della Cassazione, resta molto difficile delimitare i confini di questa ipotesi con la concussione da un lato e con la corruzione dall'altro e questa incertezza incide sulla concreta utilizzabilità pratica⁸².

Con riferimento all'impianto sanzionatorio, il condivisibile obiettivo di un maggiore rigore delle norme incriminatrici è stato certamente conseguito ma a scapito del criterio di necessaria proporzionalità delle pene, in relazione al disvalore delle ipotesi delittuose.

Infine, la novità certamente più interessante recata dalla riforma nell'ambito penale, quella degli strumenti apprestati per far emergere la corruzione, non sta certamente producendo i risultati che troppo ottimisticamente erano stati pronosticati dai sostenitori di essi.

Seppure è passato troppo poco tempo per esprimere giudizi attendibili, l'unico degli strumenti che si sta rivelando utile per la lotta alla corruzione è quello delle intercettazioni; si tratta, però, di un mezzo di ricerca della prova che già prima poteva essere utilizzato e che la riforma ha solo ulteriormente esteso.

Pure ritenendo opportuna la scelta di estendere alle fattispecie in esame la figura dell'*undercover*, è ad oggi insignificante la sua applicazione, essendo, in realtà, difficile ipotizzare la configurabilità, anche solo sul piano empirico, dell'impiego dell'agente infiltrato per fattispecie di reato caratterizzate nella maggior parte dei casi da un rapporto duale⁸³.

Allo stesso modo, pur non contestando la loro importanza per l'attività di contrasto dei delitti di cui ci occupa, non sembrano nemmeno avere riscosso un grande successo pratico né l'attenuante né la causa di non punibilità, quest'ultima probabilmente anche per i non pochi problemi

⁸² Si è già evidenziato sopra come dopo appena due anni si sono già pronunciate le Sezioni unite (Cass. Sez. un. 24 ottobre 2013, n. 12228/14) per cercare di tracciare i confini con le analoghe ipotesi di corruzione concussione, ma la consultazione delle rassegne di giurisprudenza dimostra come il contrasto non sia affatto sopito.

⁸³ Così, M.N. MASULLO, *L'emersione del patto corruttivo*, in G. FIDELBO (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso di ufficio*, cit., p. 131.

ermeneutici derivanti, anche in questo caso, da una tecnica di scrittura non eccelsa⁸⁴.

Il bilancio in chiaro scuro proposto dimostra come il pur apprezzabile sforzo decennale del legislatore non consenta affatto di poter ritenere archiviato il fenomeno corruzione, anche perché il minore interesse mediatico che esso riscuote in questa fase non significa affatto, come dimostrano le esperienze precedenti, che esso sia in fase definitivamente recessiva.

La strada tracciata, invece, sembra, pur con tutti gli indicati limiti, quella da perseguire con convinzione, anche perché è quella prefigurata dagli strumenti internazionali; sono certamente necessari ed opportuni correttivi dal punto di vista normativo mentre non è affatto auspicabile che si vada verso una sostanziale cancellazione di tutte le novità introdotte, perché questa scelta finirebbe certamente per rappresentare un arretramento per l'immagine internazionale del Paese oltre che uno spreco di un lungo e comunque proficuo lavoro legislativo ed attuativo fatto in questi anni.

Del resto, bisogna ricordare quanto da sempre viene affermato da tutti gli studiosi della materia; non basta per un efficace contrasto alla corruzione solo produrre norme e regole, per quanto in astratto ben scritte, ma c'è bisogno anche (se non soprattutto) di un mutamento dell'approccio culturale, che richiede tempi non brevi e costanza nelle scelte politiche e amministrative.

⁸⁴ Nell'esame della giurisprudenza della cassazione vi è un'unica decisione relativa all'attenuante di cui all'art. 323-bis c.p. (Cass. sez. VI, 10 marzo 2021, 99261) ed una anche con riferimento alla causa di non punibilità (Cass. sez. VI, 7 luglio 2021, n. 34562).

La stanchezza della minaccia vana (note sparse a dieci anni dalla “legge Severino”)

Alberto Di Martino

Il contributo riflette criticamente sulle tendenze politico-criminali e applicative che hanno segnato il decennio successivo all'approvazione della legge anticorruzione del 2012 (cd. legge Severino), con particolare riferimento agli atteggiamenti culturali che hanno accompagnato la riforma e con i quali essa è stata recepita in particolare dalla giurisprudenza. In particolare, quanto alla giurisprudenza, il lavoro riflette sugli aspetti di metodo, sul rapporto fra regole astratte e caso concreto nella formazione del diritto vivente, sulla distinzione fra casi facili e casi difficili e sull'abuso di questa coppia concettuale. Infine si sofferma su una delle sfide culturali più importanti in materia di corruzione, cioè le innovazioni necessarie quanto alla raccolta dei dati empirici, proponendo di istituzionalizzare le analisi e le valutazioni di impatto della regolazione, con adeguata formazione di tutti i soggetti chiamati ad effettuarle, prima di procedere ad ogni ulteriore iniziativa legislativa in materia penale.

1. Premessa

Le ricorrenze possono avere il sapore amaro del ricordo di speranze, “ameni inganni”; e, più che ad un bilancio, metter davanti al resoconto di sofferti cicli d'una precoce manutenzione ordinaria, iniziata a ridosso dell'immissione sul mercato come se il prodotto tecnologico avesse manifestato troppo presto difetti di funzionamento, o avesse un *design* non confortevole agli utenti. Nell'acquario penale (quel ch'è stato etichettato come il “minisistema” dei delitti di corruzione), potrebbe amareggiare la *rimembranza acerba* dell'illusione che il rinnovato arredo di fondale avrebbe depurato e reso più trasparente l'acqua, o sarebbe risultato pur

sempre familiare ai suoi principali ospiti, che invece vi si sono trovati comunque con una sensazione di straniamento.

Mettendo da un canto le metafore, sembra possibile affermare che le modifiche agli arnesi penali e l'ossessivo aggravamento delle pene principali nel corso degli anni non abbiano prodotto alcuna apparente incidenza sui livelli della corruzione; né le profonde modifiche apportate alle principali fattispecie incriminatrici hanno agevolato il lavoro degli interpreti, insoddisfatti per l'eccessiva frammentazione, soprattutto non quello dei giudici, subito divisi nell'interpretare regole pur forgiate con l'intento di recepire, dandovi credito col sigillo parlamentare, acquisizioni giurisprudenziali ormai consolidate.

Da queste note il lettore non si aspetterà una rassegna analitica delle evoluzioni legislative, puntualmente descritte in tutti gli aspetti di dettaglio nei generi letterari canonici, dai commenti articolo per articolo alle trattazioni monografiche¹. Si tratta di una letteratura sempre più attenta, sempre più velocemente pronta, sempre più fitta di voci articolate e intessuta di sfumature (soltanto lasciando talvolta l'impressione che la stadera per misurare la quantità di pagine vergate sia sfuggita di mano e quasi impazzita), che sembra davvero difficile poter aggiungere qualcosa, anche di riassuntivo; lo stesso genere delle analisi consuntive è adeguatamente rappresentato². Nell'ottica di riflettere su tendenze e sfide che a partire dalla riforma Severino è possibile individuare dal

¹ Alle soglie della riforma, v. ad es., limitandoci qui a lavori monografici, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione e della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto 'integrato'*, Torino, 2012; nonché il monumentale V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012; fra i lavori successivi cfr. V. SCALIA, *La corruzione: a never ending story. Strumenti di contrasto e modelli di tipizzazione nel panorama comparato e sovranazionale*, Torino, 2020; R. BORSARI, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, Torino, 2020; C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull'opportunità di uno statuto penale differenziato*, Milano, 2020; Sulla nuova fattispecie d'induzione indebita, F. RIPPA, *L'induzione del pubblico agente. Un'indagine fra tradizione giuridica e nuovi orizzonti normativi*, Roma, 2020; M. PIERDONATI, *I confini dell'induzione indebita. Il valore euristico dei casi problematici*, Napoli, 2018. Sulla corruzione privata E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018.

² Cfr. ad es. R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla "Riforma Severino"*, Padova, 2015; G. COCCO, *La corruzione generica a quattro anni dalla riforma. Questioni dogmatiche e applicative*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 7 ss.; N. AMORE, *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica. Una breve ricognizione politico-criminale della legislazione anticorruzione degli ultimi trent'anni*, consultabile online in *disCrimen* del 27.11.2019.

punto di vista specificamente penalistico, sembra invece più fruttuoso concentrare l'attenzione su alcuni aspetti di metodo: con riferimento non tanto al prodotto normativo, quanto agli atteggiamenti culturali che hanno accompagnato l'introduzione o la modifica delle regole, o con cui queste sono state recepite dai diversi destinatari. In questa sede ci si concentrerà sugli atteggiamenti che ha assunto la giurisprudenza di fronte ad un'indiscutibile modifica del paradigma tradizionale di repressione della corruzione; questo interesse è dettato essenzialmente, se si vuole, dal limite delle competenze di chi scrive, pur se non esclude la consapevolezza che i destinatari delle regole penali non sono soltanto i giudici, ma anche tutti i soggetti chiamati ad operare nel complesso sistema della cosiddetta giustizia penale; oltre che, è appena il caso di aggiungere, i cittadini.

Così precisati i limiti di questo lavoro, saranno affrontati essenzialmente i seguenti aspetti: premessa una sommaria ricapitolazione delle evoluzioni normative che hanno scandito il decennio appena trascorso (§ 2), si darà conto degli atteggiamenti interpretativi con i quali, soprattutto nella giurisprudenza penale, sono state accolte le principali innovazioni sostanziali della legge del 2012 (§ 3); saranno concisamente illustrate le questioni considerate come tuttora aperte: non tanto con riguardo al merito delle soluzioni proposte, quanto nel quadro degli atteggiamenti culturali e specificamente metodologici con cui le riforme sono state recepite (§ 4); infine ci si soffermerà brevemente su quella che dovrebbe essere considerata come una delle sfide culturali più importanti in materia di anticorruzione³: innovare seriamente la raccolta dei dati in direzione interdisciplinare, nonché istituzionalizzare – eventualmente centralizzare anche a mezzo di una generale informatizzazione – le analisi e valutazioni di impatto della regolazione, con adeguata formazione di tutti i soggetti chiamati ad effettuarle, prima di procedere a qualunque ulteriore azione che comporti modifiche, foss'anche con le migliori intenzioni, del sistema penale e delle incriminazioni in particolare (§ 5).

³ Per il concetto di "anticorruzione" cfr. di recente F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Roma, 2021, *ad vocem*.

2. Dieci anni in pillole

2.1 Linee portanti

La cifra caratterizzante gli aspetti penalistici della riforma operata con la legge 190/2012 è stata, semplificando all'osso, quella di schierare le linee della repressione in una sorta di *acies triplex*, di triplice linea di risposta: modifica delle fattispecie di corruzione in senso stretto, introducendo in particolare un nuovo reato di corruzione per l'esercizio della funzione; modifica della fattispecie di concussione, tradizionalmente considerata come tipicamente italiana; affiancamento al "vecchio" millantato credito di una più aggiornata incriminazione del c.d. traffico di influenze.

La prima linea di riforma esprimeva il riconoscimento legislativo di un orientamento giurisprudenziale molto noto e dibattuto, formatosi nell'esperienza di 'Tangentopoli', che applica comunque lo schema corruttivo alla realtà criminologica rappresentata da una vera e propria messa a libro paga dei pubblici funzionari, pur senza identificare uno specifico atto oggetto di compravendita.

La seconda linea di riforma era volta a dare risposta soprattutto a pressioni internazionali, volte a far riconsiderare all'ordinamento italiano la natura del rapporto tra soggetto privato e pubblico funzionario al di fuori di situazioni di vera e propria costrizione (soprattutto nel caso di transazioni economiche internazionali).

Infine, il nuovo reato di traffico di influenze – pure sollecitato, anche se tecnicamente non imposto, da una convenzione internazionale – intendeva attrarre nell'orbita del diritto penale situazioni molto anticipate rispetto ad un eventuale accordo corruttivo, ma che ne costituiscono, nell'ottica del legislatore, un fertile terreno di rischio: è il regno dei c.d. faccendieri.

Con periodicità pressoché triennale si sono poi susseguiti altri interventi legislativi, che potrebbero essere rappresentati come di tipo meramente cosmetico, nel senso cioè che non modificano le fondamentali linee della riforma del 2012, ma intervengono con ritocchi giustificati da considerazioni di efficienza (o, il che è lo stesso, dalla constatazione o dal sospetto della inefficacia del grande intervento riformatore del 2012). Il centro estetico, insomma, è rimasto sempre aperto.

Innanzitutto, con legge 69/2015, l'incarico di pubblico servizio torna ad essere soggetto attivo della concussione, dalla quale era stato estro-

messo sul presupposto che una vera e propria costrizione potesse essere esercitata soltanto da un pubblico ufficiale; una logica, questa, sepolta dalla realtà dell'ordinamento amministrativo, davanti alla quale il diritto penale appare gravemente scollato⁴. In effetti, il diritto amministrativo riconosce all'incaricato di un pubblico servizio una sfera di poteri che potrebbero essere abusivamente esercitati nei confronti del soggetto privato allo stesso modo, e forse persino più intrusivamente che non quelli del pubblico ufficiale. Si provvede inoltre ad un ulteriore inasprimento delle cornici edittali previste per tutti i reati di corruzione.

L'intervento è seguito a note vicende di cronaca, nelle quali è emersa ancora una volta una realtà di corruzione sistemica in ambiti locali ma di grande rilievo: si tratta in particolare delle vicende cosiddette di mafia capitale⁵, o 'Tangentopoli romana'. Il disporsi di rapporti corruttivi in modalità sistemiche seppure in ambito locale (per quanto molto rappresentativo, coinvolgendo la capitale dello Stato) non deve peraltro stupire, se si pone mente al fenomeno del c.d. *corruption displacement* evidenziato da studi politologici: si tratta dello spostamento della corruzione che si disloca dall'ambito nazionale a quello locale, quale effetto collaterale avverso della concentrazione dell'attività repressiva sul livello politico nazionale⁶.

La risposta, prevedibile quanto banale, è stata nel senso di un generalizzato inasprimento delle pene principali – soprattutto nell'ottica di incidere sulla prescrizione e sull'applicabilità di altri istituti premiali – nonché di un aggravamento delle pene accessorie. Come caratteristica significativa della riforma del 2015 si può indicare, peraltro, l'introduzione di una forma inedita di riparazione pecuniaria: con la sentenza di condanna per i delitti espressamente indicati, è sempre ordinato il pagamento di una

⁴ Sul tema sia sufficiente rinviare a V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Torino, 2010, partic. p. 123 ss.

⁵ In senso critico, v. l'intelligente divulgazione di C. VISCONTI, *La mafia è dappertutto. Falso!*, Bari-Roma, 2016, specialm. il cap. II. In generale, una lettura del nuovo volto della corruzione alla luce della propria specialissima esperienza è offerta da P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Roma-Bari, 2017.

⁶ Cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, l'analisi di E.F. WOODHOUSE, *Accountability and corruption displacement: evidence from Italy*, in *Journal of Public Policy* (2022), 42, pp. 730-754 (spec. 732 e 748 ss.).

somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico funzionario, e ciò appunto a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione a cui questi appartiene o in favore dell'amministrazione della giustizia nel caso di corruzione giudiziaria, impregiudicato il diritto al risarcimento del danno. Si tratta di un istituto a natura sostanzialmente punitiva, che «si connota per l'intento di rafforzare l'efficacia general-preventiva e retributiva dell'apparato sanzionatorio»⁷.

Ancora a quest'altezza temporale, dunque, le strategie anticorruzione sono centrate sul diritto penale ed in particolare puntano ad un ulteriore potenziamento dell'arsenale sanzionatorio (poco importa capire se per ragioni di semplice simbolismo populistico o per esibita ignoranza o per entrambi i motivi). Ma, come si vedrà, è atteggiamento che, almeno quanto all'ossessione per l'innalzamento delle pene edittali, si rivelerà caduco: l'ineffettività di tale strategia nel contenimento della corruzione sarà riconosciuta di lì a breve.

Per quanto non direttamente collegata alla materia penale, dev'essere inoltre registrata la legge 179/2017 sul *whistleblowing*, volta a migliorare ed estendere l'applicazione di uno strumento considerato importante nell'emersione dei fenomeni corruttivi e particolarmente raccomandato a livello internazionale⁸. Da un lato sono apportate modifiche alla previsione già introdotta dalla legge Severino per il settore pubblico, dall'altro lo stesso istituto, cioè un sistema di tutele per dipendenti o collaboratori che effettuano segnalazioni circostanziate relative alla commissione di illeciti o alla violazione del modello di organizzazione gestione o controllo, conosciuti in ragione delle funzioni svolte, è introdotto per il settore privato, con una integrazione del d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi.

⁷ Cfr. ad esempio, in questi termini, R. BORSARI, *La corruzione pubblica*, cit., p. 76, ove ulteriori riferimenti.

⁸ Per una prima descrizione del contenuto della legge cfr. G. CARDINALE, *Whistleblowing: tra disciplina di settore e interventi di riforma*, in *Giur. Pen. web*, 2018, 6, p. 1 ss. Al tema è dedicato il volume di A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del I Convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria"* - Milano, 18-19 novembre 2019, Milano, 2020. La letteratura internazionale è vastissima; cfr. soltanto, in prospettiva comparata (che comprende 23 Paesi), G. THÜSING, G. FORST (eds.), *Whistleblowing. A Comparative Study*, Springer, 2016; nonché H.C.L. YURTAGÜL, *Whistleblower Protection by the Council of Europe, the European Court of Human Rights and the European Union*, Springer, 2021.

Infine, la riforma operata con legge n. 3/2019, notoriamente passata alle cronache come legge “spazzacorrotti”, trova la sua dichiarata ragione nella persistenza di un alto livello di corruzione percepita, nonché nella presa d’atto del persistente carattere diffuso, seriale, sistematico della corruzione in senso stretto e di altri reati contro la pubblica amministrazione: un fenomeno endemico, che alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza, costa alla collettività un prezzo elevatissimo, in termini sia economici sia sociali⁹. Anche in questo caso, non mette conto indugiare sugli elementi di dettaglio; la strategia dispiegata è triplice.

In primo luogo, sono disposti inasprimenti – giudicati talvolta ai limiti del ragionevole – del complessivo trattamento sanzionatorio dei reati corruttivi, valorizzando in particolare le pene accessorie.

Inoltre, è introdotta una causa di non punibilità per il corrotto pentito, volta a perseguire una maggiore efficacia preventiva rispetto alla riduzione di pena già prevista dalla legge del 2012.

Infine, ma non da ultimo, la legge punta al potenziamento degli strumenti investigativi (intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l’inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile; estensione ai delitti puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni del regime speciale previsto per i delitti di criminalità organizzata e terroristica, con particolare riferimento all’intercettazione ambientale tramite captatore informatico all’interno del domicilio, a prescindere dall’esistenza di un fondato motivo per ritenere che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa; estensione ai più gravi delitti contro la p.a. delle operazioni sotto copertura).

La strategia politico-criminale perseguita dall’ultima riforma intende tuttavia presentarsi differente da quella che ha informato il *trend* legislativo degli anni trascorsi, pur nel quadro del complessivo aggravamento sanzionatorio. Ferma restando la tendenza al rigore, in effetti, è affermato che ulteriori interventi di diritto penale sostanziale non consentirebbero

«di realizzare l’obiettivo prefissato dal legislatore in termini di maggiore incisività nell’azione di contrasto e repressione del fenomeno

⁹ Fra tanti, R. BORSARI, *La corruzione pubblica*, cit., p. 79.

corruttivo, come dimostrano le comparazioni e le rilevazioni statistiche effettuate nel corso dell'istruttoria, nonché le analisi della giurisprudenza e i contributi dottrinari disponibili. I dati statistici elaborati dalla direzione ministeriale competente, in particolare, evidenziano come al sensibile e progressivo inasprimento delle pene previste per i delitti contro la pubblica amministrazione adottato dalle precedenti riforme normative non corrispondono significative correlazioni con il numero dei reati accertati e delle condanne definitive, stante l'esiguità dei reati accertati in giudizio e la sostanziale indifferenza del loro numero ai mutamenti edittali¹⁰.

Nel complesso di un quadro ancora caratterizzato da una "tolleranza-zero" tanto sbandierata quanto frustrata dalla sua inanità, qual nota vagamente ottimistica potrebbe meritare di essere sottolineato proprio l'avvenuto riconoscimento, in sede legislativa, della vacuità di ulteriori aumenti delle cornici edittali. Per quanto una tale ammissione si accompagni pur sempre ad un aggravamento complessivo del trattamento sanzionatorio, come si è accennato, potrebbe trattarsi di una consapevolezza che va gradualmente consolidandosi, orientando la gestione dei fenomeni corruttivi verso i lidi della prevenzione, non soltanto sotto un profilo strettamente giuridico.

2.2 *Una storia parallela: l'abuso di ufficio (cenni)*

La storia delle vicende normative occorse nel decennio post-Severino non sarebbe completa se non si dedicassero almeno pochi cenni ad una "storia parallela", cioè alle vicende normative e giurisprudenziali che

¹⁰ Cfr. Ministero della giustizia, ufficio legislativo, analisi di impatto della regolamentazione (AIR) sullo schema di disegno di legge recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza e controllo dei partiti e movimenti politici", p. 2. E prosegue: «il potenziamento degli strumenti di contrasto del malaffare dilagante non può esaurirsi nell'inasprimento sanzionatorio, destinato a rimanere privo di effettività se non accompagnato da efficaci strumenti di prevenzione e accertamento dei reati. Del resto, il sensibile e progressivo inasprimento delle pene previste per i delitti contro la pubblica amministrazione a partire dalla riforma adottata nel 1990 (con legge 26 aprile 1990, n. 867) e, più marcatamente, dal 2012 (con le leggi 6 novembre 2012, n. 190 e 27 maggio 2015, n. 69) - pur sortendo l'effetto di prolungare i termini di prescrizione dei reati - non presenta una significativa correlazione con il numero dei reati accertati e delle condanne definitive, come le statistiche del Ministero della giustizia - Direzione generale di Statistica e Analisi organizzativa rivelano».

hanno interessato il reato di abuso di ufficio¹¹, per quanto si tratti d'una storia le cui ragioni, dimensioni, esiti fuoriescono largamente dall'oggetto di questo scritto.

Per quanto la legge del 2012 si sia limitata ad un ritocco verso l'alto della cornice editale risultante da precedenti riforme¹², senza intervenire sulla fattispecie interessata già a quell'epoca da controverse vicende applicative, proprio queste vicissitudini sono inestricabilmente legate all'ambito ed alle sorti della galassia dei reati di corruzione.

Concepito come estremo baluardo contro condotte non altrimenti qualificabili, l'abuso d'ufficio ha sempre costituito, in effetti, una sorta di reato-spia di condotte più gravi, fra le quali appunto quelle corruttive. Questo può spiegare come la fattispecie di reato, per quanto tecnicamente residuale, che cioè si applica «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato», abbia sempre ricoperto un ruolo strategico, prospettandosi in concreto a dispetto della sussidiarietà in astratto. In questa sua veste di reato residuale ma minacciosamente pervasivo, inoltre, l'abuso d'ufficio è stato sempre affetto da un deficit di determinatezza e dunque da una malleabilità applicativa la quale percorre lunghe stagioni d'incursione del sindacato penale nell'attività dell'amministrazione pubblica. A partire dalla notissima riforma del 1990, con reiterati interventi il legislatore ha cercato di definire in modo più preciso la condotta di "abuso", in realtà progressivamente restringendone la portata applicativa sia sul piano oggettivo¹³ sia su quello soggettivo¹⁴.

¹¹ Sia sufficiente citare qui il recente lavoro di E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta - Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Università di Trento, collana della Facoltà di giurisprudenza, vol. 38, 2022, il cui cap. 1 è interamente dedicato alla ricostruzione delle modifiche normative che hanno interessato l'articolo 323 c.p. A questo lavoro si rinvia anche per ogni opportuno richiamo di bibliografia.

¹²La pena passa da sei mesi a tre anni ad un anno e quattro anni di reclusione.

¹³ Mentre nella versione originaria ed in quella modificata nel 1990 (l. n. 86/1990) il fatto era costituito da un abuso caratterizzato dal dolo specifico, cioè il fine di procurare vantaggio o di recare danno, a partire dall'ulteriore modifica del 1997 (l. n. 234/1997) la fattispecie richiede un vero e proprio evento (procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o arrecare un danno ingiusto); inoltre, la condotta dev'esser qualificata da un requisito modale, perché si conferisce rilevanza soltanto ai casi di «violazione di norme di legge o di regolamento», o di omessa astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti».

¹⁴ Ciò è stato perseguito, con la riforma del 1997, richiedendo espressamente il dolo intenzionale.

Tuttavia è altrettanto noto che il «modello minimalista e residuale» non è stato rispettato a lungo dalla giurisprudenza: come è stato osservato, «l'ambito di (potenziale) rilevanza penale rischiava (...) di ridursi alla sola e assai marginale attività vincolata (...) divenendo tanto asfittica da risultare completamente inutile»¹⁵. Di qui le dilatazioni applicative, in particolare ai casi di sviamento di potere pur in assenza di una formale violazione di legge o regolamento (concetti già problematici in sé, come il regolamento, o divenuti tali nell'esegesi, come nel caso del concetto di «legge», esteso fino a comprendere i generali principi costituzionali sull'amministrazione); la Cassazione cristallizza la sua posizione in tal senso proprio alla vigilia della riforma Severino¹⁶.

Di recente, una delle estensioni applicative più controverse affiorate nella prassi ha riguardato, non a caso, un campo di interferenza con l'ambito dell'anticorruzione: quello del ricorso, quale parametro dell'abuso, alla violazione delle linee guida dell'ANAC¹⁷. Per quanto la questione applicativa specifica sia nuova, e le diatribe siano state da subito roventi, si è trattato dell'ulteriore manifestarsi di un problema strutturale risalente, rispetto al quale la posizione giurisprudenziale si è definita in termini del tutto coerenti con una linea culturale profondamente assestata nel tempo. Si è trattato dell'ennesima emersione della faglia sotterranea che scorre da tempo sotto il territorio di confine fra esercizio dei poteri amministrativi e controllo del giudice penale, e la cui persistenza non può essere spiegata senza considerare, come è stato sottolineato, che negli ultimi vent'anni del Novecento si è assistito ad un «salto di qualità» rispetto a quelle realtà corruttive documentabili almeno dagli inizi del secolo scorso, e in realtà sin dall'Italia postunitaria. Ma «la spaventosa crescita quantitativa dei fenomeni illegali, (...) rappresenta in sé quel salto di qualità: il passaggio da realtà illegali importanti, ma localizzabili, a veri e propri fenomeni che affondano nel tessuto connettivo della vita

¹⁵ S. FIORE, *Abuso d'ufficio*, in S. FIORE, G. AMARELLI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2ª ed., 2021, p. 283.

¹⁶ Cass. S.U. 29.9.2011 n. 155, ad es. in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/S.U.%20Rossi%20DPC.pdf>.

¹⁷ C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2020, p. 285.

sociale di ogni giorno (...) È in un simile contesto che la magistratura italiana si è trovata ad operare¹⁸.

La reazione dei pubblici amministratori, soprattutto locali, alla minaccia incombente della contestazione dell'abuso d'ufficio ha portato tuttavia – secondo una visione corrente che forse, tuttavia, meriterebbe di essere riconsiderata –¹⁹ ad un fenomeno noto come amministrazione difensiva (giornalisticamente detta “fuga dalla firma”), cioè «un approccio alla gestione della cosa pubblica caratterizzato dall'adozione di criteri di cautela estrema, che arriva fino alla paralisi decisionale, da parte dei pubblici funzionari, preoccupati di incorrere nei rigori della legge penale»²⁰. L'amministrazione difensiva indica dunque un comportamento assunto durante un processo decisionale, volto piuttosto all'autotutela del soggetto decisore rispetto ai rischi che la decisione da prendere

¹⁸ L. MARINI, *La corruzione politica*, in L. Violante (a cura di), *La Criminalità, Storia d'Italia. Annali*, vol. 12, Torino, 1997, p. 368.

¹⁹ S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Riv. it. di public management*, vol. 3, n. 2, 2020, p. 342 ss. Si tratta di un'indagine statistica basata sulla distribuzione di un questionario molto articolato (con domande situazionali e domande sulla percezione del rischio), poco conosciuta in ambito giuridico-penale, che riteniamo invece di grande interesse. Svoltata da due economisti, nelle conclusioni (pur provvisorie e problematiche) si sottolinea come il riferimento all'amministrazione difensiva non sia ascritto specificamente ai rischi penali, ma alla duplice circostanza, da un lato, della difficoltà di una normativa confusa sul piano del diritto amministrativo e, dall'altro lato, alla carenza di formazione specifica, in particolare sulla materia degli appalti. Può essere interessante notare, inoltre, che quando la domanda circa il comportamento “difensivo” non è posta in modo diretto, i comportamenti riferibili all'amministrazione difensiva non sembrano particolarmente significativi all'interno della categoria del responsabile unico del procedimento, ammontando a non più del 10 o 20% delle decisioni prese; quando invece la domanda è posta in modo per così dire frontale, le risposte profilano uno scenario del 30-50%. Ancora, i rimedi di fronte ai comportamenti di amministrazione difensiva sono indicati prevalentemente, dagli stessi funzionari, nel potenziamento della formazione, nel miglioramento degli incentivi volti a premiare la rapidità delle decisioni, nel miglioramento degli incentivi di carriera, oltre che nel potenziamento del sistema dell'assicurazione professionale contro i rischi della responsabilità erariale. Si tratta dunque di soluzioni che non hanno nulla a che vedere con l'ambito penalistico, sul quale invece sembrano essersi concentrati i rimedi messi in cantiere in sede legislativa, in cui la discussione ruota, in termini comprensibilmente molto conflittuali, attorno all'abolizione o meno dell'abuso d'ufficio. Cfr., quanto alle proposte di legge in cantiere, i d.d.l. 2145 «Modifica dell'articolo 323 del codice penale in materia di reato di abuso di ufficio», 2279 «Modifica all'articolo 54 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, ecc.», 2324 «Disposizioni in materia di responsabilità penale» (*Atti Parlamentari - Senato, XVIII Legislatura*).

²⁰ Così nella manualistica penale riassume il fenomeno, ad es., S. FIORE, *op. cit.*, p. 278.

comporta, che non alla scelta migliore per l'organizzazione pubblica in cui il decisore esercita le funzioni.

D'altronde, il raggiungimento della soglia di intollerabilità nei rapporti fra sindacato penale ed amministrazione sembra essere avvenuto in concomitanza con la diffusione di un dato statistico, ripreso anche dai commentatori: «Sulla base dei dati forniti dal Ministero della Giustizia, nell'anno 2021, su 5.418 procedimenti definiti dall'ufficio GIP/GUP, le archiviazioni sono state 4.613 (di cui 148 per prescrizione); quanto alle sentenze di condanna, ne sono state pronunciate 9, con 35 patteggiamenti, mentre sono stati 370 i decreti che hanno disposto il giudizio. All'esito del dibattimento, poi, su 513 procedimenti definiti le condanne sono state 18 (a fronte di 37 nel 2020 e di 54 nel 2019) e le assoluzioni 256»²¹. L'accusa iniziata sui presupposti di un abuso si rivela infondata in una percentuale intollerabile di casi; tanto intollerabile, da delegittimare i presupposti dell'intervento penale.

È proprio in questo contesto che maturano le condizioni per il più recente intervento legislativo, operato con il d.l. 74/2020 convertito in l. 11.9.2020, n. 120. Nel richiedere in particolare la violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» (con eliminazione *tout court* dei regolamenti), il legislatore palesa nel modo più trasparente l'intenzione di sottrarre al sindacato penale l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Un'intenzione sempre costante nel tempo a partire dalle riforme degli anni Novanta, ed altrettanto costantemente contrastata da una giurisprudenza insofferente²².

V'è da chiedersi se la riforma dell'abuso si ponga in controtendenza rispetto alla severità della legge c.d. spazzacorrotti. Per quanto la ricerca di una reale coerenza politico-criminale nell'agitarsi del legislatore sia comunque opera vana (salvo ravvisarla nel pericoloso collante del cosiddetto populismo penale), si potrebbe osservare che le due riforme si collocano su piani distinti in termini di politica del diritto e questo

²¹ La citazione è tratta da C. CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso di ufficio*, in *Sistema penale (online)*, 23.1.2023, cui si rinvia per riferimenti bibliografici ulteriori.

²² Per un quadro riassuntivo dell'applicazione giurisprudenziale cfr. da ultima E. MATTEVI, *L'abuso d'ufficio*, cit., cap. II (p. 123 ss.).

renderebbe in qualche misura semplicistica non soltanto una valutazione in termini di “inversione di rotta”, ma anche una vera e propria comparazione.

Mentre la riforma in tema di corruzione in senso stretto mira (anche) a rendere più efficiente la pubblica amministrazione, eliminando – tramite una repressione penale *efficace* – le cause di disfunzione, la riforma in materia di abuso del pubblico funzionario mira (esclusivamente) a rendere più efficiente la pubblica amministrazione, eliminando – tramite il *limite* ad una repressione penale *inefficace e come tale dannosa* – la (pretesa) causa di disfunzione; e la disfunzione, in questa prospettiva, sarebbe rappresentata dall’agire con cautela prossima all’inattività.

Nell’uno e nell’altro caso le direttive di scopo sembrano poggiare su assunti problematici, non adeguatamente forniti di riscontri empirici²³; questo vale soprattutto, come si è accennato (*retro* nel testo e in nota 19) per la questione dell’abuso, al di là dell’amplificazione massmediatica delle recriminazioni degli amministratori locali. Ma il tema, come si è anticipato, fuoriesce dai limiti del presente scritto.

3. Tre assi della riforma e loro ricezione: caratteri generali

Tracciare un bilancio della ricezione delle riforme nella comunità degli interpreti non è semplice, e probabilmente non molto sensato. Si tratta di un’abitudine che è stata possibile in stagioni culturali passate, nelle quali potevano essere distinte le ancora non così numerose voci, e confrontate e contrastate le une con le altre, ricostruite le tonalità e le sfumature di ciascuna, definite magari chiare posizioni “di scuola”. Oggi non sembra né possibile né sensata un’attività ricostruttiva di questo tipo; ci si può e ci si deve limitare a constatare che, in realtà, i giudizi sulla legge del 2012 (e sulla stagione da essa inaugurata) non sono affatto univoci. Non v’è dubbio che un cospicuo numero di voci sia critico, probabilmente in maggioranza (ma è ormai poco persuasivo pesare le opinioni in maggioritarie e minoritarie); parimenti è indubbio che altre, non poco

²³ Nel primo caso, la presunzione che una repressione penale efficace possa estirpare la corruzione e sia funzionale all’efficienza dell’amministrazione; nel secondo, che sia proprio la minaccia di subire un processo per abuso a paralizzare gli amministratori pubblici nell’esercizio dei poteri decisionali a contenuto discrezionale.

significative, lo siano meno; gli argomenti in un senso o nell'altro militano con ragioni che reclamano di essere ascoltate. È possibile che questa situazione s'inserisca in un più generale fenomeno di crisi epistemologica del sapere accademico²⁴; ad ogni buon conto, è comunemente riconosciuto nella comunità scientifica il prodursi anche in questa materia di due fenomeni rilevanti nell'esperienza giuridica contemporanea, in sé e per il loro reciproco intreccio: per un verso, la ricezione legislativa di scelte interpretative giurisprudenziali (è il caso della corruzione per esercizio della funzione); per altro verso, il recepimento nell'ordinamento nazionale di scelte di criminalizzazione internazionali o sovranazionali, o comunque di raccomandazioni provenienti da organizzazioni di cui pur sempre l'Italia fa parte nel contesto di quelle limitazioni di sovranità coperte dall'articolo 11 Cost. (sono i casi della controversa nuova fattispecie di induzione a dare o promettere utilità, e del traffico di influenze).

3.1 *Corruzione per l'esercizio della funzione*

Entra nel codice come erede della "scoperta" della corruzione sistemica nella stagione di Tangentopoli, e della strategia di risposta giudiziaria approntata – a diritto (allora) vigente – per farvi fronte: dilatare la tradizionale fattispecie di corruzione fino a prescindere dal requisito dell'atto di ufficio o, detto più chiaramente, applicare quella fattispecie anche quando fosse difficile o addirittura impossibile identificare uno specifico atto compravenduto. Questa difficoltà venne ricondotta alla sconvolgente scoperta della corruzione di un intero sistema economico-politico, realtà di contesto fino ad allora insospettata. La fattispecie del codice Rocco, nella sua versione originaria, poté apparire, per così dire, sepolta sotto uno strato di polvere depositato dal tempo: pensata per un «mariuolo isolato» (l'etichetta che ipocritamente si cercò di attribuire a Mario Chiesa), per situazioni "pulviscolari" – secondo un'espressione gergale diffusa – ed invece chiamata a sanzionare un «intreccio fraudo-

²⁴ EVOCO un fenomeno non solo complesso ma per il quale le mie letture si limitano a due riferimenti, peraltro recentemente considerati centrali nella discussione: P. COOK, *The University of Crisis*, in *American Journal of Economics And Sociology*, vol. 80, 1, 2021, p. 23 ss., p. 24, p. 26; J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, tr. it., Milano, (ed. Orig. 1979); B. READINGS, *The University in Ruins*, Cambridge Mass., 1996.

lento e perverso tra la politica e il mondo imprenditoriale italiano»²⁵, a partire dai colossi dell'economia: FIAT, ENEL, ENI, Olivetti, Fininvest. Il diritto penale fu coscritto a gestire macro-eventi offensivi per i quali la logica dell'imputazione individuale avrebbe potuto sembrare addirittura inappropriata, perché arbitrariamente selettiva e quindi profondamente disuguale.

Ancora in recenti saggi storiografici si ricorda come una delle personalità più influenti e drammaticamente coinvolte da quelle vicende, Bettino Craxi, avesse invocato una "soluzione politica" per Tangentopoli: «l'Italia sembrava un paese sull'orlo di una rivoluzione civile»²⁶. In questo contesto, l'applicazione dilatata degli strumenti penali esistenti può essere riguardata retrospettivamente da una luce diversa. L'allentamento del principio di legalità penale, per un verso, può apparire ormai indiscutibile; per altro verso, si potrebbe osservare che proprio la gestione con gli strumenti giuridico-penali di quel conflitto abbia consentito di mantenere la funzione complessiva del diritto, del sistema giuridico, come mezzo di composizione dei conflitti sociali, o comunque in qualche misura contribuito a preservarla. In altri termini, la dilatazione della "legalità penale" è stato il prezzo pagato per mantenere un sorta di paradossale, contingente tenuta della "legalità generale" – meglio si direbbe, della legittimità del sistema nel suo complesso di fronte all'emergere, negli anni successivi inarrestabile, di atteggiamenti e valori antipolitici, quasi uno «scongelo di posture e comportamenti antichi, tipici di ampie fasce popolari e di una parte predominante della piccola e media borghesia nazionale, che la rottura resistenziale e il clima della guerra fredda avevano ibernato, ma ora riaffioravano come fossili ancora vitali». Si stava andando «verso la disillusione nei riguardi della politica, il rifiuto dei partiti con le loro stanche liturgie, la crescente sfiducia nelle istituzioni rappresentative, l'irrelevanza dei corpi intermedi, l'esaltazione del cambiamento per il cambiamento e la spasmodica attesa di un uomo sempre nuovo e risolutore, cavaliere o capitano di ventura che fosse, con

²⁵ M. GOTOR, *L'Italia nel Novecento. Dalla sconfitta di Adua alla vittoria di Amazon*, Torino, 2019, p. 432.

²⁶ M. GOTOR, *op. cit.*, 435.

tutta l'energia di un finto antisistema»²⁷. La fede nei magistrati del 'pool di Mani Pulite poteva dar l'immagine di aver la capacità di incanalare queste pulsioni verso la residua fiducia, per sineddoche, in una parte almeno del sistema istituzionale, quello incarnato dalla magistratura; ma la storia ha poi preso un'altra via.

Venuta meno la fiducia nella magistratura per ragioni che qui non è possibile prendere in considerazione, finita la "grande ideologia" che divideva il mondo in due grandi sistemi valoriali e politici, destra e sinistra, stava sorgendo la Repubblica dell'antipolitica, una fase storica misurata in circa venticinque anni dal 1994, anno della cosiddetta discesa in campo di Silvio Berlusconi e caratterizzata, in termini generalissimi, da un crollo di autorevolezza del Parlamento agli occhi dell'opinione pubblica nazionale e, almeno in determinati casi, internazionale. Alcune vicende direttamente significative quanto all'argomento che ci occupa, hanno segnato, secondo il giudizio di uno storico, il punto più basso di questo processo: il ricordo va al giorno «5 aprile 2011, quando i deputati del centro destra votarono compattamente che il Presidente del Consiglio Berlusconi, allorché nel 2010 aveva telefonato alla questura di Milano per ottenere il rilascio di una minorenni di origine marocchina di nome Ruby, frequentatrice della sua residenza privata di Arcore, lo aveva fatto in quanto la credeva nipote del presidente dell'Egitto Hosni Mubarak»²⁸. Alla fattispecie chiamata in causa anche da questa vicenda, la concussione che, come si è visto, sarà modificata proprio di lì a poco con la legge Severino, dedicheremo le osservazioni che seguono.

3.2 Concussione per costrizione e induzione indebita a dare o promettere utilità

La seconda profonda innovazione del sistema dei delitti commessi dai pubblici funzionari si ricollega, come accennato sopra, ad un contesto parzialmente diverso, quello del rapporto fra diritto penale interno e obblighi o suggerimenti di criminalizzazione provenienti dal diritto internazionale pattizio. La riforma della fattispecie di concussione è infatti

²⁷ M. GOTOR, *op. cit.*, 451.

²⁸ M. GOTOR, *op. cit.*, p. 488 s., al quale faccio riferimento anche il cenno poco sopra, nel testo, alla "Repubblica dell'antipolitica".

comunemente ricondotta, come si è già accennato, alle “pressioni” esercitate in particolare nel contesto della partecipazione dell’Italia al sistema della convenzione OCSE sulla corruzione nelle transazioni economiche internazionali²⁹. Anch’essa è stata oggetto di contrastanti valutazioni fra gli studiosi e sin da subito di contrasti giurisprudenziali sfociati in una nota sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite, sulla quale si dovrà tornare specificamente (*infra*, § 4). Sin d’ora è necessario osservare come la riforma del 2012 avrebbe potuto o avrebbe dovuto segnare l’accettazione di un cambio di paradigma fondamentale il cui significato, quanto al modo di percepire il rapporto con i pubblici poteri, si dispiega ben al di là dell’esegesi della singola disposizione e dello stesso sistema dei delitti di corruzione.

L’atteggiamento culturale fondamentale sotteso alla logica della convenzione OCSE è che il pagamento indebito ad un pubblico funzionario, per quanto effettuato per ben chiare ragioni di tutela dei propri interessi economici da pressioni indebite, deve essere considerato, tendenzialmente, sempre illecito perché di natura sostanzialmente corruttiva. Da questo punto di vista “esterno” al diritto nazionale, ciò che è incompatibile con l’esigenza di reprimere la corruzione non è la fattispecie di concussione in quanto tale, perché della condotta del pubblico funzionario la convenzione si disinteressa; incompatibile è invece la “non punizione” del privato – nell’orizzonte culturale anglosassone si tratterebbe di una *defense* – che realizzi la condotta appena indicata. Per quanto possa risultare bizzarro, si è trattato di un fraintendimento, o meglio di un parlarsi fra sordi, che ha afflitto a lungo le discussioni nel contesto dell’attività del gruppo di lavoro istituito per il monitoraggio dell’esecuzione della convenzione: da un lato si obiettava all’ordinamento italiano, anche in ragione di interpretazioni dell’induzione ritenute troppo benevole, di concedere al privato una inappropriata *defense*, incompatibile con il sistema convenzionale; dall’altro si replicava che la concussione non era

²⁹ Cfr., volendo, A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 355 ss.

una *defense*, ma al contrario una *offence*, cioè una fattispecie di reato in cui il privato era vittima e dunque non poteva essere punito³⁰.

La punibilità del privato in questi casi, che legislatore ha ritenuto di separare dalla tradizionale ipotesi della concussione per costrizione in cui il soggetto deve essere considerato vera e propria vittima della condotta del pubblico agente, trova insomma la sua ragione nel ribaltamento radicale della prospettiva di valore dalla quale è considerata la condotta del soggetto che si risolve al pagamento indebito.

Questo cambiamento radicale deriva dall'adozione di una prospettiva sistemica: nell'arena economica globale la legittimità degli interessi economici individuali perseguiti non può tradursi automaticamente in una patente di legittimità di condotte di pagamento volte a garantirli ad ogni costo, con pregiudizio degli interessi concorrenti. Ogni interpretazione dell'assetto giuridico-penale realizzato dal legislatore non può che partire dal riconoscimento della profondità di questo cambio di prospettiva valoriale. Le opzioni talvolta tratteggiate per concettualizzare l'attitudine interpretativa nei confronti della riforma e di questo suo particolare aspetto – tutto è cambiato; nulla è cambiato; qualcosa è cambiato –³¹ non sono in realtà equivalenti. C'è una forte affermazione di valore circa il “dire no”: come è stato osservato,

«c'è chi ha la forza di dire no alle tangenti anche quando quella della corruzione sembrerebbe una strada sicura e redditizia. Qualcuno riesce a ribellarsi, facendo saltare il tavolo, anche dopo aver partecipato al gioco (...) Anche un solo onesto, infatti, può fare la differenza, inceppare gli oliati meccanismi della corruzione sistemica»³².

Le pressioni internazionali verso l'abrogazione del privilegio del privato esprimevano (esprimono) un quadro di valore opposto alla «propensione

³⁰ Questa diatriba ha un grande interesse sotto il profilo della metodologia del diritto comparato, ma non è possibile indugiare in questa sede.

³¹ Su questi approcci cfr. ad es. V. VALENTINI, *Le Sezioni Unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, p. 895 ss. (p. 896).

³² A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012, p. 124.

di politici, funzionari, cittadini o imprenditori a ricorrere alle tangenti, al pari di altre attività illecite», una propensione che «riflette (...) le caratteristiche delle convinzioni interiorizzate e la forza delle cerchie sociali di riconoscimento – nei partiti, nella burocrazia, nel mercato, nella società – che attribuiscono valore positivo il rispetto della legge». L'idea che il privato il quale, "indotto", paga, sia una vittima e cioè l'idea della vulnerabilità morale, è precisamente quello che non è accettato nel contesto internazionale. Qualche politologo, d'altronde, si è fatto carico di mostrare come un cambio anche rapido delle politiche anticorruzione, volte a sradicare abitudini ritenute parte integrante del costume corrente, è stato possibile in paesi fra l'altro non democratici come Singapore e Hong Kong, come pure in Georgia³³.

Non c'è dubbio, dunque, che tanto sul piano strutturale quanto sul piano valutativo, a prescindere per ora dalla questione tecnica della successione di norme, il giudizio sul rapporto tra privato e pubblico funzionario nei casi di semplice induzione – salvo identificare i contenuti di questa relazione – sia da considerare in termini non solo diversi, ma radicalmente opposti a quanto si fosse ritenuto fino ad allora. Una lettura tecnico-giuridica, se intesa nel senso di certificare tramite l'identità puramente linguistica anche l'identità della condotta dal lato del pubblico funzionario (di costrizione ed induzione si continua a parlare, pur nel quadro di una struttura ben diversa)³⁴ porterebbe a fraintendere il giudizio penalistico su quella relazione e dunque il senso generale della nuova fattispecie³⁵. L'intera dinamica dell'interazione tra pubblico funzionario e soggetto indotto è ora considerata in una nuova luce³⁶. Quando infatti il pubblico funzionario realizza una condotta non costrittiva, il privato che paga

³³ A. VANNUCCI, *op. cit.*, p. 253 ss. (ove ulteriori riferimenti bibliografici).

³⁴ Reato "monosoggettivo" con vittima nella prima versione; reato a pluralità soggettiva tipica, cioè con due o più autori necessari, nella versione rinnovata.

³⁵ Secondo M. DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro* (etc.), in *Cass. pen.*, 2014, 5, p. 1482 ss. (p. 1483), il ricorso al buon «vecchio tecnicismo giuridico» consentirebbe una più chiara ed onesta lettura della reale discontinuità normativa, evitando abusi derivanti da puri giudizi di valore. Qui ci si esprime in termini più scettici: non è il tecnicismo giuridico che può spiegare il cambiamento di prospettiva valoriale nel giudizio sul privato non costretto che paga al pubblico funzionario; e questo a prescindere dall'analisi tecnica sui rapporti intertemporali e le conclusioni che siano raggiunte in quella prospettiva specifica.

³⁶ In questa prospettiva è condivisibile M. DONINI, *loc. ult. cit.*

deve essere *in linea di principio* punito: potrebbe resistere e dunque dovrebbe anche resistere, perché non c'è (più) nessuna ragione giuridica per considerare questo comportamento come costretto e dunque come comportamento di una vittima.

E non si tratta affatto d'un giudizio moralistico, diversamente da quanto rimproverato da taluno. Né di un semplice riequilibrio di una situazione fittizia pre-riforma tipica del solo nostro ordinamento, nel quale si sarebbe abusato della non punibilità del privato "sostanzialmente" corruttore per ottenerne la collaborazione nella scoperta e punizione del corrotto. Si tratta invece di forzare, questo sì, un cambio di mentalità, sul presupposto che si possa essere cittadini maturi di un sistema democratico i quali, pur di fronte ad un abuso del pubblico funzionario, sanno di poter pretendere che l'amministrazione pubblica operi in qualità di servizio al cittadino, come Costituzione prevede, e non sia una ragione di potenza baronale; cittadini maturi, perché sanno che ci sono mezzi istituzionali per reagire all'abuso.

Non c'è pertanto nulla di abusivo in sé e per sé nel considerare ora coautore chi era calato giuridicamente – e non per una pretesa *Natur der Sache*, un'ontologica 'realtà delle cose' – nei panni di una vittima. Su questi aspetti torneremo più avanti (§ 4).

3.3 *Traffico di influenze*

Quanto all'ultima fattispecie attorno alla quale ruotano le scelte d'incriminazione della legge Severino, in verità anch'esse indotte da previsioni di strumenti internazionali della vincolatività delle quali si discute³⁷,

³⁷ Cfr. l'art. 18 della convenzione contro la corruzione delle Nazioni unite (https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf): «Trading in influence Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally: (a) The promise, offering or giving to a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person; (b) The solicitation or acceptance by a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage for himself or herself or for another person in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage». Su questi aspetti ad es. V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità im-*

costituisce una novità indiscussa quanto contestata. Ambisce a cogliere una realtà sociologica fondamentale, tentandone la traduzione in termini giuridici. La realtà sociologica o, se si vuole, criminologica di riferimento è quella di un sottobosco di soggetti coinvolti nell'organizzare, intessere, intrecciare rapporti che consentono di raggiungere accordi eventualmente anche corruttivi, e che operano realmente nell'organizzare e "regolare" le *relazioni* con i decisori politici e burocratici di riferimento. Si tratta, come è stato descritto in studi socio-politologici specializzati, di «una classe imprenditoriale parassitaria, preoccupata di curare le relazioni cui decisori politici e burocratici di riferimento (...) più che di innovare e gestire con efficienza le attività produttive». In questo contesto,

«contatti e transazioni tra tutti i partecipanti al gioco della corruzione sono facilitati dalla presenza di intermediari specializzati nel facilitare la buona conclusione degli affari, mettendo in contatto tra loro i soggetti interessati. I mediatori – che talvolta possono fregiarsi dell'altisonante titolo di faccendieri, a seconda del fatturato, del numero e dello status sociale dei clienti – assicurano una sponda fiduciaria a tutti quelli volenterosi di entrare in contatto, ma dubbiosi sulla buona fede degli interlocutori. Individuare partner disponibili, esplorare possibilità, condurre in porto negoziati, trasmettere materialmente le contropartite, assicurare una conclusione secondo le attese, socializzare alle regole della corruzione i neofiti: sono questi i principali compiti che normalmente l'intermediario – in cambio di un equo compenso, ossia di una quota dei proventi della corruzione – si accolla»³⁸.

Storicamente, si tratta di nuove figure di "garanti" che subentrano al sistema di garanzia dei partiti a seguito del loro disfacimento proprio dopo la stagione di Mani Pulite. In sostanza, i faccendieri rivestono il ruolo di garante del rispetto delle regole del gioco, «protagonista indiscusso di una rete di contatti»; «garanti individuali o comitati d'affari assicurano l'a-

palpabile (in *Dir.pub.com.eur.*, 3, 2022, ma cito dalla riproduzione in *Sistema penale*, 2.11.2022 (www.sistemapenale.it), spec. pp.4-6.

³⁸ A. VANNUCCI, *op. cit.*, rispettivam. p. 53, p. 58 s.

dempimento degli impegni, prevengono tensioni e attriti sull'osservanza delle norme, accrescono in ultima analisi l'impermeabilità a intrusioni esterne e la capacità di assorbire dissidi interni³⁹.

Proprio questa ineffabile realtà è stata tradotta in termini giuridici, faticosamente e con tratto confuso, nel fatto di chi sfrutta o vanta relazioni esistenti o asserite con un pubblico funzionario, e con ciò si fa dare o promettere indebitamente, per sé o per altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio. Questa la versione originaria della fattispecie incriminatrice appositamente creata.

Senza ripercorrere le critiche di dettaglio sulla struttura della fattispecie, è possibile tuttavia indicare la tara d'origine, il difetto fondamentale che la rende sostanzialmente incompatibile con il principio di determinatezza della fattispecie, al di là di ogni sforzo profuso dalla giurisprudenza che, lungi dall'essere espressione di senso dello Stato, sembra piuttosto espressione della tradizionale mancanza di coraggio nel censurare la violazione del principio di legalità da parte del legislatore. E questa fattispecie non può essere determinata, in assenza di una disciplina delle attività di rappresentanza degli interessi, il cosiddetto *lobbying*, rispetto alla quale essa dovrebbe assumere carattere sanzionatorio.

In realtà, quando appaia centrale l'esigenza di prendere in considerazione quelle attività e l'eventuale loro disciplina, la connessione con il diritto penale appare particolarmente problematica. In effetti, la stessa necessaria connessione tra regolazione del lobbismo e incriminazione del traffico di influenze potrebbe essere messa in discussione.

Le strategie di regolazione di questo fenomeno, in realtà, divergono. Da un lato, sulla scorta di una modellistica delle esperienze straniere più significative per il contesto italiano, è stato proposto di stabilire

«poche fondamentali norme di disciplina (...) Svelare i dati del mandante, destinatario, contatto effettivo, spese sostenute, onorari incassati, oggetto dell'attività svolta, documenti scambiati, e traccia dei benefici circolati, contributi elettorali inclusi. A presidio

³⁹ A. VANNUCCI, *op. cit.*, p. 58 s; p. 140 s.

di una tale normativa: sanzioni patrimoniali interdittive bilanciate dalla fattispecie di traffico di influenze illecite e dai reati di falso. Per il finanziamento alla politica: introdurre una soglia massima di elargizioni a favore dei singoli politici, e imporre ai donatori la prevalenza dell'obbligo di trasparenza su quello di riservatezza. Facendo presidiare tali obblighi da sanzioni pecuniarie afflittive ed ai reati di falso»⁴⁰.

In sostanza, tutela della trasparenza.

Di recente, pur riconoscendo la necessità di regolamentare il lobbismo, si è tuttavia dubitato sia dell'efficacia di questa regolamentazione al fine di "tassativizzare" la fattispecie penale⁴¹ così come congegnata, sia – ed è il rilievo più interessante – dell'opportunità di appiattare l'illiceità penale sulla violazione delle regole extrapenali: far coincidere i due piani «significherebbe introdurre nella fattispecie un elemento in grado di trasformare la incriminazione in una ipotesi di pericolo talmente presunto a base meramente formale, fondata esclusivamente sul dato che il decisore pubblico è stato sensibilizzato al di fuori delle "procedure" previste dalla legge di regolamentazione del settore»⁴².

Il timore è fondato, anche se si tratterebbe soltanto di integrare – e, come pure questa opinione riconosce, necessariamente – uno dei molti requisiti della fattispecie, che non si esaurisce comunque nella mera violazione formale delle regole ma trova in essa una precondizione essenziale per il riconoscimento della condotta tipica.

Una prospettiva sensibilmente diversa è stata invece suggerita recentemente da uno studio della corruzione in prospettiva regolatoria, la cui analisi per questa parte può esser qui soltanto brevemente riassunta. In

⁴⁰ R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, 2018.

⁴¹ «Non è auspicabile, in generale, che l'applicazione di una fattispecie incriminatrice venga fatta dipendere in misura significativa da una disciplina extra penale amministrativa, che rischia di funzionare da moltiplicatore dei livelli di complicazione interpretativa, mentre l'obiettivo dovrebbe essere quello di assicurare il massimo possibile di autonomia descrittiva alla fattispecie incriminatrice»: S. FIORE, *Quello che le norme non dicono. L'ortopedia giudiziaria come tecnica di rigenerazione offensiva del traffico di influenze illecite*, in *Arch. pen.* 2023, 1, p. 15 (online).

⁴² S. FIORE, *op. cit.*, p. 16.

via preliminare, è stato indicato innanzi tutto che le alternative regolatorie classiche – in cui sembra inquadrabile anche la proposta appena riferita – sono di tipo soggettivo e oggettivo. Le prime (c.d. “*recording subjects*”) si traducono in metodi di registrazione (talvolta su base volontaria) dei lobbisti; ma si tratta di una soluzione rivelatasi ineffettiva⁴³. Il fatto stesso che la maggioranza dei lobbisti sembri preferire la soluzione dei registri obbligatori mostrerebbe, secondo questa opinione, l’insufficienza dei *transparency register* in quanto tali, perché non sufficientemente dissuasivi. La seconda strategia (c.d. “*recording objects*”), di matrice europea, consiste nel richiedere un cosiddetto *legislative footprint*. «*A document that would entail the time, identity and content of a legislator’s contact with a stakeholder (...) published as an annex to legislative reports*»⁴⁴. *Ma anche in questo caso, «tracciamento e prova dell’indebita influenza potrebbero essere sia molto difficili, sia molto costosi»*⁴⁵.

È stata quindi prospettata una “terza via” – denominata come *post-lobbying vision* –, che si snoda a partire dall’idea del «*recording results*»: si tratterebbe di delineare un obbligo d’indicare espressamente «*which is the sensitive rule for which the lobbyists have worked*»; ciò che conta realmente non è chi e come abbia fatto lobbying ma quale regola è la conseguenza di un’attività di lobby. Ciò che deve essere richiesto è una chiara informazione e la visibilità mediante etichettatura delle regole “sensibili”: «*(...) institutional sites should be designed carefully according to the logic of traceability of interests when it comes to sensitive rules: interests should be ‘written in red’ and usable in order to achieve full transparency*»⁴⁶.

La prospettiva regolatoria, quali che siano le soluzioni prescelte (ma soprattutto nell’ultima delle prospettive sommariamente riassunte), costituisce una sfida alla facile logica della penalizzazione cieca devoluta al giudice. Anche in questo caso, a ben vedere, si dovrebbe avere il coraggio di proporre un cambiamento culturale profondo, che relega il

⁴³ M. DE BENEDETTO, *Corruption from a Regulatory Perspective*, Oxford., 2021, p. 116.

⁴⁴ M. DE BENEDETTO, *loc. ult. cit.* e testo al richiamo della nota 186.

⁴⁵ M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, p- 117.

⁴⁶ Per dettagli cfr. M. DE BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 118-121.

diritto penale sullo sfondo, bandendo le tentazioni di farne, come è stato scritto, il baluardo primo della moralità pubblica⁴⁷ – soprattutto perché non si tratta di un tema morale, ma politico e sociale.

Da un lato, il generale riconoscimento che le attività di *lobby* non soltanto sono lecite, ma sono parte integrante dei processi decisionali in un sistema democratico, dovrebbe di primo acchito collocare le attività di promozione di specifici interessi di soggetti economici (e non) nella sfera del lecito, escludendo ch'esse siano immediatamente traggurdate con le lenti del diritto penale.

Dall'altro lato, la preferenza per la prospettiva regolatoria basata sui risultati, che rinuncia realisticamente ad una dettagliata regolazione delle attività in quanto tali ed alla logica del censimento dei soggetti che le svolgono e dei connessi registri, sembra coerente con il riconoscere che l'aumento delle regole produce mancanza di fiducia e perpetua allo stesso tempo l'illusione normativista per la quale è sufficiente introdurre nuove norme per modificare la realtà sulla quale si ritiene di dover intervenire.

«L'inflazione legislativa e regolamentare è alla radice di diversi meccanismi che concorrono ad aumentare tanto il rischio di corruzione, che l'inefficienza burocratica (...) Questo ginepraio di norme e procedure, forse congegnato in origine per dare granitiche sicurezze ai cittadini e amministratori pubblici, finisce al contrario per generare una diffusa sensazione di incertezza»⁴⁸.

Una spiegazione consapevole di questi aspetti di complessità avrebbe udienza anche sui tavoli internazionali in cui sono negoziati gli strumenti di incriminazione (spesso, dev'essere riconosciuto, con la partecipazione massiccia di magistrati e il discutibile ascolto privilegiato di esponenti dei *prosecutors*, cioè, diremmo noi, della magistratura requirente: quello della composizione delle delegazioni a quei tavoli e della formazione di competenti *grand commis* di Stato diversi dai magistrati è un tema non secondario che dovrebbe essere consapevolmente affrontato a li-

⁴⁷ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, 2015.

⁴⁸ A. VANNUCCI, *op. cit.*, p. 118.

vello politico e organizzativo). Una simile presa di posizione potrebbe comunque costituire un credibile, difendibile motivo diplomatico per apporre riserve in sede di ratifica, soprattutto se si tratta di strumenti non vincolanti. Allo stesso tempo, infatti, si mostrerebbe come il complesso dell'ordinamento si organizza, nel fronteggiare il fenomeno, secondo la logica – valorizzata tipicamente proprio in sedi internazionali – dell'equivalente funzionale (*functional equivalence*).

4. Attitudini giurisprudenziali: in particolare, costrizione e induzione nel rapporto con i pubblici funzionari abusanti

4.1 Casi facili e casi borderline?

Era stata facile previsione che riorganizzare con ulteriori frantumazioni il sistema dei delitti di corruzione avrebbe comportato defatiganti questioni interpretative, imposte dall'esigenza di stabilire i confini tra le fattispecie ristrutturate. In effetti, l'attività di "recinzione" ha occupato i guardiani del campo (la giurisprudenza della Cassazione penale) sin dall'indomani della riforma. Delineatisi tre orientamenti diversi, almeno quanto alla verbalizzazione espressa delle ragioni decisorie (ma un'indagine con gli arnesi concettuali della scuola comparatistica di Trento, con particolare riferimento ai crittotipi cioè alle ragioni non verbalizzate sarebbe quanto mai opportuna), di lì ad un paio d'anni sono intervenute le Sezioni Unite, con una sentenza largamente commentata (e criticata) nel merito dei principi di diritto ch'essa stabilisce. È tuttora opportuno soffermarsi su di essa, non solo per l'intrinseco valore che le è riconosciuto nell'esperienza giuridica in materia, ma anche – e forse soprattutto – per le riflessioni metodologiche che quella pronuncia sollecita e per le attitudini culturali ch'essa rivela. Sono questi ultimi aspetti che in questa sede particolarmente interessano, perché, al di là delle conclusioni che pure dovranno essere ricapitolate per chiarezza, esibiscono radici profonde di una cultura che, per questo, si proietta nella lunga durata.

Dopo una lunga ricostruzione storica che muove dal sistema del codice Zanardelli, la Corte – riflettendo sulla propria stessa giurisprudenza – riconosce innanzi tutto che il criterio distintivo fra costrizione e induzione aveva una valenza sostanzialmente teorica «con scarsi riflessi pragmatici, e poteva rilevare tutt'al più ai soli fini di apprezzare e valutare in concreto la maggiore o minore gravità della condotta del soggetto pubblico,

il solo punibile, e di calibrare conseguentemente la misura della pena sulla base degli elementi tipizzatori di cui all'art. 133 c.p.». In sostanza, si era determinata un'interpretazione estensiva del concetto di induzione, che lo riportava al nucleo di quello di costrizione, differenziandosi da esso soltanto «per la minore quantità di pressione psicologica esercitata dal soggetto pubblico sulla vittima, comunque consapevole della prevaricazione subita» (§ 11.2). Questa soluzione interpretativa non può più essere riprodotta dopo le modifiche operate con la legge Severino, per effetto delle quali il disvalore delle condotte è diversamente articolato, separatamente tipizzato in due diverse fattispecie, di fronte alle quali «si impone quindi una più attenta operazione ermeneutica, finalizzata a definire, in maniera più netta e precisa, la linea di demarcazione tra le due condotte dell'agente pubblico» (§ 12).

Quanto alla condotta consistente nel costringere il soggetto passivo, essa va intesa come

«costrizione psichica relativa (...) In quanto, mediante la condotta abusiva, si pone la vittima di fronte all'alternativa secca di aderire all'indebita richiesta oppure di subire le conseguenze negative di un suo rifiuto, restringendo così notevolmente, senza tuttavia annullarlo, il potere di autodeterminazione del soggetto privato».

La costrizione si realizza mediante violenza o, più frequentemente minaccia: «uniche modalità realmente idonee ad "obbligare" il soggetto passivo a tenere un comportamento che altrimenti non avrebbe tenuto» (§ 13.1)⁴⁹.

⁴⁹ Quanto alla minaccia, intesa come minaccia di un male ingiusto, la corte specifica che, quanto al danno oggetto della minaccia, per essere ingiusto in senso giuridico, deve essere contro use, vale a dire contrario alla norma giuridica e lesivo di un interesse personale o patrimoniale della vittima riconosciuto dall'ordinamento. Il danno ingiusto deve concretamente assumere varie forme: perdita di un bene legittimamente acquisito; mancata acquisizione di un bene a cui sia diritto; omessa adozione di un provvedimento vincolato favorevole; anche ingiusta lesione di un interesse legittimo (si pensi all'arbitraria ed ingiustificata esclusione da una gara pubblica di appalto). Quanto alle forme della minaccia, essa può essere esplicita ma anche implicita, velata, allusiva, più blanda, ed assumere finanche la forma del consiglio, dell'esortazione. Della metafora "Purché tali comportamenti evidenzino, in modo chiaro, una carica intimidatoria analoga alla minaccia esplicita, vi sia cioè una "esteriorizzazione" della minaccia, pur implicita o sintomatica, come forma di condotta positiva (paragrafo 13.4).

La condotta di induzione svolge un ruolo di selettività residuale rispetto alla precedente,

«nel senso che copre quegli spazi non riferibile alla costrizione, vale a dire quei comportamenti del pubblico agente, pur sempre abusivi e penalmente rilevante, che non si materializzano però nella violenza o nella minaccia di un male ingiusto e non pongono il destinatario di essa di fronte alla scelta ineluttabile ed obbligata tra due mali parimenti ingiusti».

Su questo presupposto, le modalità della condotta induttiva si concretizzano in atteggiamenti che, in negativo, non devono trascinare nella minaccia implicita da parte del pubblico agente di un danno antigiusdittico senza alcun vantaggio indebito per il soggetto destinatario della pressione; in positivo, si concretizzano nella «persuasione», nella «suggerione», nell'«allusione», nel «silenzio», nell'«inganno» (sempre che quest'ultimo non verta sulla doverosità della dazioni o della promessa, del cui carattere indebito il privato resta perfettamente conscio; diversamente, si configurerebbe il reato di truffa)⁵⁰. In conclusione, «la tipicità della fattispecie induttiva è quindi integrata dai seguenti elementi: 1) l'abuso prevaricatore del pubblico agente; 2) il fine determinante di vantaggio indebito dell'*extraneus*» (§14.5)⁵¹.

La Corte si avvede tuttavia che il criterio del danno/vantaggio non sempre consente, se isolatamente considerato nella sua staticità, d'individuare il reale disvalore di vicende che occupano la cosiddetta zona grigia. Si raccomanda quindi un'approfondita valutazione in fatto sulla specificità della vicenda concreta tenendo conto di tutti i dati circostanziali, del complesso dei beni giuridici in gioco, dei principi e dei valori che governano lo specifico settore di disciplina. Occorre in sostanza apprezzare

⁵⁰ § 14.4, 14.5.

⁵¹ E la Corte precisa ancora: «l'induzione indebita a dare o promettere utilità si colloca figurativamente in una posizione intermedia tra la condotta sopraffattrice, propria della concussione, e lo scambio corrottivo, quasi al superamento del cosiddetto canone della mutua esclusività di questi due illeciti (paragrafo 14.6)».

il registro comunicativo nei suoi contenuti sostanziali, rapportati logicamente all'insieme dei dati di fatto disponibili (§ 22).

Il criterio è prospettato come necessario nei casi più ambigui (o, come espressamente li chiama la corte, casi *borderline*); si tratta tuttavia di un passaggio metodologico fondamentale, in cui i giudici finiscono con l'adottare un approccio sostanzialmente casuistico (*infra*, § 4.1). Le situazioni a cui la Corte fa riferimento sono sostanzialmente cinque; per esse, secondo i giudici, non sempre è agevole affidarsi al modello interpretativo proposto: si tratta dunque di casi che, secondo gli stessi giudici, metterebbero in discussione il modello piuttosto che soltanto la sua applicazione in concreto⁵². «Ambiguità» ed «opacità» incidono infatti proprio sulla tenuta del modello, il quale finisce con l'essere presentato come linea guida, parametro rivelatore dell'abuso (a seconda dei casi, induttivo costrittivo), verso la soluzione applicativa più giusta. Detto in altri termini, verso la giustizia del caso concreto. Su questo aspetto torneremo più avanti per sottolinearne le implicazioni teoriche.

(A) Primo, è il caso dell'abuso di qualità cioè la situazione in cui «il pubblico funzionario fa pesare, per conseguire la dazioni o la promessa dell'indebito, tutto il peso della sua posizione soggettiva, senza alcun riferimento al compimento di uno specifico atto del proprio ufficio o servizio». Secondo la Corte si tratta di un caso problematico perché l'abuso di qualità sarebbe equivoco, in quanto può porre il privato in una condizione di pressoché totale soggezione, determinata dal timore di possibili ritorsioni antiggiuridiche, oppure può indurlo a dare o promettere l'indebito per acquistare la benevolenza del funzionario abusante. Si tratterà dunque di accertare ogni particolare delle modalità comportamentali dei soggetti coinvolti, per stabilire se il primo abbia veicolato un univoco messaggio di sopraffazione, ovvero se nonostante la posizione di preminenza si sia comunque instaurata una dialettica utilitaristica, nel qual caso si verterà in un'ipotesi di induzione indebita. Questa ricostruzione lascia perplessi. A parte quanto si dirà fra poco, appare davvero singolare che un caso come questo sia considerato *borderline*, dato che investe un elemento costitutivo qualificante di entrambi i reati del cui

⁵² Ancors nel § 19.2: si tratterebbe di situazioni nelle quali la dicotomia male ingiusto-male giusto mostra il suo limite.

confine si discute: sia la concussione sia l'induzione, che appunto possono essere realizzati, dal lato del pubblico funzionario anche con un abuso della qualità. Siamo dunque nell'ambito di un caso ordinario di definizione del confine, e non certo di un caso problematico. O, detto in altri termini, ciò che è problematico è proprio definire il confine, non l'applicare in concreto il criterio utilizzato per definirlo.

Peraltro, quanto all'abuso di qualità, c'è da considerare un diverso aspetto. Mantenere la rilevanza di questa forma dell'abuso da parte del pubblico funzionario appare francamente anacronistico, sostanzialmente incongruente con la rinnovata prospettiva valoriale che porta alla punizione del privato. Sottesa all'idea della rilevanza di un abuso della qualità – a prescindere dalle varie sfumature definitorie, censite da qualunque commentario – sta infatti proprio quella prospettiva di valore che la riforma ha inteso scardinare, e cioè l'idea che un pubblico funzionario abbia una intrinseca “qualità soggettiva”, consistente in una posizione di preminenza rispetto ad un privato, rappresentata in modo generico ed indeterminato, come – diciamo così – proiezione dell'immagine del potere. Il pubblico funzionario è invece titolare di poteri solo in quanto funzionali e serventi all'amministrazione pubblica, non certo alla preminenza sui cittadini; egli stesso, se la Costituzione è davvero presa sul serio, è un «cittadino a cui sono affidate funzioni pubbliche» e tale deve essere considerata la sua “immagine”. Davanti ad una condotta che non rientra in questa immagine, e dunque è certamente abusiva senza essere coercitiva, si deve reagire perché l'ordinamento offre tutti gli strumenti di assistenza e di reazione. All'abuso della qualità non avrebbe dovuto essere accordata rilevanza tipica.

(B) La seconda ipotesi problematica è quella della prospettazione implicita di un danno generico, «messaggio che il destinatario, per autosuggestione o per *metus ab intrinseco*, può caricare di significati negativi, paventando di potere subire un'oggettiva ingiustizia» (§ 18).

Anche in questo caso è necessario partire da un orizzonte valoriale radicalmente opposto. Se il comportamento non è esplicitato ma rimane implicito, se il suo significato non è chiaro, perché del tutto generico e non riferito ad aspetti specifici della relazione tra privato e pubblico funzionario, o della sfera giuridica del primo, non c'è dubbio che se dal lato del funzionario possiamo ritenere oggettivamente esistente una condotta induttiva, anche

dal lato di colui che “si fa indurre” la valutazione generale ora espressa dal legislatore è senz’altro negativa e cioè in termini di illiceità. Non si tratta affatto di un caso difficile. Piuttosto, qui come in altri casi in cui si verificano i relativi requisiti, si potrà valorizzare – se del caso – una ridotta rimproverabilità soggettiva, l’esistenza di scusanti o cause di non punibilità che tengano conto, per come legalmente strutturate, per l’appunto della scusabilità totale o parziale della condotta, o della sua ridotta offensività in concreto, senza pregiudicare la rilevanza tipica della condotta realizzata e quindi preservando il messaggio della sua illiceità.

(C) La terza costellazione di casi problematici è rappresentata dalle situazioni cosiddette miste o ambivalenti, di «minaccia-offerta» (o cosiddetta minaccia-promessa). Sono i casi in cui la minaccia di un danno ingiusto si accompagna anche alla prospettazione di un vantaggio indebito. In questi casi, secondo i giudici minaccia ed offerta si fondono in un’unica realtà inscindibile e diventerebbe decisiva, a questo punto, l’indagine sui motivi che abbiano determinato il privato a scendere a patti: se prevale l’intento di perseguire il vantaggio indebito, o se, al contrario, prevale l’intento di evitare il danno ingiusto minacciato.

(C-1) A questa sottospecie di ipotesi appartenerrebbe anche il caso del funzionario che subordina la tempestiva evasione di una legittima richiesta del cittadino al pagamento dell’indebito, lasciando implicitamente intendere che, in difetto, potrebbe sorgere qualche difficoltà. In realtà anche in questo caso si tratterebbe della prospettazione implicita di un danno, come nel primo caso, ma, questa volta, di carattere specifico. Si verserebbe nell’ipotesi di induzione, secondo la Corte, se la «via breve del pagamento illecito» sia stata imboccata per ingraziarsi la benevolenza del funzionario e assicurarsi *pro futuro* la trattazione preferenziale delle proprie pratiche, finendo così con l’inserirsi in quella logica negoziale asimmetrica che connota l’induzione indebita.

Quest’ultimo ragionamento tuttavia è addirittura abusivo. Se la prospettazione implicita si rivolge ad un danno specifico, percepito dal soggetto e che il soggetto intende evitare, non v’è dubbio che in base ai principi sia questo il fatto oggetto del giudizio; l’ulteriore intento non può essere oggetto di giudizio e sanzionato in quanto intento perché si violerebbe in modo clamoroso il principio di materialità dell’articolo 25, co. 2 Cost., uno degli elementari principi di struttura alla base del diritto penale moderno.

La necessità di stabilire un confine diventa qui un argomento peloso, perché in realtà rispetto all'unico fatto oggetto del giudizio un problema di confine non si pone affatto.

D) Una ulteriore costellazione di casi è rappresentata dalle «contingenze relazionali connesse all'esercizio del potere discrezionale del pubblico agente». Tuttavia, in questo caso sembra che l'utilizzo del criterio sia abbastanza piano: se l'atto discrezionale pregiudizievole per il privato è prospettato nell'ambito di una legittima attività amministrativa e si fa comprendere che, cedendo alla pressione abusiva, può conseguirsi un trattamento indebitamente favorevole, non c'è nessuna costrizione e residua soltanto la possibilità di sussumere la vicenda sotto il titolo di induzione indebita.

E) Vi sono infine situazioni nelle quali il privato si risolve alla prestazione indebita con sacrificio di un bene strettamente personale di particolare valore, risolvendo una sorta di conflitto di interessi. In questi casi, nell'ipotesi in cui il bene sacrificato sia largamente più importante rispetto al vantaggio indebito conseguito, in termini di chiara sproporzione, il privato non può che essere considerato vittima. Anche in questo caso tuttavia non sembra che il problema riguardi l'idoneità del criterio proposto ad individuare il reale disvalore delle vicende considerate.

4.2 Una critica, soprattutto di metodo

Lo stesso criterio generale proposto dalle Sezioni Unite come astratto ed oggettivo non è in realtà né astratto né oggettivo.

Non è astratto, perché solo in relazione all'atteggiamento concreto, alle specificità della vicenda di contesto, alle circostanze rilevanti, ai beni giuridici in gioco, è possibile stabilire se sia ragionevolmente chiaro che il privato cerca di evitare un danno o piuttosto di carpire un vantaggio indebito. Dunque, il contesto di rapporti interpersonali è sempre decisivo. Neppure si tratta di un criterio oggettivo, perché esso riguarda l'atteggiamento interiore dell'agente. Su questi presupposti, la stessa distinzione tra casi ordinari o "facili" e casi "difficili" si rivela arbitraria e fuorviante. La difficoltà del caso è identificata in situazioni di fatto nelle quali è necessario accertare nei minimi dettagli le condotte rispettive dei soggetti, ma questo attiene all'applicabilità del criterio e non la sua validità. D'altronde, le difficoltà di accertamento nel caso concreto o, più propriamente, la inaggirabile rilevanza del contesto nel definire i rapporti intersoggettivi

rilevanti per queste fattispecie, non ha nulla a che vedere con il concetto di caso difficile nel senso in cui questo è inteso, indipendentemente dalle sfumature, nella teoria del diritto.

Premesso che in realtà del concetto di “caso difficile” sono date diverse interpretazioni a seconda della prospettiva teorica in cui lo stesso concetto è discusso, e limitandosi agli approcci di marca giuspositivistica più familiari alla nostra cultura, si deve ricordare come le accezioni di “*hard case*” sono fondamentalmente due: da un lato, quella proposta da Ronald Dworkin⁵³ che identifica il caso difficile quando un determinato caso non può essere risolto in base ad una regola inequivoca, ed allora il giudice può discrezionalmente risolverlo in un modo o in un altro, anche opposto. Ma Dworkin non identifica le caratteristiche di un siffatto caso; di esso si può solo dire che si verifica a due condizioni: quando non c'è una regola che specificamente lo disciplina; quando la regola del caso offre una guida incompleta ambigua o contraddittoria. Una versione parzialmente diversa dello stesso concetto è data da Twining e Miers⁵⁴, secondo i quali un caso difficile è un caso in cui (i) il giudice pensa che la lettera della legge sia chiara, o sotto il profilo del testo o per l'intento del legislatore; (ii) ha importanti riserve tuttavia sull'applicare la legge così interpretata. Lo «*hard case*» dev'essere distinto dal semplice “*difficult case*”, nel quale il giudice pensa che la lettera della legge non sia chiara. Ora, nella vicenda in esame il caso difficile sarebbe proprio quello ordinario, nel quale la lettera della legge necessita di essere interpretata perché non è chiara, o comunque non è univoca. Le “altre” situazioni sono situazioni di mero fatto cui applicare il criterio secondo le circostanze del caso concreto, ma non situazioni alle quali il criterio non possa essere applicato. In sostanza, il rapporto tra casi ordinari e casi difficili deve essere invertito: sono quelli che la Cassazione presenta come problematici a costituire la normale condizione contestuale in cui deve essere applicata la fattispecie di induzione. In questa prospettiva, diventa fondamentale inquadrare in un diverso contesto valutativo la relazione intersoggettiva tra un privato pur titolare di un interesse legittimo in senso generale e

⁵³ R. DWORIN, *Taking Rights Seriously*, Massachussets, 1977, spec. p. 81.

⁵⁴ W. TWININGS, D. MIERS, *How to Do Things with Rules*, 5th ed., Cambridge, 2012.

a-tecnico, la cui realizzazione passa per l'attività dei pubblici poteri, ed un pubblico funzionario al quale viene dato o promesso indebitamente denaro o altra utilità, a fronte dell'abuso di poteri o della qualità.

Opportunamente è stato stigmatizzato come non sia ormai più tollerabile «che si riconosca come giustificata una situazione di paura e di soggezione nei confronti di un pubblico amministratore (...) In realtà sembra molto dubbio che vi sia ancora un atteggiamento di timore riverenziali dei privati nei confronti della pubblica amministrazione (...) Piuttosto pare diffusa l'idea che si possono fare accordi reciprocamente convenienti tra privati e pubblici agenti. Comunque, laddove mai fosse ancora esistente è una concezione culturale di sudditanza del privato rispetto al pubblico agente, essa non andrebbe riconosciuta ma definitivamente sradicata»⁵⁵.

Su questa base, la condotta del privato che paga senza essere costretto deve tendenzialmente essere considerata illecita, e come tale è punita. Vero è che l'induzione, dal canto suo, è un concetto intrinsecamente relazionale, non determinabile in astratto perché dipende dalla fisionomia concreta dei rapporti che si plasmano fra chi induce e chi è indotto, per effetto dell'elemento di squilibrio rappresentato dall'abuso che è in realtà l'unico elemento puramente oggettivo della fattispecie. I pretesi criteri oggettivi, piuttosto che come elementi costitutivi statici del reato, operano invece sostanzialmente come indicatori del possibile significato rispettivo delle condotte: segnalano quando esse sono strumentali l'una all'altra e non invece lo schema di una prevaricazione. Se ne avvede implicitamente la Corte, quando li considera «parametri rivelatori dell'abuso» (§16) pur dopo averli proposti come elementi costitutivi impliciti delle fattispecie, peraltro ibridi per il «necessario intreccio tra gli elementi oggettivi di prospettazione e quelli soggettivi di percezione, per evitare che la *prova* si fondi su meri dati presuntivi» (§15, corsivo aggiunto).

Piuttosto che affidare tipizzazioni casuistiche al giudice, si deve riconoscere che le condotte di questo tipo sono determinabili soltanto in relazione ad un contesto relazionale, il cui significato potrebbe essere deciso in futuro dal legislatore formalizzando queste situazioni – per l'appunto – in indicatori, con guadagno in termini di rispetto della riserva di legge e della determinatezza.

⁵⁵ G. Cocco, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. e previd.*, 2018, p. 374 ss. (p. 381).

5. *La tempesta continua (un cenno)*

Grande eco hanno avuto vicende recenti di corruzione non amministrativa ma “politica”. Per quanto non vi sia dubbio che alla stregua delle norme comuni⁵⁶ la corruzione possa interessare anche il livello politico-legislativo, centrale o locale, è stato argomentato che, in particolare, la corruzione funzionale sia difficilmente configurabile in concreto perché la prova dell'accordo illecito sarebbe molto difficile⁵⁷. È stata quindi formulata la proposta di un'ulteriore fattispecie corruttiva speciale di “corruzione in ambito politico”. Al di là del merito della diagnosi e della proposta, l'ulteriore frantumazione del sistema solleva tuttavia qualche perplessità; ma potrebbe trovare nuova spinta se fosse coerentemente perseguita la tendenza, recentemente prospettata, ad una radicale semplificazione dell'intero complesso dei delitti di corruzione, a cui si farà accenno qui di seguito.

6. *Verso una fattispecie unica?*

La frammentazione dei reati, con i conseguenti, faticosi problemi di definizione del confine, sia per il futuro sia per i fatti già commessi e dunque nella prospettiva della successione di leggi (problema importante dal punto di vista pratico seppure transeunte, se le leggi si stabilizzassero...), è sospetta d'essere uno dei fattori delle farraginosità ed infine d'inefficienza della repressione penale.

Si è dunque consolidata una tendenza, il cui importante e riconosciuto precedente risale ad una nota proposta formulata nella stagione di Mani Pulite, verso la radicale semplificazione – fino ad una sostanziale *reductio ad unum* – delle fattispecie di corruzione. Un orientamento “radicale”, ad esempio, consiglia di «percorrere la via di un'unica fattispecie, un'ipotesi generale di corruzione che racchiude in sé, in un'unica disposizione, la corruzione per l'esercizio della funzione e per atto contrario ai doveri d'ufficio e l'induzione indebita, collocando la concussione quale aggravante ad effetto speciale dell'estorsione»⁵⁸.

⁵⁶ Art. 357 c.p.

⁵⁷ Così, all'esito di un lavoro informato anche sulle attualità di cronaca, C. UBIALI, *op. cit.*

⁵⁸ Così sintetizza la proposta R. BORSARI, *La corruzione pubblica*, cit., p. 384.

Il cuore dell'incriminazione sarebbe dato dalla ricezione indebita di denaro o altra utilità per sé o per altri, o accettazione della promessa da parte del pubblico funzionario in ragione delle sue funzioni, della sua attività, o del compimento di un atto contrario ai doveri dell'ufficio. In sostanza, il nucleo offensivo della corruzione sarebbe identificato nell'accordo tra pubblico agente e privato in vista di uno scambio illecito tra utilità e strumentalizzazione del ruolo pubblico. Questa fattispecie sarebbe anche caratterizzata dalla previsione di livelli edittali comuni. A fronte della possibile obiezione relativa al rischio di una penalizzazione a tappeto contraria alla logica della frammentarietà, si è replicato che «il rischio penale incentrato sull'illiceità del *pactum sceleris* (...) risulta con sufficiente precisione delineato e percepibile»⁵⁹. In questa prospettiva «gli usi e i comportamenti socialmente adeguati, la disciplina dei fatti di lieve entità, le fattispecie, contigue, di traffico di influenze illecite di abuso d'ufficio perimetrano *ab externo* l'area penalmente rilevante, rispetto alla quale il prudente apprezzamento del giudice è chiamato a calibrare la risposta sanzionatoria».

A prescindere dai dettagli delle proposte, che si misurano con aspetti tecnici intrinsecamente problematici⁶⁰, la tendenza appena tratteggiata merita attenzione e appare condivisibile nel merito. Tuttavia, residuano perplessità non trascurabili.

Per un verso, non ci si può illudere che le questioni del confine spariscono d'incanto. Esse si collocherebbero comunque all'interno delle "sottofattispecie", perdendo solo parzialmente rilievo nella pratica. Infatti, al momento della contestazione, che segna almeno in via tendenziale l'oggetto del processo, dovrà essere indicata pur sempre la condotta concreta da sussumere nella corrispondente previsione astratta; lo esigono le regole del giusto processo, in primo luogo il diritto di difesa o, come si usa dire nel contesto anglosassone, il principio di *fair labelling*. Non sarebbe accettabile una prassi corriva quanto non difficilmente

⁵⁹ R. BORSARI, *La corruzione pubblica*, cit., p. 383 s.

⁶⁰ Ad esempio, quando si prospetta di considerare come "circostanze" del reato determinate situazioni, se ne propone una speciale configurazione agli effetti del bilanciamento; con l'effetto, però, di consolidare tendenze non sempre raccomandabili, quale appunto quella di sottrarre all'ordinario giudizio di bilanciamento larghe aree di elementi circostanziali e dunque pur sempre "accidentali" rispetto al nucleo di illecito cui afferiscono.

pronosticabile, di contestazione alternativa del tipo: “perché pagava spontaneamente o comunque indotto...” – quanto alla posizione di un privato; “perché in violazione dei doveri accettava il pagamento ecc., o comunque con abuso di poteri costringeva o induceva ...” – quanto al pubblico funzionario. E si può immaginare quali e quante diatribe processuali, per non dire di quanti e quali abusi, potrebbero sorgere intorno a queste situazioni.

Per altro verso, anche ammessa la cauta e scrupolosa selezione di un’ipotesi accusatoria di partenza, si deve considerare che la contestazione è “mobile” anche se pur sempre soggetta a limiti definiti: modifiche o nuove contestazioni – oltre al rischio della mancata corrispondenza fra accusa e sentenza – potrebbero incidere sensibilmente sulla durata del processo.

Ma, prima ancora di tutto questo, si dovrebbe sgombrare il campo da perplessità costituzionali non del tutto trascurabili che aleggerebbero su una scelta così radicale. Se queste possono essere affrontate, discusse e superate nelle (poche o tante o troppe) pagine delle discussioni accademiche, si può immaginare che occuperebbero presto l’agone giudiziario; ancora una volta, con impatto sulla complessità e durata, e dunque anche sui costi, dei processi.

Infine, sotto un diverso e più generale aspetto, questa tendenza finisce con il collocarsi pur sempre all’interno di un’ideologia normativista, nella quale si culla l’illusione che determinati problemi, che si considerano con-causati da un determinato, criticabile assetto legislativo, possono essere affrontati e risolti con apposite modifiche normative. Affrontare criticamente questo atteggiamento culturale non è ovviamente possibile in questa sede. Tuttavia, se anche ci si limiti a considerare realisticamente l’attuale contingenza storico-politica – dalla crisi di legittimazione dell’organo parlamentare, ai problemi strutturali di qualità della legislazione, alle esigenze di appropriata comunicazione di certe scelte politico-criminali – si è tentati di preferire che il legislatore penale resti fermo e silente su un assetto che, come testimonia il decennio sul quale stiamo riflettendo, ancora trova difficoltà di assestamento. La vicenda che interessa le sorti dell’abuso di ufficio rappresenta solo il più recente catalizzatore delle tensioni e delle incertezze strutturali dello statuto penale della pubblica amministrazione.

7. *Ragionare (male) su dati, tra statistiche e interdisciplinarietà carente*

Sono, com'è noto, la croce della ricerca criminologica in materia di corruzione⁶¹. Chi fra i giuristi è più sensibile alla rilevanza delle rilevazioni empiriche per le valutazioni di effettività e le strategie politico-criminali s'ingegna ad incrociare basi di dati ancora sensibilmente eterogenee; ma, se si considera la bibliografia di riferimento, non sembra ancora adeguatamente sviluppato, in Italia, il dialogo interdisciplinare. Proprio questa è una sfida che dovrà essere affrontata quanto prima.

Quanto a dati del Ministero della Giustizia disponibili per gli anni 2013-2016, sono relativi ai *procedimenti iscritti e definiti* per gli specifici titoli di reato qui direttamente rilevanti – concussione, corruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite –, ad esempio, emerge⁶²:

- a) una larga prevalenza della “classica” fattispecie di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, seguita dalle forme di istigazione;
- b) una presenza comparativamente significativa della concussione;
- c) una presenza trascurabile della corruzione per esercizio della funzione, che dovrebbe esser peraltro addirittura scontata, considerando il periodo di riferimento;
- d) analogamente, e con la stessa avvertenza di cui al punto che precede, una presenza men che sparuta del traffico di influenze;
- e) per i reati per i quali si registra la larga maggioranza di procedimenti, si riscontra invece una percentuale inferiore di condanne, pari circa ad un terzo del totale nel merito e circa un quinto interessati da prescrizione.

⁶¹ Spicca, per mano di autrice ed autore con formazione giuridica, il lavoro di P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007.

⁶² La tabella nel testo riguarda «Procedimenti iscritti e definiti nei tribunali italiani -sezione di battimento- contenenti reati di concussione, corruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite negli anni 2013-2016» (<https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Statistiche%20sulla%20corruzione.pdf>), fig. 2. I dati relativi alle condotte di istigazione alla corruzione non sono disaggregati e dunque non è possibile comprendere a quale tipo di ‘corruzione’ si riferiscano.

Per comodità del lettore si riproduce una tabella cui i commenti si riferiscono:

	2013		2014		2015		2016	
	Iscritti	definiti	Iscritti	definiti	Iscritti	definiti	Iscritti	definiti
Concussione (art. 317 cp)	131	106	97	105	115	124	110	117
Corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 cp)	18	13	19	8	35	17	27	17
Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 cp)	218	197	300	192	196	163	206	180
Corruzione in atti giudiziari (art. 319 ter cp)	11	10	22	14	17	12	10	9
Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 cp)	8	15	16	11	18	10	13	9
Istigazione alla corruzione (art. 322 cp)	136	115	122	127	118	105	95	103
Millantato credito (art. 346 cp)	76	71	76	76	74	56	66	53
Traffico di influenze illecite (art. 346 bis cp)	0	0	0	0	1	1	1	3

Ma sono dati poco significativi ai fini di una valutazione di efficacia del sistema, sia perché non è indicata la data di commissione dei reati, risultando dunque impossibile determinare se si riferiscano alla vigenza delle vecchie o delle nuove formulazioni; sia perché, anche per i casi nei quali non vi sia dubbio – perché si tratta di fattispecie di nuova introduzione – il periodo di osservazione è incompatibile con i tempi di “latenza” inevitabili, cioè almeno i tempi minimi per la scoperta dei fatti e l’inizio formale di un procedimento.

Quanto a dati del Ministero dell'interno⁶³, essi si riferiscono ad un non meglio precisato concetto di "reati commessi"; non è chiaro se per tali si intendano quelli denunciati, o quelli accertati, o entrambi. Ad ogni modo, è interessante notare come nel periodo fra il 2004 e il 2021 si assista ad una drastica diminuzione della concussione – dal 2012 – e di tutte le tipologie corruttive ma soltanto a partire dal 2017, mentre resta costante solo il trend dell'abuso di ufficio. Al di là della non semplice interpretazione dei risultati questo rapporto, esso restituisce un'immagine di diminuzione o sommersione dei reati di corruzione che, di primo acchito, contrasta frontalmente con quanto emerge, ad esempio, da un rapporto ANAC che, pur indulgendo a qualche codice comunicativo "mediale" ad alto impatto allarmistico, censisce l'inquietante trend di un caso di corruzione a settimana nella materia degli appalti⁶⁴.

Su dati del casellario giudiziale centrale si fonda un recente, apprezzabile tentativo di verificare l'effettività degli apparati «chiamati all'applicazione del diritto penale», per stabilire «se l'andamento statistico delle condanne presenti correlazioni individuabili con le modifiche legislative»⁶⁵. Tuttavia, il metodo prescelto potrebbe scontare il ridotto ambito temporale considerato – il periodo 2012-2017 – che è l'unico rilevante per le nuove fattispecie; anche se sono presi in considerazione reati commessi a partire dal 2004, in realtà devono esser considerati soltanto reati commessi dopo l'entrata in vigore della legge, e non reati commessi prima: il riferimento alle sentenze definitive può essere pertanto poco significativo se non fuorviante, ancora una volta, per via dei tempi di scoperta dei reati e dei tempi del processo.

Quanto ai risultati degli sforzi di rielaborazione di dati statistici, dunque, possono apparire deludenti. Pur senza tener conto delle lacune anche

⁶³ Ministero dell'Interno, dipartimento della pubblica sicurezza, direzione centrale della polizia criminale, servizio analisi criminale, Roma, febbraio 2022 (https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2022-03/report_reati_corruttivi_02.2022.pdf).

⁶⁴ ANAC, *La corruzione in Italia 2016-2019. Numeri, luoghi e contropartite del malaffare – Rapporto presentato presso la sede della Stampa Estera il 17 ottobre 2019*, reperibile all'indirizzo: <https://www.anticorruzione.it/-/la-corruzione-in-italia-2016-2019.-numeri-luoghi-e-contropartite-del-malaffare>.

⁶⁵ E. AMMANNATO, *La misura giudiziaria della corruzione: il terzo livello dell'effettività penale*, in *Dir. pen. contemp.* – *Riv. trimestrale*, 4, 2020, p. 92.

significative che affliggono le rilevazioni, si potrebbe complessivamente osservare che ad onta di alcuni miglioramenti di sistema – in particolare grazie all’attività svolta da ANAC – esse sono ormai poco significative perché, per come presentate, confermano quel che già si sa e cioè che le modifiche normative e soprattutto gli aumenti di pena persino iperbolici in funzione deterrente non hanno avuto pressoché nessun apprezzabile effetto sull’efficienza della repressione⁶⁶.

D’altra parte, “dati” non sono soltanto quelli offerti dalle statistiche giudiziarie. Un elemento di valutazione fondamentale dell’efficienza ed efficacia della legislazione dovrebbe essere la misura dei costi stimati per porre in opera le riforme, o, a seconda della prospettiva, prodotti dalle riforme poste in opera (modifica delle fattispecie, modifica delle cornici edittali, diversificazione della tipologia sanzionatoria, modifiche degli strumenti di indagine, e così via). Questi elementi dovrebbero essere esplicitati nelle analisi/valutazioni di impatto della regolamentazione, ma è difficile reperirne traccia nei documenti disponibili.

Per vero, uno sforzo di trasparenza sotto questo profilo è documentabile. In tempi recenti, ad esempio, nella AIR che ha preceduto la più recente riforma della c.d. spazzacorrotti, obiettivi generali e specifici delle modifiche legislative sono indicati in modo esplicito e comprensibile. Ad esempio, dalla scelta di intervenire

«sull’apparato delle pene accessorie volte a interdire, in caso di condanna, nuove occasioni di rapporto con la pubblica amministrazione, escludendo al contempo che l’eventuale sospensione condizionale della pena detentiva si estenda automaticamente anche all[e] sanzioni che inibiscono ogni rapporto all’interno o con la pubblica amministrazione»

ci si attende di «vedere aumentata, nell’ambito dei dati riferiti, la percentuale di sentenze cui segue l’effettiva esecuzione delle pene che inibiscono l’accesso a funzioni pubbliche ovvero a rapporti economici

⁶⁶ Cfr. Ministero della giustizia, ufficio legislativo, analisi di impatto della regolamentazione (AIR), cit., fg. 15 («il tasso di corruzione permane elevato nonostante i ripetuti anche recenti interventi normativi, volti essenzialmente a inasprire le pene dei reati»).

con la pubblica amministrazione». È evidente che questa correlazione dovrà essere adeguatamente verificata *ex post*; ed è pure evidente che questo lavoro non è mai stato realizzato e siamo dunque ai primi passi (il che dà la misura di quanto ancora ci sia da fare su questo fronte).

D'altra parte, da questi primi documenti si ricava l'impressione che manchi ancora proprio una reale... valutazione d'impatto metodologicamente appropriata. Si considerino soltanto due aspetti, diversi ma correlati: la realtà istituzionale-organizzativa identificata come campo per l'analisi e la stima dei costi degli interventi.

Quanto al primo aspetto, nel definire i soggetti interessati dalla strategia di modifiche sostanziali e processuali (pene accessorie; strumenti di investigazione), cioè gli «operatori della giustizia», essi sono identificati in polizia giudiziaria, pubblici ministeri, giudici⁶⁷. Manca completamente dalla visione dei destinatari, ad esempio, il complesso del personale amministrativo – dirigenti, direttori, funzionari, assistenti giudiziari, operatori giudiziari, eccetera – che costituisce l'organico necessario (e negletto?) del sistema di amministrazione, che appare già in sofferenza (si pensi a reclutamenti-tampone del tipo di quelli effettuati con l'istituzione dell'ufficio del processo, a suo modo “innovativa”). Non compare dunque nessuna stima dell'impatto sugli adempimenti e sull'impegno di questa parte dell'amministrazione (ad esempio: sarebbe necessario rivedere piante organiche? Rivedere le competenze da accertare in occasione dei concorsi con cui il personale è reclutato? Sono da organizzare corsi di formazione o aggiornamento professionale? Sono necessari affiancamenti che impattano sui tempi di lavoro? – e così via).

Su queste basi, ed è il secondo aspetto, suona apodittico affermare che «trattandosi di modifiche di disciplina del diritto penale si tratta di intervento fronteggiabile a risorse vigenti da parte degli operatori della giustizia» che dovranno soltanto adeguare le strutture interne per quanto di competenza e «pertanto, non sono previsti fattori che possano incidere negativamente sugli effetti prodotti dall'intervento regolatorio»; correla-

⁶⁷ Ministero della giustizia, ufficio legislativo, analisi di impatto della regolamentazione (AIR), cit., fg. 22.

tivamente, quanto al monitoraggio della sua efficacia non sono previste «nuove forme di controllo che implicino oneri per la finanza pubblica»⁶⁸. V'è da chiedersi se la mancanza di un'analisi di aspetti di organizzazione delle amministrazioni pubbliche possa derivare anche dal fatto che per questa stessa analisi non siano state coinvolte competenze diverse da «magistrati e professori» (questi ultimi, si suppone, di diritto): esperti di amministrazione, di organizzazione aziendale, informatici, magari persino esperti di *mechanism design*, analogamente a quanto è stato proposto per disegnare un efficiente modello di *governance* dei lavori pubblici proprio nel contesto degli studi di anticorruzione⁶⁹.

Una delle principali sfide del prossimo futuro – meglio si dovrebbe dire del presente – è anche quella di mettere in opera la collaborazione fra competenze interdisciplinari, abbandonando l'idea della preminenza del diritto (qui: il diritto penale) come strumento principe di governo dei rapporti sociali, a favore della riflessione sugli strumenti di politica pubblica (di cui peraltro anche il diritto è parte). Non si tratterebbe tanto di ribaltare la visione, tipica del tecnicismo giuridico, delle scienze sociali come “ancillari”, quanto piuttosto di porre tutti i saperi sulla linea orizzontale della condivisione dei rispettivi linguaggi (condivisione non significa volgarizzazione) e della cooperazione nelle opere.

⁶⁸ Ministero della giustizia, ufficio legislativo, analisi di impatto della regolamentazione (AIR), cit., fig. 23.

⁶⁹ Cfr. ad esempio L. PICCI, *Fighting Corruption, Striving for Efficiency and Effectiveness: Reputation-Based Governance of Public Works* (https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/PICC/PICCI-Fighting-Corruption-10_01_05.pdf), p. 20.

Regolazione e anticorruzione

Maria De Benedetto

L'articolo cerca di tracciare criticamente un bilancio del sistema anticorruzione italiano, a dieci anni dalla sua introduzione, nell'idea che la corruzione amministrativa, come altri tipi di comportamenti illeciti, presupponga sia l'esistenza che l'inefficacia delle regole e che una prospettiva regolatoria possa aiutare a prevenire sia la corruzione che altri illeciti. Infatti, poiché la prevenzione della corruzione ha presentato effetti collaterali indesiderati, una reale prevenzione della corruzione – più che da ulteriore burocrazia o da sanzioni aggiuntive – può conseguirsi grazie ad una regolazione effettiva. Questo cambiamento nell'approccio alla corruzione e alla sua prevenzione suggerisce di lavorare nel contesto di una visione sistemica adottando strategie regolatorie integrate che mirino a individuare e prevenire il più precocemente possibile le opportunità di corruzione offerte dalle regole (cioè la loro corruttibilità). Queste strategie includono un forte impegno istituzionale per la semplificazione e per la qualità della regolazione, la fornitura di poteri di advocacy alle autorità anticorruzione nonché la tracciabilità e trasparenza degli interessi nella legislazione.

1. Dieci anni di prevenzione della corruzione in Italia: l'utilità (e la difficoltà) di un bilancio

Se i dieci anni dell'anticorruzione italiana possono ritenersi un lasso di tempo utile per abbozzare un bilancio, il bilancio è al contempo necessario per pensare il decennio a venire. Una prima doverosa consi-

derazione riguarda gli indubbi meriti della legge n. 190/2012¹: questa ha contribuito a consolidare nell'opinione pubblica e nel sistema economico-istituzionale sia l'idea (nuova) che la corruzione si debba prevenire sia l'idea (non scontata) che la corruzione possa essere prevenuta in sede amministrativa. Insomma, anche per la rilevanza che il tema ha acquisito in sede internazionale², la corruzione oggi non è più solo un fatto di natura criminale, da sanzionare *ex post* grazie ad un'azione accertativa; la corruzione ha ormai assunto anche la configurazione di rischio amministrativo ed è divenuta oggetto di una nuova funzione (l'anticorruzione) la quale consiste in attività amministrative di tipo diverso, svolte a diversi livelli (in Italia l'ANAC, a livello centrale³ e i *responsabili della prevenzione della corruzione*, presso le singole amministrazioni), comunque unificate da uno scopo preventivo.

I benefici derivanti dal concreto esercizio di questa nuova funzione sono sufficienti per giustificare i costi che (pure) l'anticorruzione ha prodotto? Questa nuova funzione, sovrapponendosi all'amministrazione ordinaria, non ha forse creato anche effetti disfunzionali? Davvero il sistema così come è stato concepito riesce ad intercettare e a prevenire i casi di corruzione⁴?

¹ Legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. In Italia, già nel 1996 era stato elaborato un importante rapporto del Comitato di Studio sulla prevenzione della corruzione, *Rapporto al Presidente della Camera dei deputati*, doc. CXI, n. 1, presentato al Presidente della Camera il 23 ottobre 1996. Successivamente, ha operato la Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, producendo un nuovo rapporto, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, 2012.

² È qui sufficiente richiamare la *United Nations Convention against Corruption-UNCAC* del 2003, art. 5 (*preventive anticorruption policies and practices*) in cui si stabilisce che gli Stati «develop and implement or maintain effective, coordinated anticorruption policies that promote the participation of society and reflect the principles of the rule of law, proper management of public affairs and public property, integrity, transparency and accountability».

³ Cfr. R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015.

⁴ A. VANNUCCI, *Il bilancio in chiaroscuro dell'anticorruzione: la Relazione dell'Anac al Parlamento*, 15 luglio 2015, in <https://www.avvisopubblico.it/home/il-bilancio-in-chiaroscuro-dell-anticorruzione-la-relazione-dell-anac-al-parlamento/>. Si veda anche R. CANTONE, N. PARISI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la vita di relazione internazionale. L'esperienza innovativa di ANAC dal 2014 al 2020*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

Il bilancio è tutt'altro che semplice, presenta luci e ombre, anche perché le scelte legislative e le pratiche amministrative non sempre hanno fatto ricorso ai contributi, anche molto avanzati, che vengono da una letteratura sterminata in materia di *regulatory compliance*, che è multi-disciplinare e non di rado sostenuta da evidenze sperimentali: ad esempio, non sempre si è considerato che l'innalzamento delle sanzioni non genera necessariamente un disincentivo dall'illecito; oppure che la configurazione penalistica di un illecito non è di per sé un elemento di deterrenza; o, infine, che i controlli non necessariamente riducono le occasioni di corruzione, potendole anzi accrescere⁵. Insomma, quello che sappiamo oggi di illeciti e corruzione grazie agli apporti di diverse prospettive disciplinari, è "di più" ma talvolta anche "altro" rispetto a quanto sapevamo in passato. Di questa maggiore conoscenza non abbiamo però ancora tratto tutte le conseguenze istituzionali.

Si potrebbe argomentare che il sistema di anticorruzione, introdotto in Italia dieci anni fa, tutto sommato funziona. Se guardiamo al noto indice di *Transparency International*⁶, la situazione sembrerebbe migliorata, passando da uno *score* di 42 del 2012 al 56 del 2021. Ma questo è sufficiente per sostenere che vi sia effettivamente un maggiore capacità di tenere sotto controllo i fatti di corruzione? L'indice di *Transparency International*, infatti, è un indice di corruzione percepita, nulla ci dice riguardo alla corruzione reale, ai fatti di corruzione effettivamente perpetrati nel nostro sistema⁷. Questi sono caratterizzati (come tutti gli illeciti) da segretezza, dunque sfuggono ad una rilevazione quantitativa⁸. Anche la conoscenza

⁵ Per i riferimenti su questi aspetti, sia consentito il rinvio alla trattazione in M. DE BENEDETTO, *Corruption from a regulatory perspective*, Hart, 2021.

⁶ Il *Transparency International Annual Report* è basato sul *Corruption Perception Index* (CPI), introdotto nel 1995, che mette a confronto 180 Paesi «by their perceived levels of public sector corruption according to experts and businesspeople» (www.transparency.it/corruption-perceptions-index/). Riguardo l'indice dei diversi Paesi: «A country's score is the perceived level of public sector corruption on a scale of 0-100, where 0 means highly corrupt and 100 means very clean» (<https://www.transparency.org/en/news/how-cpi-scores-are-calculated>).

⁷ Cfr. B.A. OLKEN, *Corruption perceptions vs. corruption reality*, in *Journal of Public Economics*, 93(7-8), 2009, p. 950.

⁸ Sul punto, cfr. D. SERRA, *Empirical determinants of corruption: A sensitive analysis*, in *Public Choice*, 2006, p. 225 e T. ANDREI, B. OANCEA, F. DANANAU, *The analysis of corruption in public administration. A quantitative method*, in *Lex et Scientia*, 17(1), 2010, p. 435. Nell'ambito della Presidenza italiana del G7, il 27 ottobre 2017 il Ministero degli Affari Esteri ha ospitato il semi-

qualitativa del fenomeno è comunque difficoltosa, perché ad oggi non abbiamo un trattamento sistematico delle informazioni ricavabili dal contenzioso penale, dove sono custoditi (per ora criptati) preziosi elementi ricognitivi sul modo in cui si sono integrati i fatti di corruzione da un punto di vista squisitamente amministrativo.

Insomma, se la corruzione che conosciamo e misuriamo è prevalentemente quella percepita, è difficile fare un vero e proprio bilancio dell'anticorruzione⁹. Pertanto, si tenterà di ragionare adottando una chiave di lettura diversa, radicalmente preventiva, spostando l'attenzione dalle molteplici attività amministrative in cui la corruzione potrebbe integrarsi (oggetto dell'anticorruzione convenzionale, come oggi è) al disegno di quelle funzioni, dei correlati controlli e delle previste sanzioni (oggetto dell'anticorruzione regolatoria)¹⁰. Accanto al mantenimento del sistema di anticorruzione vigente, tre sono le ragioni che suggeriscono l'utilità di rafforzarlo: la prima è contenere le risorse necessarie per conseguire l'effetto preventivo; la seconda è temperare gli effetti collaterali dell'anticorruzione convenzionale, come l'amministrazione difensiva; la terza è coniugare anticorruzione ed effettività della regolazione perché la corruzione è proprio una delle possibili forme della ineffettività¹¹.

Quindi, per svolgere il ragionamento che ci proponiamo si dovrà dapprima definire la corruzione in modo funzionale agli scopi dell'anticorruzione (par. 2), poi enumerare i rischi che emergono dalle attività di prevenzione della corruzione (par. 3), nonché delineare la questione della corruzione come problema eminentemente regolatorio (par. 4), dando conto di come la corruzione prenda vita dalle regole e di come

nario *High level Workshop on Corruption Measurement*, 27 Ottobre 2017, in https://www.esteri.it/en/sala_stamp/archivionotizie/approfondimenti/2017/10/presidenza-italiana-g7-seminario-2/.

⁹ Un contributo recentissimo e completo sul tema dell'anticorruzione italiana è quello di E. CARLONI, *Anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, il Mulino, 2023. Si vedano anche E. CARLONI, R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2017, p. 903 e M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista Trimestrale Di Diritto Pubblico*, 1, 2019, p. 61.

¹⁰ Si veda, al riguardo, F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 2019, p. 805.

¹¹ Così, nel volume G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 116-117

la corruzione possa essere contrastata attraverso le regole. Ancora, verrà illustrato il contributo che all'anticorruzione convenzionale (focalizzata sulla prevenzione di condotte amministrative a valle) può venire dall'anticorruzione regolatoria, in cui si ricercano anche effettività amministrativa e prevenzione della corruzione, operando sulla genetica delle transazioni corrotte, con un intervento (a monte) sulle regole che disegnano le funzioni amministrative (par. 5). Si descriverà, in seguito, la pratica dell'analisi di corruzione (par. 6), concludendo con l'indicazione della necessità di una strategia integrata imperniata su una azione sistematica di semplificazione (normativa e amministrativa), sulla qualità della regolazione e sull'effettività di controlli e sanzioni, non solo in vista della prevenzione della corruzione ma della effettività della regolazione e dell'amministrazione (par. 7).

2. *Definire la corruzione a fini di anticorruzione*

La nozione di corruzione è controversa¹² e «irt[a] di complessità interpretative»¹³. Questa è fenomeno che ha puntualmente attraversato i sistemi istituzionali ed economici, le epoche storiche e le culture¹⁴ ma è anche fenomeno relativo, fortemente condizionato dal contesto in cui si manifesta: un fatto può essere considerato corruzione in un certo luogo e in un certo periodo storico e non esserlo altrove e altrimenti¹⁵.

Il dibattito intorno alla definizione di corruzione si è sviluppato negli anni Sessanta del secolo scorso e ha visto schierarsi, da una parte, coloro i quali ponevano l'accento sul profilo morale¹⁶ e, dall'altra, coloro i quali ne proponevano invece una valutazione più obiettiva, tenendo conto

¹² Per una ricostruzione del dibattito sulla definizione di corruzione, sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *Administrative Corruption*, in J. BACKHAUS (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer on line, 2014, pp. 1-2. Sul punto v. anche F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli editore, 2010. Si veda anche A. LA SPINA, *Mafia e corruzione. Differenze concettuali, connessioni, strumenti di contrasto*, in *Sicurezza e scienze sociali*, 2, 2016, p. 47.

¹³ E. CARLONI, *Anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, cit., p. 31.

¹⁴ Cfr. R. KLITGAARD, *Controlling Corruption*, University of California Press, 1988, p. 7.

¹⁵ Cfr. F. ANECHIARICO, J.B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*, The University of Chicago Press, 1996, p. 3.

¹⁶ Cfr. E.C. BANFIELD, *The Moral basis of Backward Society*, New York, Free Press, 1958.

delle possibili spiegazioni e dei possibili effetti positivi della corruzione, basandosi su valutazioni economiche¹⁷ (la corruzione come «*greasing the wheels*»¹⁸). Insomma, la corruzione è stata sempre più frequentemente oggetto di studi e analisi empiriche, di volta in volta orientate a ricostruirne le determinanti¹⁹ e a comprenderne le dinamiche per approntare risposte istituzionali capaci di contenere il problema²⁰.

La definizione di corruzione adottata dagli organismi internazionali è comprensibilmente scarna, poiché deve essere applicata nei sistemi istituzionali più diversi: «*abuse of public power for private benefit*»²¹.

La nozione di corruzione che meglio sembra servire al diritto amministrativo in un'ottica di prevenzione, ci viene però dall'applicazione del modello Principale-Agente(-Cliente), cui hanno fatto ricorso molti studiosi del tema²². Attraverso tale modello è possibile una migliore comprensione dei diversi ambiti in cui si muovono le transazioni illecite (in generale) e quelle corrotte (in particolare) tutte caratterizzate da due elementi: la ricerca di profitto (*rent-seeking*)²³ e la segretezza.

¹⁷ S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. XI: («*economics is a powerful tool for the analysis of corruption*»).

¹⁸ Cfr. N. LEFF, *Economic Development Through Bureaucratic Corruption*, in *The American Behavioral Scientist*, 10 November 1964, p. 11: «*If the government has erred in its decision, the course made possible by corruption may well be the better one*». Si veda anche S.P. HUNTINGTON, *Political order in changing societies*, Yale University Press, 1968, p. 69: «*In terms of economic growth, the only thing worse than a society with a rigid, over-centralised, dishonest bureaucracy is one with a rigid, over-centralised, honest bureaucracy*». Si vedano anche le considerazioni di G. D'ALESSIO, *Normativa anticorruzione e concorsi pubblici*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 269 ss.

¹⁹ Cfr. D. SERRA, *Empirical determinants of corruption: A sensitive analysis*, cit., p. 225.

²⁰ Cfr. E. CARLONI, *Anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, cit., p. 44. Cfr. anche A. GREYCAR, T. PRENZLER, *Understanding and preventing corruption*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2013.

²¹ World Bank, *Writing an effective anticorruption law*, October 2001, Washington, 1; World Bank, *Helping countries combat corruption: progress at the World Bank since 1997*, Washington, 2000.

²² Cfr. E.C. BANFIELD, *The Moral basis of Backward Society*, cit., S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption. A Study in Political Economy*, London, Russel Sage, 1978, R. Klitgaard, *Controlling Corruption* cit., D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *The hidden order of corruption. An institutional approach*, Farnham, Ashgate Publishing, 2012.

²³ Cfr. J.G. LAMBSORFF, *Corruption and Rent-seeking*, in *Public Choice*, 2002, vol. 113, p. 97.

Nelle transazioni tra Principale e Agente, possono emergere illeciti diversi dalla corruzione, quali frodi interne o uso illecito di beni pubblici. Lungo il diverso asse delle transazioni tra Principale e Cliente (impresa o privato) vengono integrate violazioni dirette di prescrizioni normative che prevedono obblighi e divieti a carico di privati: evasione fiscale, norme *antitrust*, illeciti in materia di riciclaggio, frodi di qualsiasi natura. In tutti questi casi si tratta di violazioni che non sono corruzione perché la corruzione in senso proprio richiede l'elemento della collusione tra Agente (pubblico) e Cliente (privato)²⁴.

La prevenzione della corruzione, che utilizza strumenti di diritto amministrativo, deve così intervenire precocemente, interessando (oggi) tutte le transazioni illecite, anche quelle di natura non corruttiva, in modo da gestire tempestivamente il rischio della corruzione. Ogni illecito, infatti, può dar luogo (domani) a transazioni corrotte, quando sarà oggetto di controlli della più diversa natura, perché nel controllo si concretizza una opportunità di contatto tra un Agente pubblico e un Cliente (cittadino o impresa): i controlli, infatti, hanno una natura ibrida, non sono solo un modo per combattere o prevenire la corruzione ma possono essere essi stessi una reale occasione per transazioni corrotte²⁵.

Insomma, la nozione di corruzione che meglio serve gli scopi della prevenzione amministrativa è quella che la inquadra come «dis-funzione»²⁶ adottando una prospettiva regolatoria, proprio perché considera le regole che pongono obblighi e divieti e quelle che disciplinano poteri amministrativi. Il loro impatto deve essere monitorato e valutato in modo da evitarne, per quanto possibile, effetti perversi²⁷ e da catalizzarne effetti

²⁴ Sul punto v. M. ROBINSON (eds.) *Corruption and Development*, London, Routledge, 2004, p. 110, dove si afferma che non può darsi corruzione «since it does not include the active (or passive) collusion of an agent of the state». V. anche R. BOWLES, *Corruption*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. V. *The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 476.

²⁵ Sul punto v. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunito: vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 86. Sull'argomento, rinvio a quanto sostenuto in M. DE BENEDETTO, *Corruption and controls*, in *European Journal of Law Reform*, vol. 17, n. 4, 2015, p. 488.

²⁶ COSÌ, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, nella III edizione 2017, p. 384 ha introdotto proprio un paragrafo dedicato alla corruzione nell'ambito del capitolo sulle «disfunzioni amministrative».

²⁷ R. BOUDON, *Effets pervers et ordre social*, Puf, 1977.

compatibili con gli obiettivi della regolazione²⁸. In questo senso, l'effettività della regolazione contribuisce alla prevenzione della corruzione, cioè tende a rendere residuali le ipotesi di vera e propria corruzione: «*when rules are effective there is very limited space for infringements and administrative corruption*»²⁹.

3. La prevenzione della corruzione non è immune da rischi

Come si è visto, la corruzione è fenomeno in cui l'atto di rilevanza criminale giunge solo a conclusione di un più ampio processo, per cui si richiederebbe - nel quadro delle emergenti politiche di prevenzione - un intervento precoce³⁰. Occorre, peraltro, considerare che la prevenzione della corruzione di tipo convenzionale (quella che prevalentemente si orienta a considerare i procedimenti in cui la corruzione potrebbe integrarsi) comporta un incremento di attività amministrative e di controllo, le quali non sono esenti da rischi.

Un primo rischio riguarda la possibilità che *la prevenzione possa essere ridotta ad un'apparenza*³¹, esattamente per le stesse ragioni per cui abbiamo della corruzione solo una contezza obliqua, garantita dagli indicatori di percezione. Certamente, questi sono molto utili nell'ambito delle periodiche comparazioni tra paesi ma nel dibattito a livello internazionale (ma anche a livello nazionale, dalla nostra ANAC³²) è sentita l'urgenza di indicatori quantitativi che rappresentino il livello reale di

²⁸ Sul punto, Y. LEROY, *La notion d'effectivité du droit*, in *Droit et société*, 79(3), 2011, p. 731. Parlano di «*positive regulation*» R. BALDWIN, M. CAVE, *Taming the corporation. How to regulate for success*, p. 15: «*regulatory success is achieved when a regulator delivers the right outcome (for businesses, consumers and society) by acceptable procedures at the lowest feasible cost*».

²⁹ M. DE BENEDETTO, *Corruption from a regulatory perspective*, cit., p. 3.

³⁰ Cfr. T. VANDER BEKEN, *A Multidisciplinary Approach for detection and Investigation of Corruption*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, Kluwer Law International, 2002, p. 275: «*a very early detection and intervention method*».

³¹ Cfr. J. JACOBS, *Dilemmas of Corruption Controls*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, cit, p. 287.

³² L'ANAC ha in corso un programma finanziato dal Programma Operativo Nazionale Governance e Capacità istituzionale 2014-2020 per la «Misurazione del rischio di corruzione a livello territoriale e promozione della trasparenza», con «l'obiettivo di rendere disponibile un insieme di indicatori in grado di misurare il rischio di corruzione nei territori» all'interno di cui sono stati sviluppati indicatori di contesto (<https://www.anticorruzione.it/il-progetto>).

corruzione nei diversi sistemi³³. Insomma, se la segretezza è aspetto costitutivo della corruzione e se non è facile consolidare una sufficiente conoscenza e comprensione dei processi corruttivi, la mancanza di dati e le difficoltà di misurazione in questo campo rischiano di caratterizzare inevitabilmente anche la prevenzione della corruzione.

Un secondo rischio è quello della *metastasi burocratica*. Già riguardo ai controlli per la prevenzione della corruzione si è osservato che questi possono risolversi più che in minore corruzione in maggiore burocrazia³⁴. L'anticorruzione tende a produrre adempimenti amministrativi ma la burocrazia che ne segue è considerata una delle cause della stessa corruzione, di modo che si crea una sorta di circolo vizioso³⁵. Insomma, vi è una contraddizione (che quanto meno andrebbe considerata e gestita) nell'idea che per prevenire la corruzione (la quale consegue alla burocrazia) sia necessario ricorrere a ulteriore burocrazia.

Strettamente correlato è il terzo rischio, quello dell'*amministrazione difensiva*. È opinione ampiamente condivisa che il sistema dell'anticorruzione abbia contribuito alla diffusione di condotte di *defensive*

³³ Sul punto L. HOLMES, *Corruption. A very short introduction*, Oxford University Press, 2015 che indica diversi tipi di misurazione: *official statistics, perception surveys and experience-based surveys*. Si veda anche M.A. GOLDEN, L. PICCI, *Proposal for a new measure of corruption, illustrated with Italian data*, in *Economics & Politics*, 11, 2005, p. 37. Si veda, inoltre, United Nations Office on Drugs and Crime, *Manual on Corruption Surveys – Methodological guidelines on the measurement of bribery and other forms of corruption through sample surveys*, 2018. Per la prima volta l'Istat ha introdotto una serie di quesiti nell'indagine sulla sicurezza dei cittadini 2015-2016 per studiare il fenomeno della corruzione, <https://www.istat.it/it/files//2017/10/La-corruzione-in-Italia.pdf>. Si vedano, infine, A. MUNGIU-PIPPIDI, *For a New Generation of Objective Indicators in Governance and Corruption Studies in European*, in *Journal of Criminal Policy Research*, 22, 2016, p. 363 e D. KAUFMANN, A. KRAAY, M. MASTRUZZI, *Measuring Corruption: Myths and Realities*, The World Bank, 2006, www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corecourse2007/Myths.pdf.

³⁴ F. ANECHARICO, *Law Enforcement or a Community-Oriented Strategy Toward Corruption Control*, cit., p. 300. V. anche, F. BLANC, *Regulation, Regulatory Delivery, Trust and Distrust: Avoiding Vicious Circles*, in M. DE BENEDETTO, N. LUPO, N. RANGONE (eds.), *The Crisis of Confidence in Legislation*, Nomos/Hart, 2020, pp. 318-319.

³⁵ Cfr. F. ANECHARICO, J.B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*, cit., p. 204 e F. ANECHARICO, *Law Enforcement or a Community-Oriented Strategy Toward Corruption Control*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, cit., p. 299: in cui «*corruption control and bureaucracy are mutually dependent*».

decision-making, specialmente in alcuni sistemi³⁶. Infatti, regolazioni molto stringenti e dettagliate non sempre producono risultati desiderabili, potendo stimolare risposte difensive³⁷. Si consideri un *responsabile della prevenzione della corruzione*, ai sensi della legge n. 190/2012. Questo è tenuto all'osservanza di numerose regole, tra cui quella con cui si dispone che, nei casi di corruzione accertati in giudizio all'interno della sua amministrazione, verrà considerato triplamente responsabile (a titolo di responsabilità dirigenziale, disciplinare oltre che per danno erariale e per danno all'immagine della pubblica amministrazione) a meno che non dia prova di aver dato pieno adempimento ed osservanza alle norme che disciplinano la sua funzione³⁸. A prima vista, sembrerebbe che la precisione della regola possa contribuire a rendere l'obbligazione più severa, richiedendo esattamente cosa deve fare un responsabile della prevenzione della corruzione (coordinare attività; promuovere l'adozione di codici etici; svolgere un certo numero di controlli e di vigilanza sui piani anticorruzione etc.). A ben vedere, però, regole stringenti non impediscono da sole condotte opportunistiche ed illecite perché le regole ci dicono quello che bisogna fare e non quello che faremo³⁹; inoltre, i funzionari onesti potrebbero essere disincentivati dall'adottare decisioni pur opportune che siano caratterizzate dalla presenza di un qualche tipo di rischio. Infatti, dalla norma si ricava la preferibilità di un comportamen-

³⁶ Sulla *«defensive administration»*, cfr. F. ARTINGER, S. ARTINGER, G. GIGERENZER, *C. Y. A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration*, in *Business Research*, 2018, p. 10: *le defensive decisions «occur when professionals opt for the second-best option rather than (what they believe to be) the best option for their organization or client in order to protect themselves from potential negative consequences in the future»*. Con riguardo all'Italia, cfr. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2019, p. 293.

³⁷ Cfr. B.E. ASHFORTH, R.T. LEE, *Defensive behavior in organizations. A preliminary model*, in *Human Relations*, 43, 7, 1990, p. 621.

³⁸ Legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, art. 1, co. 12: «In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze: a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo; b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano».

³⁹ G. VEDEL, *Le hasard et la nécessité*, in *Pouvoirs*, 50, 1989, p. 27.

to amministrativo pedissequamente conforme, l'unico che può garantire di preservare il funzionario da conseguenze indesiderabili⁴⁰.

Così la regolazione rischia di fallire: da un lato, vengono prescritti adempimenti formali la cui utilità – in vista dell'obiettivo sostanziale della riduzione della corruzione – è difficile da misurare; dall'altro, il lavoro prevalente dei funzionari diviene l'approntamento della prova dell'adempimento degli obblighi normativi che li riguardano. Le regole, in buona sostanza, sono percorsi guidati e funzionano come incentivi per ottenere vantaggi o evitare svantaggi.

Vi è poi il quarto e ultimo rischio, registrato dapprima dalla dottrina statunitense: quello per cui le politiche anticorruzione rendono *più difficile il reclutamento di amministratori competenti e onesti* per lo svolgimento di compiti di governo⁴¹. È importante aver contezza di questa evidenza non solo in vista di una migliore definizione delle politiche di prevenzione della corruzione ma anche per evitare l'effetto collaterale indesiderabile di “*skills drain*” dalle istituzioni. *Perché si produce questo effetto? Di cosa dovrebbe aver timore un funzionario se intende comportarsi correttamente?*

Un importante contributo sul tema ci viene dagli studi comportamentali⁴² e dalla letteratura in materia di fiducia⁴³. Questa è indispensabile per la cooperazione, sia nelle relazioni interpersonali che in quelle istituzionali.

⁴⁰ F. ARTINGER, S. ARTINGER, G. GIGERENZER, C. Y. A.: *frequency and causes of defensive decisions in public administration*, cit., p. 11: «*In organizations where failures are wrongly attributed to the decision maker, managers feel threatened and in need of protecting themselves*».

⁴¹ Cfr. J. JACOBS, *Dilemmas of Corruption Controls*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, cit., p. 285. Sul punto v. anche S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, cit., p. 68; S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and conflicts of interest*, in J.B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD (eds.), *Corruption and Conflicts of Interest. A comparative Law Approach*, Edward Elgar, 2014, p. 5. V., infine, R.E. MESSICK, *Policy consideration when drafting conflicts of interest legislation*, in J.B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD (eds.), *Corruption and Conflicts of Interest. A comparative Law Approach*, cit., p. 123.

⁴² In generale sul punto, cfr. N. RANGONE, *A Behavioural Approach to Administrative Corruption Prevention*, in A. CERRILLO I MARTÍNEZ, J. PONCE (eds.), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, Bruylant, 2017, p. 69.

⁴³ Sull'argomento, per un quadro di sintesi, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021. Si vedano anche N. LUHMANN, *Trust and Power*, Polity Press, 2017, prima edizione in tedesco 1973; D. GAMBETTA (eds.) *Trust. Making and breaking cooperative relations*, Blackwell, 1988, p. 49; E.M. USLANER, *The Moral Foundations of Trust*, Cambridge University Press, 2002.

Le regole invece operano alla stregua di un surrogato⁴⁴, dove ci sono regole, non c'è fiducia⁴⁵. Talvolta regolare è necessario per ricostruire un contesto di affidamento che si basi sulla deterrenza, in esito a controlli e sanzioni. Ma una quota di fiducia serve alla funzionalità del sistema, serve per mantenere vivo il coinvolgimento morale degli agenti, pubblici o privati, che è frutto di libertà: infatti, se io *devo* comportarmi *per osservare un obbligo* nel modo in cui *mi sarei comunque comportato, per libera determinazione* (così da rispondere al mio personale sistema di valori) la natura morale del mio comportamento tende ad affievolirsi⁴⁶. I funzionari pubblici onesti ed esperti sono fortemente motivati dalla fiducia nelle loro competenze e nella loro integrità⁴⁷: si nutrono cioè del riconoscimento sociale, rispondono ad una struttura specifica di incentivi, che si muove nel lungo periodo e si impernia sul prestigio professionale⁴⁸. Ebbene, la letteratura ha evidenziato che la fiducia non è soggetta a consumo come un bene materiale, ma cresce con l'uso e si riduce quando non è usata⁴⁹. Questo forse contribuisce a spiegare perché un sistema di anticorruzione troppo stringente influenza negativamente la presenza

⁴⁴ M.E. WARREN, *Democracy and trust*, Cambridge University Press, 1999, p. 266.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 265.

⁴⁶ Sul punto si veda un interessante esempio di standard intrusivi, definiti tra gli esempi riportati in coda al codice di condotta dei dipendenti dell'International Monetary Fund-IMF, *Code of Conduct for Staff*, July 31, 1998, VII. *Examples*: «*Conduct within the IMF*: 4. *I am taking orders for Girl Scout cookies on behalf of my daughter. May I ask colleagues whether they wish to place an order? Yes, so long as there is no coercion or pressure placed on colleagues to make a purchase*». Si veda F. CARNELUTTI, *Morale e diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, Cedam, 1953, p. 41: «Sulla libertà in luogo che sul dovere la morale è fondata; né altro è la libertà che potere morale» e p. 43: «i caratteri differenziali della morale in confronto col diritto sono veramente quelli che il senso comune intuisce: assenza della legge e assenza della coazione». Sul punto v. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 190, dove – parlando di norme morali – le descrive come «norme la cui sanzione è puramente interiore». V., anche, F. VON HAYEK, *Studi di filosofia, politica ed economia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, p. 408: «La moralità e i valori morali crescono solo in un ambiente libero».

⁴⁷ F.D. SCHOORMAN, R.C. MAYER, J.H. DAVIS, *An Integrative Model of Organizational Trust: Past, Present and Future*, in *The Academy of Management Review*, vol. 32, 2, 2007, p. 345.

⁴⁸ Sulla differente struttura dei sistemi d'incentivo per i burocrati e i politici cfr. A. ALESINA, G. TABELLINI, *Bureaucrats or Politicians? Part I: A Single Policy Task*, in *The American Economic Review*, 97, 2007, p. 169 e *Bureaucrats or Politicians? Part II: Multiple Policy Tasks*, in *Journal of Public Economics*, 92, 2008, p. 426.

⁴⁹ Sul punto, A.O. HIRSCHMAN, *Against Parsimony: Three Easy Ways of Complicating Some Categories of Economic Discourse*, in *The American Economic Review*, vol. 74, no. 2, Papers and

di fiducia, rende più difficile reclutare *honest and competent people in Government* e creare le condizioni per cui funzionari di valore possano lavorare agevolmente.

4. *La prevenzione della corruzione è un problema regolatorio*

L'idea centrale del ragionamento che qui si propone (ed estensivamente trattata altrove⁵⁰) è che la corruzione amministrativa, come gli altri comportamenti illeciti, presupponga sia l'esistenza che l'ineffettività delle regole: ne consegue che una prospettiva regolatoria può aiutare a prevenire sia la corruzione che altri tipi di violazione.

Le relazioni tra regole e corruzione sono state già studiate da autori come Anthony Ogus⁵¹ e Marco D'Alberty⁵². Dunque, l'anticorruzione regolatoria si propone di ampliare la logica delle correnti politiche di prevenzione, basate sull'anticorruzione convenzionale, che si concentrano sulla corruzione (il sintomo) e che dovrebbero essere riorientate per includere le regole, che sono le determinanti di qualsiasi processo di corruzione: infatti, in uno stato di diritto, senza regole non si instaura alcun potere pubblico, non ci sono funzioni amministrative, nessun agente pubblico può essere titolare di competenze in qualsivoglia procedura amministrativa e, di conseguenza, nessuna corruzione potrebbe essere integrata.

Per questo motivo, le regole possono essere utilizzate per arricchire lo strumentario anticorruzione. Insomma, la corruzione amministrativa può essere affrontata prendendo in considerazione le regole durante il loro intero ciclo di vita, rafforzandone l'effettività e riducendo drasticamente lo spazio per le violazioni e la corruzione amministrativa. La ricerca

Proceedings of the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1984), p. 93.

⁵⁰ Il riferimento è a M. DE BENEDETTO, *Corruption from a regulatory perspective*, cit. per i profili specifici e a G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit. per i profili più generali.

⁵¹ A. OGUS, *Corruption and regulatory structures*, in *Law & Policy*, 26, 2004, p. 329.

⁵² M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016 e Id (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017. Sul punto si vedano B.G. MATTARELLA, *Il contributo di Marco D'Alberty agli studi sulla corruzione pubblica*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberty*, cit., p. 233 e C. PINELLI, *La scabrosa ipotesi della corruzione sociale*, *ivi*, p. 320.

dell'effettività delle regole diviene così l'antecedente logico delle politiche anticorruzione⁵³.

4.1 Cosa significa che la corruzione inizia dalle regole?

La regolazione viene considerata il primo e il più rilevante strumento di prevenzione e lotta alla corruzione: in altre parole, l'adozione di regole (soprattutto quelle che prevedono sanzioni più severe) viene percepita dai governi e dall'opinione pubblica come il modo corretto di reagire ad uno scandalo di corruzione. Molte delle riforme istituzionali, dovunque varate, possono essere considerate come risposte a episodi di corruzione o al timore di corruzione. Si pensi alla regolazione finanziaria⁵⁴, alla legislazione nel campo degli appalti pubblici⁵⁵, alla disciplina in materia

⁵³ Si veda, in proposito, Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Relazione, 7 dicembre 2022, p. 10, dove si afferma chiaramente che è necessario rendere effettiva la riforma, oltre il testo normativo: «occorre averare, attraverso una intensa attività operativa, almeno tre condizioni essenziali 'non legislative', che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche».

⁵⁴ I.A. MOOSA, *Good Regulation, Bad Regulation: The Anatomy of Financial Regulation and Financial Regulation as a Response to Corruption and Fraud*, in *Contemporary Issues in the Post-Crisis Regulatory Landscape*, 2016, p. 89. Anche lo scandalo della Banca Romana fu l'occasione per adottare una nuova legge bancaria, cfr. V. ZAMAGNI, *The Economic History of Italy. 1860-1990. Recovery After Decline*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 143. Si veda anche R. LEVINE, *The Governance of Financial Regulation: Reform Lessons from the Recent Crisis*, in *International Review of Finance*, vol. 12, issue 1, March 2012, p. 39, dove si sostiene che le regole costituiscono contro-misure per i «defects in the governance of financial regulation [which] allowed regulators to deviate from the public interest».

⁵⁵ Sul punto, T. SØREIDE, *Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures*, Report 2002, Michelsen Institute. Si veda anche OECD, *Preventing Corruption in Public Procurement*, 2016; S. WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment measures*, Hart Publishing, 2012. Più in generale, sul punto J.J. LAFFONT, J. TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993. Anche nella recente riforma del codice degli appalti, si considera e intende prevenire il rischio dei fenomeni corruttivi, Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Relazione, 7 dicembre 2022, p. 10, dove si richiama «la semplificazione, ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il *goldplating* ovunque possibile. Il rischio di fenomeni corruttivi è prevenuto da un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione».

di pubblico impiego e dirigenza pubblica⁵⁶, per finire ai complessi normativi specificamente dedicati all'anticorruzione.

D'altra parte, si è già anticipato, la regolazione ha una grande responsabilità nel produrre opportunità per le transazioni corrotte. L'idea non è nuova. Basti ricordare il contributo di San Paolo nella sua Lettera ai Romani, dove espone la dottrina su legge e peccato⁵⁷; o quello di Tacito nei suoi Annali, dove si esprime lo stesso concetto da una diversa prospettiva («*plurimae leges corruptissima republica*»)⁵⁸.

Se l'idea non è nuova, tuttavia questa è stata recentemente rinnovata in alcuni studi che hanno preparato il terreno per un vero e proprio approccio regolatorio alla corruzione: partendo dall'idea (e dall'evidenza) che la regolazione ha un effetto importante e causale sulla corruzione⁵⁹, si potrebbero ridisegnare le politiche anticorruzione sviluppando uno strumentario di prevenzione più efficace.

A tal fine occorre tenere presenti tre aspetti.

In primo luogo, la regolazione può fallire rivelandosi «*counterproductive*»⁶⁰. La corruzione, da questo punto di vista, può essere considerata come un effetto collaterale indesiderato, che i regolatori dovrebbero considerare.

⁵⁶ Cfr. S. ROSE-ACKERMAN, *Which Bureaucracies are Less Corruptible?*, in A.J. HEIDENHEIMER, M. JOHNSTON, V.T. LEVINE (eds.), *Political Corruption. A Handbook*, Transaction Publishers (third printing, first printing 1989), 1993, p. 803; v. anche R. KLITGAARD, *Cleaning Up and Invigorating the Civil Service*, World Bank Operations Evaluation Department, November 1996.

⁵⁷ SAN PAOLO, *Lettera ai Romani*, cap. 7: «Che diremo dunque? Che la Legge è peccato? No, certamente! Però io non ho conosciuto il peccato se non mediante la Legge. Infatti, non avrei conosciuto la concupiscenza, se la Legge non avesse detto: *Non desiderare*.⁸Ma, presa l'occasione, il peccato scatenò in me, mediante il comandamento, ogni sorta di desideri. Senza la Legge infatti il peccato è morto.⁹E un tempo io vivevo senza la Legge ma, sopraggiunto il precetto, il peccato ha ripreso vita¹⁰e io sono morto».

Sul punto, cfr. O. CONE, *The Pauline Doctrine of Sin*, in *The American Journal of Theology*, vol. 2, no. 2 (Apr. 1898), p. 241.

⁵⁸ TACITO, *Annali*, Libro 3, p. 27.

⁵⁹ G.R.G. CLARKE, *Does over-regulation lead to corruption? Evidence from a multi-country survey*, in *Southern Business Administration Journal*, vol. 14, issue 1, 2014, p. 28.

⁶⁰ Cfr. P. GRABOSKY, *Counterproductive regulation*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 23, 1995, p. 347.

Infatti, la trasgressione è «*inscribed into the law as hidden possibility*»: e in ciò consisterebbe «*the secret of law*»⁶¹.

In secondo luogo, alcuni studiosi hanno introdotto la già richiamata idea che la corruzione non debba essere valutata solo in modo negativo perché esprimerebbe anche un effetto positivo, quando è necessario contrastare qualche impatto negativo di una regolamentazione di cattiva qualità⁶².

Infine, la corruzione è *strettamente legata alle «regulatory structures»*, alla dimensione procedurale⁶³ e all'attuazione delle regole: più alto è il tasso di inflazione regolatoria, maggiori sono inevitabilmente le opportunità di contatto tra Agenti e Clienti, più sono possibili violazioni e corruzione⁶⁴. Questo significa che i sistemi giuridici dovrebbero essere eliminati per sradicare la corruzione? Certamente no. Piuttosto, se le transazioni illecite e corrotte sono orientate a ottenere un profitto indebito sfruttando le opportunità correlate alle regole, sarebbe importante comprendere il modo in cui queste producono rendite e, in questo senso, preparano il terreno alla corruzione⁶⁵. Non vi è dubbio che esista un vero e proprio «mercato»⁶⁶ della legislazione⁶⁷ e che i gruppi di interesse esercitano

⁶¹ M. NUIJTEN, G. ANDERS (eds), *Corruption and the Secret of law. A Legal Anthropological Perspective*, Ashgate Publishing, 2007, p. 12.

⁶² Cfr. A. OGUS, *Corruption and regulatory structures*, cit., pp. 330-331.

⁶³ *Ibid.*, p. 329.

⁶⁴ Cfr. V. TANZI, *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*, IMF Staff Papers, vol. 45, no. 4 (December), 1998; v. anche J. POPE, *Parliament and Anti-Corruption legislation*, in R. STAPENHURST, N. JOHNSTON, R. PELIZZO (eds.), *The role of Parliament in curbing corruption*, WBI Development Studies, 2006 e B.M. MITNICK, *Capturing "Capture": Definition and Mechanisms*, in D. LEVI-FAUR (eds.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 34.

⁶⁵ Cfr. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *The hidden order of corruption. An institutional approach*, Ashgate Publishing, 2012, p. 58.

⁶⁶ Cfr. G. NAPOLITANO, M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 163 ss. Sul punto, v. M. OLSON, *The logic of collective action. Public goods and the theory of groups*, Harvard University Press, 1965, p. 144: «*When a large firm is interested in legislation or administrative regulations of unique importance to itself, there is little doubt that it will act in its interest (...)*». V., infine, R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, voll. I-II, Bologna, Il Mulino, 2006.

⁶⁷ G.R.G. CLARKE, *Does over-regulation lead to corruption? Evidence from a multi-country survey*, cit., p. 29: «*regulation might lead to corruption (...) corruption might lead to more regulation*».

pressioni sui legislatori e sui regolatori per ottenere (a volte “comprare”⁶⁸) norme favorevoli. Così, è ragionevole ritenere che «*program elimination is sometimes better than more subtle reform strategies*»⁶⁹.

Ma come si consegue un extra-reddito (illecito) attraverso le regole?

Primo, *violando un dovere*, per evitare un costo (come nel caso dell’evasione fiscale); secondo, *ottenendo un beneficio non dovuto* (ad esempio, un sussidio ricevuto senza averne diritto); terzo, *ottenendo una regolazione che favorisca un certo interesse*. Vi è, poi, un caso diverso, quello dell’elusione (la *creative compliance*): qui i destinatari delle regole ne aggirano lo scopo, facilitati dalla amplissima disponibilità di schemi normativi⁷⁰ che possono variamente combinare, così da conseguire i vantaggi desiderati senza incorrere in violazioni frontali.

Ora, se le regole possono essere utilizzate come strumento di profitto illecito, i regolatori e i funzionari pubblici devono essere consapevoli di questa possibilità latente ed evitare, per quanto possibile, che all’adozione di una regola seguano la non conformità (l’inottemperanza di un obbligo o la violazione di un divieto) ovvero l’elusione⁷¹.

Di conseguenza, le regole che impongono doveri e stabiliscono benefici dovrebbero essere adottate con particolare cautela e monitorate nella loro applicazione a livello amministrativo; le regole che favoriscono interessi specifici dovrebbero essere tracciabili e realmente trasparenti; l’elusione dovrebbe essere prevenuta, per quanto possibile, grazie a consultazioni e valutazioni prognostiche; infine, le misure anticorruzione dovrebbero essere disciplinate e monitorate al fine di verificarne il funzionamento concreto e l’effettività⁷².

⁶⁸ Si pensi al “*Cash for law scandal*” che nel 2011 ha coinvolto il Parlamento europeo, evidenziando l’esistenza di un tariffario praticato per la presentazione di emendamenti, cfr. B. WALTERFIELD, *European Parliament member resigns over “cash for laws” scandal*, in *The Telegraph*, 20 March 2011.

⁶⁹ S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999, p. 39.

⁷⁰ Sul punto, cfr. S. ENG, *Legislative inflation and the quality of law*, in L. WINTGENS (eds.), *Legisprudence*, Hart Publishing, 2002, p. 65 ss.

⁷¹ Cfr. B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 67, dove si parla di «disobbedienza incentivata».

⁷² Sul punto cfr. N. RANGONE, *A behavioural approach to administrative corruption prevention*, in A. CERILLO-I-MARTÍNEZ, J. PONCE (eds.), *Preventing Corruption and Promoting good Government*

4.2 *Come si previene la corruzione partendo dalle regole?*

Se l'eccesso di regole è foriero di corruzione, un sistema corrotto è spesso caratterizzato anche da inflazione legislativa. D'altro canto, una regolazione di buona qualità potrebbe esprimere un forte potenziale come strumento per combattere e prevenire illeciti e transazioni corrotte, invertendo la direzione del circolo vizioso tra eccessiva regolamentazione e corruzione⁷³, grazie ad una diagnosi precoce delle potenziali e pericolose connessioni tra regole, interessi e opportunità di profitto. Da un punto di vista regolatorio, l'anticorruzione è l'effetto di una «*comprehensive strategy*»⁷⁴ che include un certo numero di strumenti volti a individuare precocemente le occasioni di *rent-seeking* offerte dalla regolazione. Tra gli strumenti anticorruzione di matrice regolatoria, distinguiamo quelli applicabili principalmente al *regulatory stock* (la normativa vigente) e quelli utilizzabili per il *regulatory flow* (la normativa in corso di adozione).

Per quanto riguarda il *regulatory stock*, il primo strumento da considerare è senz'altro la *semplificazione*, cui si può ricorrere per politiche di liberalizzazione o per quelle di miglioramento dei rapporti tra amministrazione e cittadini, ma che può essere utilizzato anche nel contesto delle politiche anticorruzione. La semplificazione può essere normativa (dando luogo ad attività di codificazione, di *cutting legislation*, di riforma) o può consistere in una semplificazione amministrativa (programmi di riduzione degli oneri amministrativi, di reingegnerizzazione delle procedure, etc.). Le politiche di semplificazione sono attive nei paesi di area

and Public Integrity, Bruylant, 2017, p. 70: «*while such measures are widely recognised as crucial corruption prevention tools, their effectiveness is strictly related to the juridical regime adopted.*»

⁷³ J.G. LAMBSDORFF, *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*, Cambridge University Press, 2008, p. 60: «*A vicious circle can exist whereby inefficient regulation leads to corruption, which in turn cultivates the further spread of troublesome regulation so as to enhance administrative power and the opportunity to exact further payoffs*»; v. anche p. 61: «*Considering this vicious circle a welfare analysis of corruption must incorporate the investigation of institutions and regulation and must not consider them exogenous to the analysis*». Sul punto, cfr. F. ANECHIARICO, J. B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective* cit., p. 173: «*in many circumstances, red tape is a response to corruption and an attempt to control it. And yet the very complexities and time-consuming factors introduced by a red-tape control system invite enterprising people to find or bore shortcuts*».

⁷⁴ S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, cit., p. 6.

OCSE e coinvolgono i Parlamenti, i Governi, le Regioni, altre autorità di regolazione, Unità/Commissioni incaricate di compiti di semplificazione. A volte le politiche di semplificazione e quelle anticorruzione possono entrare in conflitto: quando si riducono o si eliminano garanzie e *standard* di legalità, si può facilitare un maggior numero di violazioni e di corruzione; l'anticorruzione, d'altro canto, tende a produrre, inevitabilmente, ulteriore complicazione. Invece di lavorare in parallelo, come politiche concorrenti (a volte in conflitto), la semplificazione e l'anticorruzione dovrebbero cooperare nel comune quadro dell'anticorruzione regolatoria: la semplificazione può rappresentare un importante strumento anticorruzione e l'anticorruzione può costituire un criterio per selezionare le priorità della semplificazione e calibrare i relativi interventi⁷⁵.

I poteri di *advocacy* – già noti e centrali nel settore della tutela della concorrenza – rappresentano un secondo strumento utilizzabile per il *regulatory stock*, con uno specifico orientamento alle finalità dell'anticorruzione regolatoria. Si tratta di attività diverse, «*beyond merely enforcing*»⁷⁶ e che si comprendono bene nel contesto del rinnovamento delle tradizionali politiche⁷⁷ verso un «*enforcement style*»⁷⁸ di tipo cooperativo⁷⁹,

⁷⁵ Riguardo la semplificazione degli adempimenti anticorruzione si veda ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione 2022*, delibera n. 7 del 17 gennaio 2023, p. 17: «Valutando come prioritario, da una parte, garantire l'effettività dei presidi anticorruzione e, dall'altra, limitare oneri alle amministrazioni, l'Autorità ha introdotto semplificazioni, specie per le amministrazioni di piccole dimensioni. Già la disciplina sul PIAO ha previsto che per le amministrazioni con meno di 50 dipendenti si debba fare un piano semplificato. In questo l'Autorità è andata oltre prevedendo, salvo casi eccezionali indicati, un'unica programmazione per il triennio per tutti gli enti, non solo per quelli che adottano il PIAO ma anche per quelli tenuti al PTPCT o al MOG 231, con meno di 50 dipendenti e rafforzando, di contro, le attività di monitoraggio con soluzioni differenziate per enti da 1 a 15 dipendenti, da 16 a 30 e da 31 a 49».

⁷⁶ J. CLARK, *Competition Advocacy: challenges for developing countries*, in *OECD Journal: Competition Law and Policy*, vol 6, issue 4, 2005, p. 70.

⁷⁷ Sul punto, cfr. R.A. POSNER, *Antitrust in the New Economy*, in *Antitrust Law Journal*, 68, 2001, p. 925.

⁷⁸ R.A. KAGAN, *Understanding Regulatory Enforcement*, in *Law and Policy*, 11, 1989, p. 91.

⁷⁹ Cfr. J. ALM, E. KIRCHLER, S. MUEHLBACHER, *Combining Psychology and Economics in the Analysis of Compliance: From Enforcement to Cooperation*, in *Economic Analysis and Policy*, vol. 42, issue 2, 2012, p. 133. Si veda anche J.T. SCHOLZ, *Voluntary compliance and Regulatory enforcement*, cit., p. 385: «*enforcement strategy that potentially can reduce both enforcement and compliance costs by encouraging cooperation rather than confrontation between agencies and regulated firms.*»

mirando a promuovere adempimento e ottemperanza⁸⁰ e cercando di approntare uno strumentario amministrativo più ampio, completo ed efficace, quale componente per il successo delle politiche pubbliche. Rientrano in quest'ambito i poteri di segnalazione, raccomandazione, quelli consultivi, quelli di referto e altro ancora. Elettivamente questi poteri appartenerebbero alle Autorità anticorruzione nel loro ruolo di consulenza a Parlamenti, Governi, ad altre autorità di regolazione. Peraltro, anche organismi titolari di compiti di semplificazione normativa ben potrebbero raccomandare revisioni, riforme o interventi di tipo attuativo che consentano di limitare i casi di corruzione occasionati da atti legislativi/regolamentari. L'importanza dei poteri di *advocacy* specificamente orientate alla prevenzione della corruzione ha trovato un primo⁸¹ accoglimento all'interno del Piano nazionale di ripresa e resilienza, dove tra le riforme abilitanti è stata prevista la «abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione»⁸².

⁸⁰ Cfr. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, X edition, LGDJ, 2001.

⁸¹ In realtà, l'ANAC ha ampi poteri consultivi e di analisi ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. c), legge 6 novembre 2012, n. 190 (dove si prevede che l'Autorità «analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto») e ha poteri di segnalazione in materia di contratti pubblici, già ai sensi del previgente codice (art. 6, comma 7, lett. e) ed f) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), poi confermati dal codice corrente (art. 213, comma 3, lett. c) e d) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dove si richiama il potere di segnalare «al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore» e quello di formulare «al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore») e di recente dallo schema del nuovo codice (art. 222, comma 3, lett. a) e b), Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici», 7 dicembre 2022).

⁸² Piano nazionale di ripresa e resilienza, p. 73: «La corruzione può trovare alimento nell'eccesso e nella complicazione delle leggi. La semplificazione normativa, dunque, è in via generale un rimedio efficace per evitare la moltiplicazione di fenomeni corruttivi. Vi sono, in particolare, alcune norme di legge che possono favorire più di altre la corruzione. Si rende, dunque, necessario individuare prioritariamente alcune di queste norme e procedere alla loro abrogazione o revisione. Ad esempio, vanno riviste e razionalizzate le norme sui controlli pubblici di attività private, come le ispezioni, che da antidoti alla corruzione sono divenute spesso occasione di corruzione. È necessario eliminare le duplicazioni e le interferenze tra le diverse tipologie di ispezioni».

Riguardo al *regulatory flow*, l'anticorruzione regolatoria opera, innanzi tutto, attraverso la ricerca della *qualità della regolazione*⁸³. Con questa formula ci si riferisce ad un quadro unitario per attività concernenti l'istruttoria normativa, da tempo conosciute e diffuse. La qualità della regolazione è orientata alla produzione di buone regole in vista dell'effettività, cioè all'adozione di regole *osservate, attuate e foriere di risultati coerenti con gli obiettivi per cui sono state previste*, in questo senso capaci di prevenire esiti illeciti e corruzione. Si tratta di regole orientate a conseguire i loro scopi⁸⁴ perché "fabbricate"⁸⁵ seguendo specifiche regole di qualità: obiettivi chiari, istruttoria accurata, consultazioni dei destinatari, valutazione *ex ante* (Analisi d'impatto della regolazione – Air) ma anche *ex post* (Verifica dell'impatto della regolazione – Vir) degli impatti prodotti. Questo strumentario è ben noto nei Paesi dell'area OCSE, anche se talvolta viene utilizzato in modo meramente formalistico. Accanto alla qualità della regolazione in senso stretto, in alcuni Paesi è stato introdotto anche un nuovo strumento, con lo scopo specifico di valutare la legislazione/regolazione da una prospettiva anticorruzione (Valutazione d'impatto sulla corruzione o *Corruption proofing*)⁸⁶. La responsabilità di ricorrere a strumenti di qualità della regolazione (in generale) è condivisa tra Parlamenti, Governi ed autorità di regolazione, la valutazione

⁸³ Essendo la regolazione un concetto risultante, cfr. C. COGLIANESE, *Measuring Regulatory Performance. Evaluating the impact of regulation and regulatory policy*, OECD Expert Paper, 1, 2012, p. 8 dove si definisce la regolazione come «collection of rules». Sul punto si veda F. MERLONI, *Semplificazioni e discrezionalità. Qualità della normazione e qualità dell'amministrazione*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, cit., p. 465.

⁸⁴ Sul punto v. R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 2012, e C. COGLIANESE, R.A. KAGAN, *Regulation and Regulatory Processes*, Ashgate, 2007. Sull'argomento, v. N. RANGONE, voce *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, in S. CASSESE (diretto da), V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5057.

⁸⁵ Sul punto si veda F. PATRONI GRIFFI, *La «fabbrica delle leggi» e la qualità della normazione in Italia*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2000, p. 97. Si veda anche F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, Cedam, 1950, p. 494 dove si afferma che «fabbricare leggi è diventato come un servizio pubblico, forse il maggiore dei servizi pubblici». Parla di «fabbricare diritto» anche F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere legislativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 4, parte II, 1947, p. 204.

⁸⁶ Cfr. L. DI DONATO, *The Quality of Regulation in the Service of Preventing Corruption*, in *European Journal of Law Reform*, 2, 2016, e anche *Better regulation to prevent corruption: The Corruption Impact Assessment (CIA)*, in A. CERILLO-I-MARTINEZ, J. PONCE (eds), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*, Bruylant, 2017, p. 101.

dell'impatto della corruzione chiama in causa anche le competenze delle Autorità anticorruzione.

Il secondo intervento sul *regulatory flow* in funzione di prevenzione della corruzione riguarda la *tracciabilità degli interessi nelle regole*. Si tratta di qualcosa di diverso sia dalle consultazioni dei destinatari delle regole che dalla regolamentazione del *lobbying*. Come noto, in alcuni sistemi giuridici esistono albi di gruppi di interesse, registri di trasparenza o forme di *legislative footprint*⁸⁷, costosi adempimenti che non sempre hanno evitato condotte improprie e scandali (si pensi al già richiamato caso del Parlamento europeo). Così, meglio che regolare il *lobbying* è capire cosa la pressione degli interessi ha prodotto, cioè chi paga e chi beneficia per ogni regola contenuta in un atto legislativo, non solo in termini finanziari ma in termini di impatti regolatori. Tracciare gli interessi consente di realizzare una maggiore trasparenza del processo legislativo/regolatorio e al contempo di rafforzare la prevenzione della corruzione grazie all'individuazione precoce delle previsioni suscettibili di procurare vantaggi⁸⁸. Grazie alle competenze di diagnostica della regolazione (che

⁸⁷ Sull'argomento, cfr. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the role of extra-institutional actors in the democratic system*, Adopted by the Venice Commission at its 94th Plenary Session (Venice, 8-9 March 2013) p. 16, dove vengono descritti i diversi «types of [lobbying] regulatory systems and their effectiveness». Sul *legislative footprint*, cfr. J. BERG, D. FREUND, *EU legislative footprint: What's the real influence of lobbying?*, Transparency International, 2016. Per una ricognizione completa delle iniziative legislative in materia di rappresentanza degli interessi in Italia, cfr. L. SACCHI, *La regolazione della rappresentanza di interessi in Italia*, in *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, n. 199-200, 2018, p. 71.

⁸⁸ Si dia il caso di un decreto governativo che interviene in via di urgenza a ridefinire il criterio demografico (*quorum*) utilizzato per la pianta organica delle farmacie con l'obiettivo di una regolazione pro-concorrenziale che, pur nel mantenimento della pianificazione quantitativa, si traduca in un incremento delle autorizzazioni consentibili. La regolazione precedente, che prevedeva essenzialmente una farmacia ogni 5000 abitanti (art. 1, l. 2 aprile 1968, n. 475, Norme concernenti il servizio farmaceutico), viene così modificata nel senso della possibilità di apertura di una farmacia ogni 3000 abitanti (art. 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività). In sede di conversione del decreto-legge è stato introdotto solo un piccolo aggiustamento del criterio demografico, portandolo da 3000 a 3300 (l. 24 marzo 2012, n. 27, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1). Ne risulta che, in Comuni con popolazione maggiore a 12.500 abitanti, il sistema precedente consentiva l'apertura di tre farmacie, il decreto (prima formulazione), di cinque, il decreto (come convertito), di quattro farmacie. È evidente come un piccolo intervento possa generare un serio ridimensionamento dell'effetto pro-concorrenziale della legislazione: questo intervento dovrebbe essere tracciato nell'istruttoria normativa, forse proprio grazie all'attività degli uffici delle Camere (cfr. N. LUPO, *Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei mutamenti dell'assetto istituzionale, nazionale e sovranazionale*, in *Ras-*

i portatori di interessi esercitano regolarmente), occorre entrare nelle singole regole per rendere palese la creazione di rendite, etichettandole proprio come si fa per gli alimenti. La tracciabilità degli interessi si realizza (grazie ai sistemi di consultazione digitalizzati) rispondendo alle domande: *chi ha proposto per primo la regola in questione? Chi ha proposto emendamenti? Cosa è cambiato da una versione all'altra della legislazione?* E soprattutto: *quali sono le conseguenze in termini di distribuzione dei costi/benefici che deriveranno dall'applicazione della regola come era stata concepita e come è nella sua versione finale?*

Insomma, tra una versione e l'altra di un testo legislativo, un numero che cambia, un elenco che si allunga, una parola che appare o scompare indicano che per qualcuno vi sono conseguenze puntuali, valutabili in termini di svantaggi o vantaggi. La trasparenza consiste nel rendere comprensibili queste conseguenze.

5. Prevenzione della corruzione, prevenzione della corruttibilità

Quando si verifica la corruzione “la frittata è fatta”, si possono solo accertare responsabilità e comminare sanzioni. Sarebbe, peraltro, molto utile che i regolatori comprendano il modo in cui sono state compiute le infrazioni corruttive, traendo da quanto accaduto lezione per il futuro. La corruzione già commessa presenta, infatti, un grande interesse, perché costituisce una conoscenza indispensabile per migliorare la capacità di regolare e di prevenire illeciti e transazioni corrotte. La corruzione, sappiamo, non rileva solo in termini penalistici, ma è anche un rischio amministrativo: prima che “la frittata sia fatta” vi sono ampi spazi di intervento. Questo è l'ambito della corruttibilità, la corruzione che non si è ancora verificata, quella che possiamo aspettarci in termini prognostici perché esiste un rischio misurabile che possa verificarsi. Questa è la corruzione che, in qualche modo, si può prevenire grazie ad una regolazione e ad una amministrazione effettive.

A ben vedere, esistono due tipi di corruzione e due tipi di corruttibilità.

La corruzione può riferirsi a persone i cui comportamenti⁸⁹ siano repressibili: in quel caso si definisce *in senso soggettivo* (*«the quality of being corruptible»*⁹⁰), concentrandosi sugli individui, principalmente da un punto di vista morale e/o penale. Questa può essere di grande interesse anche dal punto di vista regolatorio, perché può rappresentare una *proxy* della corruzione (consentendo di aver contezza delle probabilità di commissione di fatti di corruzione in relazione a variabili come: uomo/donna; categoria professionale; età; area geografica di residenza; rapporto con indicatori di pericolosità fiscale; etc.).

La corruzione può anche riferirsi ad altri fattori, come il sistema istituzionale, la sua organizzazione e le sue regole⁹¹, e in questo senso deve essere considerata *in senso oggettivo*: la corruzione è più probabile in determinate situazioni, in presenza di un determinato quadro normativo, durante specifiche procedure amministrative o quando le persone entrano in contatto con determinati tipi di amministrazioni pubbliche, come ben sappiamo dai piani di prevenzione della corruzione⁹².

Nella lotta alla corruzione si deve tenere conto sia della corruzione soggettiva che di quella oggettiva, perché entrambe aiutano a spiegare le ragioni per cui si è verificato un determinato incidente. Se si adottano le lenti del diritto amministrativo, la corrottibilità in senso oggettivo non presenta però sempre la stessa struttura: talvolta è riferita a *poteri amministrativi*, talaltra ai *controlli*.

La *corrottibilità*, nasce insieme con i *poteri amministrativi*. In un certo senso, è l'altra faccia della medaglia dell'amministrazione. Un Cliente (cittadino o impresa) ha bisogno di permessi, chiede sussidi o altre prestazioni amministrative, atti necessari per operare sul mercato o sempli-

⁸⁹ Cfr. M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte* cit., p. 12.

⁹⁰ *Webster's Dictionary*, 1913.

⁹¹ M. D'ALBERTI, *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, cit., p. 12 dove si richiama Jeremy Bentham che parla di una corruzione *«inherent in the system of governance»*, distinguendola da quella personale. Peraltro, si veda già M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI, *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994.

⁹² Sul punto, cfr. S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, 2014, p. 21 e L. LORENZONI, *La pianificazione dei controlli nel contrasto agli illeciti e alla corruzione*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e Pubblica Amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017.

cemente per vivere (viaggiare, vendere un appartamento, essere curati in un ospedale pubblico, iscriversi ad una scuola, guidare, fare lavori di ristrutturazione nel proprio appartamento, e così via). Un Agente pubblico che per qualche ragione di interesse pubblico ha il potere di rilasciare licenze, permessi, passaporti, visti, sovvenzioni o qualsiasi altro tipo di autorizzazione amministrativa discrezionale, può abusare della propria posizione⁹³.

Così, alcuni studiosi hanno sostenuto che per ridurre definitivamente la corruzione, il ruolo del governo nell'economia dovrebbe essere drasticamente ridotto⁹⁴. Tuttavia, la semplice riduzione dei poteri amministrativi non garantisce che il taglio sia efficiente, cioè che procuri meno costi e meno corruzione. Servono valutazioni *ad hoc* e attenta calibratura, perché alcuni poteri discrezionali sono indispensabili⁹⁵. Per questo motivo, è necessario prestare attenzione soprattutto quando si stabilisce una regolazione che presenta più rischi di altre⁹⁶, ad esempio perché crea o rafforza monopoli e poteri autorizzativi, permettendo agli agenti pubblici di gestire incentivi e disincentivi per altri funzionari, cittadini o imprese⁹⁷. Le transazioni corrotte, che intercorrono tra l'Agente e il Cliente (cittadini o imprese), possono riguardare più di un aspetto della *performance* amministrativa (che sia un provvedimento o una prestazione di servizio pubblico): l'*an*, il *quando* e il *quomodo*.

Si faccia il caso di un atto amministrativo, come una licenza edilizia. L'interesse del cittadino non è solo quello di avere il permesso (*an*), ma anche di ottenerlo in tempi ragionevoli (*quando*) e di avere un permesso

⁹³ A. SHLEIFER, R.W. VISHNY, *Corruption*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 108, 3, 1993, p. 492: «*insofar as government officials have discretion over the provision of these goods [licenses, permits, passports and visas], they can collect bribes from private agents*».

⁹⁴ G.S. BECKER, *Want to Squelch Corruption? Try Passing Out Raises*, in *Business Week*, 3551, 3 Nov 1997, p. 26: «*the only way to reduce corruption permanently is to drastically cut back government's role in the economy*».

⁹⁵ K.C. DAVIS, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Greenwood Press, 1980, p. 217: «*to eliminate unnecessary discretionary power in government, not to eliminate all discretionary power*».

⁹⁶ R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice* cit., p. 236, in particolare dove si parla di «*predicting compliance*».

⁹⁷ S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, cit., 39.

che copra tutti gli elementi della richiesta, possibilmente ad un costo accettabile (*quomodo*).

Si faccia il caso di una prestazione di servizio pubblico, come un intervento di chirurgia in un ospedale. L'interesse del cittadino non è solo quello di essere operato in un buon ospedale (*an*), ma anche di essere operato il prima possibile, con riguardo all'urgenza reale e a quella percepita (*quando*), possibilmente dal chirurgo più rinomato (*quomodo*). Tutti questi elementi (*an*, *quando* e *quomodo*) hanno una tale rilevanza da potersi quantificare in denaro o altri valori, divenendo il prezzo illecito di un permesso per il quale non ci sarebbe alcun diritto o per ottenere il permesso cui si ha diritto in tempi ragionevoli; oppure il prezzo di un'operazione fatta in un buon ospedale, in tempi brevi e con l'intervento del miglior chirurgo. Immaginiamo quanto possa essere complessa questa analisi quando il Cliente sia una impresa, nei numerosissimi casi di licenze, sovvenzioni, certificazioni, registri, autorizzazioni per impianti produttivi e così via.

La *corruttibilità* è, poi, correlata allo svolgimento di *controlli*, i quali sono in attuazione di regole che prevedono comandi e divieti⁹⁸, nel senso che ne verificano l'osservanza; al contempo i controlli si possono dirigere anche a possibili infrazioni e trasgressioni legate al previo esercizio di poteri amministrativi, ad esempio un controllo su una licenza rilasciata. I controlli sulle attività private possono consistere in vari tipi di *audit*, verifiche, ispezioni. Cosa succede quando arriva un'ispezione o un altro tipo di controllo? È possibile che i Clienti (cittadini o imprese) non abbiano commesso alcuna violazione sostanziale. Ciononostante, gli ispettori in fase di controllo potrebbero abusare dei loro poteri, cercando di ottenere un vantaggio illecito, in presenza di mere infrazioni minori, formali (magari sanabili) o addirittura immaginarie.

È anche possibile che i Clienti (cittadini o imprese) abbiano commesso delle infrazioni o addirittura un'evasione fiscale significativa. Essi hanno interesse a trattenere il reddito extra derivante da attività illecite (o evasione fiscale), che viene messo a rischio dall'ispezione. Indipendentemente da chi prende l'iniziativa, il contatto concreto tra l'Agente e il

⁹⁸ Sul rapporto tra comandi, divieti e permessi cfr. J. BENTHAM, *Collected Works*, in H.L.A. HART (eds.), *Principles of Legislation*, vol 2, Athlone Press, 1945, in particolare p. 111.

Cliente durante le ispezioni crea l'opportunità di accordi corruttivi, la cui consistenza è normalmente quantificata in proporzione al reddito extra illecito⁹⁹.

L'importanza di affrontare la corruzione anche come corruttibilità deriva dall'evidenza che le transazioni tra Agenti e Clienti giungono nel corso di una procedura amministrativa o di un controllo, dove la corruzione si manifesta e quando è troppo tardi per parlare di prevenzione. Un approccio preventivo richiede una «*very early detection*»¹⁰⁰, perché la corruzione si prepara da lontano e deve essere fermata sul nascere.

6. *L'analisi di corruttibilità, in pratica*

La corruttibilità può essere disvelata ed essere oggetto di analisi. Il *Corruptibility Assessment* applica le intuizioni dell'anticorruzione regolatoria allo *stock* di legislazione (e in questo costituisce la metodologia che può sostenere i poteri di *advocacy*). L'analisi funziona in modo molto semplice, segue una *checklist* di domande, per rispondere alle quali è richiesta una competenza regolatoria nei settori oggetto di valutazione. La prima domanda della checklist è: *questa legislazione è mai stata occasione di casi di violazione o corruzione?* È appena il caso di rilevare che la risposta a questa domanda potrebbe essere data assai facilmente se disponessimo di un certo tipo di trattamento delle informazioni relative al contenzioso penale¹⁰¹. Ad oggi, però, le banche dati criminali sono prodotte e gestite dal Ministero dell'Interno (per i profili investigativi e di denuncia) e dal Ministero della Giustizia (per ciò che riguarda il contenzioso penale). Di fatto, al momento vi è una certa difficoltà a referenziare con modalità utili alla prevenzione le informazioni relative agli incidenti di corruzione, perché queste banche dati non sono in grado di

⁹⁹ Cfr. J. SCHULTZ, T. SØREIDE, *Corruption in emergency procurement*, in *Disasters*, 32(4), 2008, p. 521: «*bribes are often calculated as percentages of the total contract amount. The bigger the potential contract, the more important it is for a firm to acquire it, and the more willing they might be to take risks in the form of corruption*». Cfr. anche S. HAMEED, *The Costs of Corruption*, CSIS, 2014, pp. 34-35.

¹⁰⁰ T.VANDER BEKEN, *A Multidisciplinary Approach for detection and Investigation of Corruption*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, Springer Netherlands, 2002, p. 275.

¹⁰¹ ANAC, *Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione e prime evidenze empiriche*, dicembre 2013.

fornire risposte a domande che sarebbero molto rilevanti¹⁰²: *quale legge ha dato l'opportunità per la transazione corrotta oggetto di denuncia o di procedimento giurisdizionale? Quali meccanismi amministrativi l'hanno resa possibile? perché i controlli previsti non hanno funzionato?* Comunque, se la risposta alla domanda *questa legislazione è mai stata occasione di casi di violazione o corruzione?* è negativa, la legislazione può essere confermata da un punto di vista strettamente anticorruzione (senza pregiudizio per altre possibili valutazioni di effettività). Se la risposta è invece positiva, occorre verificare accuratamente se la legislazione sia tuttora essenziale, a causa dell'esistenza di vincoli normativi (ad esempio, una direttiva europea che richiede una regolazione nazionale), di fallimenti del mercato (ad esempio, la necessità di obblighi di informazione), di altre finalità sociali (ad esempio, la necessità di fornire un servizio pubblico) e così via.

Se la risposta alla seconda domanda – *questa legislazione è ancora necessaria?* – è negativa, si può procedere al taglio della legislazione, previa verifica di *attualità, necessità e proporzionalità* delle singole regole. Se la risposta è positiva, la fase successiva consiste nel considerare le possibili alternative a tale legislazione che – pur essendo necessaria – ha procurato occasioni di corruzione.

Se la risposta alla domanda *Esiste un'alternativa a tale legislazione?* è negativa, la legislazione deve essere mantenuta e valutata dal un punto di vista anticorruzione, ad esempio, introducendo controlli o richiedendo la rotazione del personale, riformando il sistema delle sanzioni, ricorrendo a incentivi positivi: insomma, misure che tendano a contenere i casi di corruzione. Se invece la risposta è positiva, occorre identificare le alternative utili a ridurre la corruttibilità, le quali richiederanno un monitoraggio accurato.

Una volta chiarita la struttura del ragionamento da condurre occorre accedere al merito. Per un intervento sullo stock di regolazione volto a ridurre il rischio di integrazione di illeciti e corruzione, *da quali leggi bisogna iniziare? Quali sono le regole che possono essere considerate*

¹⁰² Sul punto per un approfondimento sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *Corruzione e controlli: una introduzione*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 396-397.

strumenti di una qualche forma di profitto, tale da scatenare propensione all'illecito e appetiti corruttivi?

Purtroppo, si è già visto, un ragionamento sistematico basato sulle informazioni che vengono dal contenzioso penale ancora non è possibile. Così, occorre operare partendo dalle cd. *norme sensibili*, quelle che presentano un maggior rischio di corruzione¹⁰³ perché impongono costi (imposte, contributi); prevedono benefici (sussidi, esenzioni, agevolazioni, incentivi); impongono proibizioni o restrizioni; attribuiscono poteri di regolazione; intervengono sulla capacità amministrativa (ad esempio, incidendo, positivamente o negativamente, sul rischio di incorrere in un controllo). Insomma, non solo tenendo presenti (genericamente) i settori considerati ad alto rischio di corruzione ma (in modo mirato) dirigendosi a valutare quel numero circoscritto di regole puntuali che all'interno delle discipline settoriali operano rendendoli così corruttibili. Si prenda il caso delle autorizzazioni, provvedimenti amministrativi ampliativi necessari per lo svolgimento delle più diverse attività, dunque possibile oggetto di transazioni corrotte. Cittadini ed imprese che non hanno i requisiti richiesti possono violare la legge per ottenere una autorizzazione, con una falsa dichiarazione sui requisiti oppure conducendo transazioni corrotte con gli agenti pubblici incaricati di rilasciare il titolo amministrativo. D'altro canto, anche i cittadini e le imprese che hanno i requisiti stabiliti, possono risolversi alla corruzione, magari per ottenere un'autorizzazione più celermente. Infine, possono esservi estorsioni da parte di agenti pubblici che ostacolano il rilascio di licenze, autorizzazioni o permessi legittimi.

¹⁰³ Sull'argomento cfr. J.G. LAMBSDORFF, *Corruption and Rent-seeking*, in *Public Choice*, 113, 2002, p. 97 e T. VANDER BEKEN, *A Multidisciplinary Approach for detection and Investigation of Corruption*, in C. FIJNAUT, L. HUBERTS (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, Law International, 2002, p. 275. Gli indicatori di rischio di violazione sono stati sviluppati nel contesto del MARC Project (*Mechanism for Assessing the Risk of Crime*), finanziato dalla Commissione Europea nel contesto del Sixth European Union Framework Programme. Sull'argomento, cfr. E.U. SAVONA, *The Crime Risk Assessment Mechanism (CRAM) for proofing EU and National legislation against crime, Final Report of Project MARC – Developing Mechanisms for Assessing the Risk of Crime due to legislation and products in order to proof them against crime at an EU level, June 2006*, Università Cattolica del Sacro Cuore and Transcrime. Si veda, infine, T. VANDER BEKEN, A. BALCAEN, *Crime Opportunities Provided by Legislation in Market Sectors: Mobile Phones, Waste Disposal, Banking, Pharmaceuticals*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 12(3-4), 2006, p. 299.

Per stabilire e disciplinare tali poteri amministrativi autorizzativi, sono necessarie fonti primarie, regolamenti governativi, linee guida e manuali. Concentriamoci sulla legislazione primaria, sul *testo normativo*, formulato in linguaggio prescrittivo: ogni potere autorizzatorio stabilito in ogni possibile atto legislativo di rango primario è così identificabile anche grazie ad indicatori linguistici, perché il lessico giuridico – caratterizzato da una limitata sostituibilità – è necessario sia per stabilire che per regolare tali poteri.

Dall'analisi in via automatizzata del testo legislativo è ricavabile la previsione di poteri di autorizzazione, che possono essere stabiliti utilizzando parole e schemi diversi: autorizzazione, licenza, permesso, approvazione, firma, accettazione, ammissione, accordo, consenso, dispensa, *imprimatur*, riconoscimento. Tutti questi termini dovrebbero essere considerati come *proxy* della presenza di un potere amministrativo di natura autorizzatoria e dunque della natura sensibile delle regole che lo prevedono. In altre parole, in una legge il testo/linguaggio è un ancoraggio se si provvedono adeguate "tavole lessicali" che a certe condizioni possono fungere da indicatori per la valutazione della potenziale corruttibilità delle regole.

Lo stesso ragionamento può valere per concessioni e sussidi; imposte, tasse e altri obblighi; sanzioni, multe e altre pene; controlli e ispezioni; sussidi e incentivi economici. L'idea alla base della valutazione della corruttibilità è, così, quella di identificare potenziali *red flags* nella legislazione statale (o di qualsiasi altro tipo) grazie alle quali si circostanzi il rischio di episodi di corruzione amministrativa prodotti da singole norme, al fine di attivare le contromisure necessarie, prevedere controlli adeguati o avviare interventi di riforma.

Non tutte le possibili risposte anticorruzione sono però uguali.

Quando i cittadini e le imprese non soddisfano i requisiti stabiliti, i controlli e le sanzioni sono indispensabili, ma se le trasgressioni e i casi di corruzione sono troppi (dunque, se siamo in presenza di una diffusa ineffettività delle regole), probabilmente sarebbe importante anche una risposta di tipo regolatorio, che riconsideri la disciplina attraverso una riforma (*le restrizioni previste sono ancora giustificate? Una diversa regolazione/attuazione in sede amministrativa può essere più adatta allo scopo di tenere sotto controllo infrazioni e corruzione o di tutelare l'interesse pubblico che ha giustificato l'obbligo/divieto?*). Poi, quando i cittadini e le imprese soddisfano i requisiti stabiliti e tuttavia vi sono casi

corruzione, ad esempio per ottenere un'autorizzazione più rapidamente, occorre lavorare sul *coté* della buona amministrazione.

Comunque, le politiche anticorruzione dovrebbero oggi ritessere un'azione integrata di prevenzione che parta dalla realtà, che sia piantata sull'informazione relativa agli illeciti e alle trasgressioni corrotte. Pertanto, occorre con urgenza "tradurre" in linguaggio amministrativo la conoscenza che proviene dalle banche dati penali e che possono essere utilizzabili per le attività amministrative di prevenzione. Gli incidenti di corruzione dovrebbero essere analizzati statisticamente¹⁰⁴ ma le rappresentazioni statistiche della corruzione sono utilizzabili solo se corrispondono anche a categorie amministrative¹⁰⁵ e se le metodologie statistiche¹⁰⁶ (e i miglioramenti in termini di apprendimento automatico¹⁰⁷) possono supportare le attività di *intelligence* amministrativa¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Su «*statistics and statistical thinking*», cfr. P. STARR, *The sociology of official statistics*, in W. ALONSO, P. STARR (eds.), *The Politics of Numbers*, Russel Sage Foundations, 1987, p. 16. Si veda anche A. DESROSIÈRES, *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, 3e éd., La Découverte, 2010.

¹⁰⁵ Il linguaggio usato dagli statistici è considerato uno dei maggiori limiti della statistica, W.F. OGBURN, *Limitations of Statistics*, in *American Journal of Sociology*, vol. 40, 1, 1934, p. 17: «*a certain amount of explanation is necessary to make the language of coefficients intelligible*». Si veda anche OECD, *Statistics, Knowledge and Policy: Key Indicators to Inform Decision Making*, OECD, 2005; si veda ancora T.M. PORTER, *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, Princeton University Press, 1995 e, ancora, A. DESROSIÈRES, *Statistics and social critique*, in *The Open Journal of Sociopolitical Studies*, vol. 7, 2, 2014, p. 348.

¹⁰⁶ Per valutare la corruttilità delle norme, esperti in materia di regolazione dovrebbero innanzitutto estrarre un campione di norme anomale (norme che hanno generato episodi di corruzione) e un campione di norme di controllo (norme che non hanno generato episodi di corruzione). In secondo luogo, le norme ricorrenti nei casi di corruzione esaminati dovrebbero essere analizzate in relazione a indicatori quali il tipo di intervento normativo, l'amministrazione pubblica interessata, i controlli stabiliti, gli incentivi che muovo condotte di amministrazione difensiva. In particolare, l'analisi dovrebbe includere la definizione di indicatori di sintesi che facciano riferimento alle caratteristiche principali delle norme campionate. Ogni norma deve essere classificata in base a una serie di variabili qualitative (tipo di costi, benefici, divieti, restrizioni, ecc.). L'analisi è orientata alla stima dell'effetto degli indicatori sintetici sulla probabilità che una norma generi corruzione. La valutazione dei risultati finali sarà alla base di linee guida e possibili misure correttive per i regolatori.

¹⁰⁷ Sul punto cfr. F. MERENDA, *Legalità, algoritmi e corruzione: le tecniche di intelligenza artificiale potrebbero essere utilizzate nel e per il sistema di prevenzione della corruzione?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2022, p. 23.

¹⁰⁸ O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, *Las herramientas inteligentes anticorrupción: entre la aventura tecnológica y el orden jurídico*, in *Revista Geeral de Derecho Administrativo*, 50, 2019.

7. Semplificare, regolare, controllare: prevenire la corruzione in una visione di sistema

Vi è ampio accordo in letteratura circa il fatto che il potere degli agenti pubblici di allocare benefici scarsi e di imporre costi onerosi¹⁰⁹ sia strettamente connesso alle regole con cui si stabiliscono divieti o restrizioni, si prevedono costi o benefici, si attribuiscono compiti di regolazione o si incide sulla capacità amministrativa di un ufficio (ad esempio, aumentando o riducendo una pianta organica). In presenza di questi tipi di regole (abbiamo visto) è ben possibile che si muova da parte di privati una ricerca di rendita (*rent-seeking*), così contribuendo alla possibilità di transazioni corrotte. Independentemente dai loro specifici obiettivi, infatti, queste regole, una volta approvate, volenti o nolenti, contribuiscono a strutturare un mercato della corruzione. Per questa ragione, dovrebbero essere adottate solo quando strettamente necessario (coerentemente con i principi di necessità, residualità e proporzionalità della regolazione) e i loro impatti dovrebbero essere accuratamente ragionati in chiave prognostica nonché monitorati e valutati *ex post*.

Se questa è la premessa, per prevenire la corruzione non è sufficiente la pur meritoria azione di una amministrazione centrale specializzata che funge da specchio per tutte le innumerevoli altre. Occorre anche una strategia integrata in cui chi regola lo faccia con la contezza degli incentivi/disincentivi che sta mettendo in campo¹¹⁰ e con la capacità di rendere l'adempimento più conveniente dell'illecito o della corruzione¹¹¹. In questo senso, l'anticorruzione regolatoria dovrebbe operare a tre distinti livelli.

In primo luogo, con un'opera sistematica di *semplificazione* (e razionalizzazione) dell'ordinamento, che ha bisogno di manutenzione perché ne sia assicurata la fruibilità da parte dei consociati¹¹², come avviene in alcuni

¹⁰⁹ S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and government: causes, consequences and reform*, cit., p. 39 «*corrupt incentives exist because state officials have the power to allocate scarce benefits and impose onerous costs*».

¹¹⁰ J.A. GARDINER, *Controlling official corruption and fraud: Bureaucratic incentives and disincentives*, in *Corruption and Reform*, 1, 1986, p. 33.

¹¹¹ J.A. GARDINER, T.R. LYMAN, *The logic of corruption control*, in A.J. HEIDENHEIMER, M. JOHNSTON, V.T. LEVINE (eds.), *Political Corruption. A Handbook*, p. 833.

¹¹² Sul punto, E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, cit., p. 263 ss.

ordinamenti anglofoni¹¹³. Nel sistema italiano, i pur significativi interventi di codificazione, il ricorso allo strumento del taglia-leggi¹¹⁴, l'introduzione di Unità e strutture dedicate¹¹⁵, hanno consentito di conseguire alcuni risultati ma non hanno contribuito a consolidare una cultura istituzionale diffusa della manutenzione come seconda gamba della legislazione e quale aspetto fisiologico della produzione normativa¹¹⁶. L'ordinamento cresce per superfetazione, il coordinamento delle fonti e dei regimi normativi è arduo, il ricorso ad intermediari degli adempimenti non è evitabile, tanto per i cittadini che per le imprese. L'inflazione legislativa è difficile da contrastare, il contenzioso che può attribuirsi alla scarsa qualità delle fonti è imponente. Semplificare è essenziale ma decisamente complicato¹¹⁷.

¹¹³ In questi ordinamenti, si ricorre ad atti normativi con contenuto tipico (*Statute Law Repeal Act*) che funzionano come una sorta di ghigliottina legislativa. Quanto al ruolo delle *Law Commissions*, cfr. F. CAPORALE, *La semplificazione normativa e il modello delle law commissions come strumento per prevenire la corruzione*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017, p. 255 ss. Anche in Francia è sentita la preoccupazione di contenere disordine normativo e inflazione legislativa assicurando al contempo la *securité juridique*, grazie ad un lavoro di codificazione *à droit constant*. Cfr. G. BRAIBANT, A. ZARADNY, *L'action de la Commission supérieure de codification*, in *Actualité Juridique: Droit Administratif*, 2004, p. 1856: «la codification actuelle apparaît comme un besoin d'une société démocratique au bord de l'asphyxie normative». Si veda anche *Conseil d'État, Rapport public – Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006.

¹¹⁴ Sul punto, cfr. N. LUPO, B. MATTARELLA, *Gli sviluppi del "taglia-leggi": per ora molta immagine e poca sostanza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 161-162, 2008, p. 7.

¹¹⁵ Recentemente si pensi alla *Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione*, struttura di missione nell'ambito del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi-DAGL della Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 5 decreto-legge n. 77/2021 – Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, conv. con modif. dalla legge n. 108/2021). La c.d. *Regulation Unit* italiana ha diversi compiti: elaborare proposte per superare le disfunzioni derivanti dalla normativa vigente e dalle relative misure attuative, *garantire* maggiore coerenza ed efficacia della normazione; curare l'elaborazione di un programma di azioni prioritarie ai fini della razionalizzazione e revisione normativa. Ma la *Regulation Unit* opera in presenza di altre strutture con competenze contigue, quale l'*Unità per la semplificazione*, presso il Dipartimento per la Funzione Pubblica (decreto-legge 18 maggio 2006, n. 181, conv. con modif., dalla legge 17 luglio 2006, n. 233, come modificato dall'articolo 36 del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152).

¹¹⁶ M. DE BENEDETTO, *Maintenance of Rules*, in U. KARPEN, H. XANTACHI (eds.), *Legislation and Legisprudence in Europe. A Comprehensive Guide*, Hart Publishing, 2017, p. 226.

¹¹⁷ G. CORSO, *Perché la «complicazione»?», in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, p. 325.*

In secondo luogo, una strategia integrata la prevenzione della corruzione dovrebbe essere associata in modo strutturale agli obiettivi di *qualità della regolazione*, quel sistema di prescrizioni con funzione di auto-vincolo del legislatore volto a razionalizzare il modo di produzione delle regole¹¹⁸ in vista della loro effettività. L'introduzione della disciplina in materia di qualità della regolazione si è realizzata nel nostro ordinamento lungo quasi un quarto di secolo (a partire dalla prima legge di semplificazione, nel 1999)¹¹⁹: è oggetto di *fonti di diverso rango* (leggi, d.p.c.m., direttive, circolari); riguarda *tutti i tipi di regolatori* (il Parlamento; il Governo; le autorità indipendenti); comporta *l'adozione di una serie di documenti istruttori*¹²⁰. Purtroppo, l'utilizzazione degli strumenti orientati alla valutazione degli impatti è episodica, formalistica, non sempre adeguata rispetto allo scopo di migliorare la qualità delle regole¹²¹.

Infine, la prevenzione della corruzione può essere conseguita solo con un profondo cambiamento del modo in cui vengono trattati i *controlli* e le *sanzioni*, elementi costitutivi dell'*enforcement* della regolazione, dunque essenziali per l'effettività.

¹¹⁸ R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, cit., p. 63: «il legislatore ha dettato regole al legislatore futuro (o se preferite ha dettato regole a se stesso)». Si veda anche A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 72, dove si riporta l'opinione di Norbert Wimmer sostenendo che la razionalizzazione della decisione legislativa (e dunque la produzione delle regole e l'uso non formale delle tecniche di analisi economica della regolazione) è, innanzi tutto, un problema politico. Anche il PNRR è stato considerato un auto-vincolo, cfr. N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, 7 settembre 2022, pp. 3-4.

¹¹⁹ Per una ricostruzione, sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, vol. V, D. SORACE, L. FERRARA (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze University Press, 2016, p. 135.

¹²⁰ La relazione illustrativa; la relazione tecnica/relazione tecnico-finanziaria; la relazione sull'analisi tecnico-normativa – ATN; la relazione sull'analisi di impatto della regolamentazione – AIR, Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 26 febbraio 2009, *Istruttoria degli atti normativi del Governo*.

¹²¹ Con riferimento all'attività normativa del Governo, il Consiglio di Stato, sezione Atti normativi del Governo, ha dato conto di un ricorso non soddisfacente da parte delle amministrazioni agli strumenti di qualità della regolazione (perché l'Air è mancante; perché è un adempimento formalistico; perché è utilizzata come giustificazione *ex post*; perché non vi sono indicatori che preparano la valutazione, etc.), cfr. I. ORSINI, *L'istruttoria per gli atti normativi: analisi dei pareri del Consiglio di Stato nel triennio 2018-2020*, tesi Master in Management e Politiche delle Pubbliche Amministrazioni, Luiss Guido Carli, a.a. 2020-2021, *paper*.

Il settore dei controlli è indicato come uno di quelli a più alto rischio di integrazione di illeciti¹²², sia negli studi che nei contributi istituzionali in materia di prevenzione della corruzione. Anche riguardo alle sanzioni occorre raffinare conoscenze e pratiche. La stessa irrogazione di una sanzione dovrebbe poter essere valutata come *extrema ratio*, là dove interventi meno invasivi non hanno funzionato.

In ogni caso, tutte le attività orientate all'attuazione delle regole (il c.d. *regulatory delivery*) dovrebbero essere intese a conseguire la *compliance* evitando, per quanto possibile, di stimolare il contenzioso, non di rado correlato alla cattiva esperienza regolatoria vissuta da cittadini e imprese. *Cosa occorre perché i controlli (e le sanzioni) siano effettivi nell'individuare (e colpire) inadempimenti e illeciti, perché si produca un effetto di deterrenza e perché i controlli (seguiti da sanzioni) contribuiscano a conseguire l'effetto di tutela e prevenzione per cui sono previsti (tutela dell'ambiente, entrate fiscali, adempimento contributivo, sicurezza della circolazione stradale, tutela del mercato, ecc.) limitando al contempo la corruzione?*

Molte sono le indicazioni che riguardano i controlli e che vengono da fonti tipiche e *soft regulation* nei più diversi settori di regolazione: dalla *pianificazione* (basata sul rischio) alle *modalità attuative* (improntate a criteri di *procedural justice*, a meccanismi di rotazione o all'adozione di manuali e linee guida), per giungere al *monitoraggio* e alla trasparenza circa gli esiti dei controlli¹²³.

¹²² Cfr. B. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, Il Mulino, 2009, 38 ss.; v. ancora A. MOLITERNI, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione* in *Diritto pubblico*, 1, 2016, p. 191. Si vedano, anche, Comitato di Studio sulla prevenzione della Corruzione, *Rapporto al Presidente della Camera dei deputati*, Doc. CXI, n. 1, presentato al Presidente della Camera il 23 ottobre 1996, in particolare le parti in cui si raccomanda «che si liberino da vincoli pubblici le attività private e si riducano e semplifichino i procedimenti amministrativi di controllo» (42) e «che si disciplinino i procedimenti ispettivi e di verifica» (63); e Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, 2012, in cui i controlli sono uno specifico settore di analisi, p. 171 ss.

¹²³ Per una ricognizione, sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, *Corruption and controls*, in *European Journal of Law Reform*, issue 4, 2015, p. 479 e a M. DE BENEDETTO, *Controlli della Pubblica Amministrazione sui privati: disfunzioni e rimedi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2019, p. 855. Si vedano anche L. LORENZONI, *I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione*, in *Diritto Pubblico*, 2017, p. 779 e R. CIFARELLI, *Corruzione ammi-*

Molte anche le indicazioni per le sanzioni: una loro attenta *quantificazione* quando monetarie (altrimenti consistono in “prezzi” della violazione); un ricorso a *sanzioni interdittive* quando necessario; percorsi di *incentivazione dell’adempimento* per un *enforcement* cooperativo, ogni volta che sia possibile¹²⁴.

Insomma, controlli e sanzioni devono costituire un disincentivo all’inadempiamento, assicurando la funzionalità complessiva del settore regolato grazie ad un numero circoscritto di controlli mirati¹²⁵. Per questo, occorre *semplificare, regolare e controllare* in una visione d’insieme, se si intende conseguire l’effetto di prevenzione e tutela¹²⁶ correlato alla previsione di un potere amministrativo prevenendo, per quanto possibile, illeciti e corruzione. Infatti, l’effettività *non si riferisce alla sola amministrazione* ma guarda alla filiera integrata dell’azione istituzionale: dall’istruttoria delle regole, al *regulatory delivery*, al *regulatory impact*, alla *regulatory reform*. In altri termini, prevenire la corruzione a valle, correndo dietro alle numerosissime attività potenzialmente suscettibili di transazioni corrotte è molto più dispendioso e rischia di essere meno efficiente che adottare una strategia a monte, costituita anche da un *coté* regolatorio¹²⁷, operando una diagnosi genetica della corruzione, approntando contromisure fin dall’*institutional design* dei pubblici poteri e mirando con precisione i controlli necessari a rendere vivo l’effetto di deterrenza. Il *fine tuning* dell’anticorruzione cui si lavorerà nel decennio a venire, dovrà considerare, infine, anche lo spazio della fiducia. Se questa è

nistrativa e controlli: spunti di riflessione, in Amministrazione in cammino, 2013, https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2013/04/Gifarelli_corruzione-amministrativa-controlli.pdf.dacessario ficiletoatariseguire) ricercato, Le autorità indipendenti e gli enti pubblici, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11/2014, 1050err

roving the Governance of Risk, nzioneecui queste rispondono l’e vuoti),

¹²⁴ Per una ricognizione sia consentito il rinvio a G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione* cit., pp. 107-108 e (con riferimento al settore della fiscalità) p. 282 ss.

¹²⁵ Cfr. T.R. TYLER, *Why people obey the law*, Yale University Press, 1990.

¹²⁶ Sull’argomento, cfr. L.M. FRIEDMAN, *Impact. How Law Affects Behaviour*, Harvard University Press, 2016.

¹²⁷ F. BLANC, *From Chasing Violations to Managing Risks*, Edward Elgar, 2018.

(come si è visto) fattore intangibile dell'effettività regolatoria¹²⁸, questa promette di funzionare da terapia, sperabilmente di riattivare qualche difesa organica e di contribuire a fronteggiare, per quanto possibile, le manifestazioni insidiose e gli effetti nefasti della corruzione¹²⁹.

¹²⁸ G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit., p. 115.

¹²⁹ Così, già dieci anni fa, OCSE, *Rapporto sull'integrità in Italia. Rafforzare l'integrità nel settore pubblico, ripristinare la fiducia per una crescita sostenibile*, 2013.

Il sistema italiano nel quadro delle raccomandazioni internazionali in materia di prevenzione della corruzione

Fabrizio Di Mascio

Nel contesto di una grave crisi di legittimità del sistema politico, a partire dal 2012 la pressione delle organizzazioni internazionali ha rivestito un ruolo molto rilevante in Italia, contribuendo all'introduzione di inediti strumenti di prevenzione della corruzione. Ciò ha rappresentato in buona misura una risposta simbolica con cui la classe politica ha cercato di recuperare credibilità, come evidenziato dalla distanza che rimane tra l'introduzione di norme e la ridotta efficacia delle misure di prevenzione. L'articolo passa in rassegna le ragioni di tale divario, tra cui spiccano la carenza di incentivi politici e di fattori istituzionali abilitanti. Come accaduto anche in altri paesi, il recepimento parziale delle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali è dovuto anche ai limiti tipici dell'azione di queste ultime, poco attente a comprendere come la diversità dei contesti istituzionali incida sulla diffusione della corruzione e sulla capacità di attuare misure di prevenzione

1. *Introduzione*

A partire dagli anni Novanta del ventesimo secolo la lotta alla corruzione ha acquisito una dimensione internazionale come conseguenza della globalizzazione. Quest'ultima ha favorito il verificarsi di episodi di corruzione transnazionali che hanno coinvolto amministrazioni e imprese di Stati diversi: per combattere questo fenomeno, si è reso necessario articolare un quadro di politiche comuni ai diversi paesi. Inoltre, si è diffusa la percezione che la corruzione costituisca una minaccia per il corretto funzionamento dei mercati e delle democrazie. L'allarme sociale in tema di corruzione è andato intensificandosi sulla scia degli scandali

che hanno interessato esponenti politici di spicco in molti paesi avanzati, stimolando così la risposta degli organismi internazionali (Nazioni Unite, Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico – OCSE, Consiglio d'Europa, Commissione europea, tra gli altri) e delle organizzazioni non governative (*Transparency International* su tutte). L'attivismo degli organismi internazionali ha dato impulso al consolidamento di una politica internazionale per l'integrità che si articola in una serie di nuovi strumenti di prevenzione della corruzione complementari alle tradizionali misure repressive¹. L'obiettivo di questo contributo è quello di esaminare il recepimento della politica internazionale per l'integrità in Italia, evidenziando le ragioni del divario che rimane tra le raccomandazioni internazionali e il sistema italiano di prevenzione della corruzione. In premessa occorre richiamare l'attenzione sul fatto che principi e misure della politica internazionale per l'integrità sono stati articolati non solo all'interno di carte e raccomandazioni non vincolanti ma anche nell'ambito di convenzioni che i singoli Stati hanno sottoscritto, tra le quali spicca la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (*United Nations Convention against Corruption* – UNCAC) adottata nel 2003 a Merida cui aderiscono 189 paesi. L'effettività della politica internazionale per l'integrità viene fatta valere in buona misura attraverso un sistema di valutazioni periodiche che molto spesso poggiano sulle procedure di revisione tra pari, il cui obiettivo è quello di stimolare l'apprendimento attraverso lo scambio delle buone pratiche tra gli operatori alle prese con la traduzione di impulsi internazionali uniformi all'interno di contesti domestici differenziati.

A livello globale, ad esempio, l'effettività dell'UNCAC poggia sul meccanismo di revisione dell'attuazione (*Implementation Review Mechanism* – IRM) che finora si è articolato in due cicli di valutazione lanciati rispettivamente nel 2010 e nel 2015. A livello europeo, il Gruppo di

¹ Con riferimento agli attori che promuovono la politica internazionale per l'integrità si rimanda, tra gli altri, a S. BONFIGLI, *La dimensione sovranazionale dell'etica pubblica*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione: Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 400 ss; L. DE SOUSA, P. LARMOUR e B. HINDESS (a cura di), *Governments, NGOs and Anti-Corruption: The new integrity warriors*, London, Routledge, 2009; F. CIANVARELLA, *La lotta alla corruzione in una dimensione globale, con particolare riferimento a esperienze di semplificazione istituzionale*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017, p. 279 ss.

Stati contro la Corruzione (GRECO) ha adottato un sistema di monitoraggio reciproco tra gli Stati membri che dal 2000 a oggi si è articolato in cinque cicli di valutazione, di volta in volta focalizzati su specifiche misure, quali la regolazione del conflitto d'interessi e la trasparenza del finanziamento dei partiti politici, che siano state formulate all'interno delle convenzioni e delle raccomandazioni adottate dal Consiglio d'Europa. La Commissione europea, invece, ha puntato dapprima su un meccanismo di monitoraggio che ha portato alla pubblicazione di un Rapporto anticorruzione nel 2014². Successivamente, le politiche di prevenzione degli Stati membri dell'Unione europea hanno goduto del supporto più ampio offerto alle riforme strutturali nell'ambito del Semestre europeo³. Infine, a partire dal 2019 le politiche di prevenzione della corruzione costituiscono uno dei quattro ambiti su cui si focalizza il meccanismo europeo per lo Stato di diritto⁴.

All'effettività della politica internazionale per l'integrità concorrono altri due meccanismi: la formazione di reti transnazionali che mettono in contatto chi opera all'interno delle strutture specializzate nella lotta alla corruzione per scambiarsi assistenza e condividere esperienze, come ad esempio il *Network of Corruption Prevention Authorities* – NCPA istituito nel 2017⁵; la proliferazione di indicatori, molto spesso aggregati in indici, che consentono di ordinare i paesi in classifiche annuali sulla base del livello di percezione della diffusione della corruzione oppure del grado di conformità delle politiche nazionali rispetto agli standard internazionali⁶.

² Sul Rapporto anticorruzione della Commissione europea si veda A. HOXHAI, *The EU Anti-Corruption Report. A Reflexive Governance Approach*, London, Routledge, 2020.

³ Sull'impulso offerto dal Semestre europeo alle riforme amministrative si rimanda a F. DI MASCIÒ, *Semestre europeo e riforme amministrative in Italia*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2, 2020, p. 227 ss.

⁴ Si veda EUROPEAN COMMISSION, *Strengthening the rule of law within the Union: A blueprint for action*, COM(2019) 343 final, Brussels, European Commission, 2019.

⁵ Sulla circolazione della conoscenza all'interno delle reti transnazionali in tema di anticorruzione si veda L. PAL, *Event-focused network analysis: a case study of anti-corruption networks*, in *Policy and Society*, 39, 2020, p. 91 ss.

⁶ Per un inquadramento analitico dell'influenza esercitata dagli indicatori globali sulle politiche nazionali si rimanda a J.G. KELLEY e B.A. SIMMONS (a cura di), *The Power of Global Performance Indicators*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

Nel complesso, la politica internazionale per l'integrità, pur non essendo sostenuta da cogenti meccanismi di condizionalità, riesce a esercitare una influenza sui governi attraverso una pressione di carattere reputazionale: in altri termini, la sanzione che viene fatta valere è la perdita di credibilità agli occhi degli altri paesi, dei mercati e degli elettori da parte di quei governi che non abbiano conformato la propria lotta anticorruzione agli standard internazionali⁷. Con riferimento al caso italiano, l'offerta di supporto tecnico e legittimazione simbolica da parte degli organismi internazionali è riuscita a influenzare il corso delle politiche domestiche per l'integrità in netto ritardo perché è mancata a lungo la domanda di benefici reputazionali da parte della classe politica riottosa a ridurre le proprie prerogative di controllo discrezionale delle risorse pubbliche⁸. La sottoscrizione e la ratifica delle principali convenzioni internazionali in tema di anticorruzione, abbinata all'adozione della legge n. 190 del 2012 e dei suoi provvedimenti attuativi, è valsa a colmare il ritardo accumulato rispetto agli altri paesi. Questi provvedimenti, infatti, hanno introdotto inediti strumenti di prevenzione della corruzione sotto la spinta congiunta degli scandali di corruzione e della vulnerabilità della finanza pubblica nel periodo 2009-2014⁹. Questi eventi hanno acuito la crisi di legittimità del sistema politico nel cui contesto è andata allentandosi la resistenza opposta dalla classe politica all'introduzione di misure raccomandate dalle organizzazioni internazionali¹⁰.

⁷ Sulla pressione reputazionale esercitata dalla politica internazionale per l'integrità si rimanda a G. BORZ, *Combating corruption in Europe: a stimulus-response approach*, in *European Political Science*, 18, 2019, p. 217 ss. Sul ruolo di questa pressione nella traiettoria di sviluppo della politica di prevenzione della corruzione in Italia si vedano F. DI MASCIÒ e A. NATALINI, *Le politiche di prevenzione della corruzione: la ricerca dell'integrità in assenza di capacità*, in G. CAPANNO e A. NATALINI (a cura di), *Le politiche pubbliche in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 59 ss.

⁸ Sul ritardo con il quale l'Italia si è allineata agli standard internazionali di lotta alla corruzione si veda S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. MERLONI e L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa: Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, p. 109 ss. Sui progressi compiuti dall'Italia nella lotta alla corruzione si rimanda a D.L. FELDMAN, *The Efficacy of Anti-Corruption Institutions in Italy*, in *Public Integrity*, 22, p. 590 ss.

⁹ Per un inquadramento complessivo della legge n. 190 del 2012 si rimanda a B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli.

¹⁰ Sull'adozione della legge n. 190 del 2012 come risposta alla crisi di credibilità del governo italiano si rimanda a ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Integrity*

L'adozione di questi provvedimenti ha consentito all'Italia di recuperare credibilità, come evidenziato dal netto miglioramento della posizione nella più nota graduatoria che viene presa come riferimento a livello globale rispetto alla corruzione percepita, vale a dire il Corruption Perception Index – CPI curato da Transparency International: dal settantaduesimo posto nel 2012 l'Italia è passata al quarantaduesimo posto nel 2021 su centottanta paesi. Come si evince dall'ultimo rapporto elaborato dalle Nazioni Unite nell'ambito dell'IRM, buona parte dell'allineamento dell'Italia agli standard internazionali riguarda due ambiti: il primo è quello del coordinamento dell'attuazione delle misure di prevenzione affidato a un'agenzia specializzata quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC); il secondo è quello della trasparenza come accesso alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni che si articola sia nelle forme di rilascio proattivo di dati e documenti sui siti istituzionali sia in quelle di risposta reattiva alle richieste di accesso¹¹. Questi progressi, però, non sono serviti a ridurre significativamente il divario tra l'Italia e i paesi ritenuti meno corrotti nell'ambito del CPI perché rimane diffusa la percezione che alcune misure tipiche della politica internazionale per l'integrità, con particolare riferimento agli strumenti a presidio dell'integrità della classe politica, non siano state ancora introdotte in modo soddisfacente.

Questo contributo inquadra le misure di prevenzione della corruzione introdotte in Italia a seguito dell'adozione della legge n. 190 del 2012 alla luce delle valutazioni condotte dalle organizzazioni internazionali e dell'ampia riflessione scientifica che è stata stimolata dal consolidamento della politica internazionale per l'integrità¹². Queste valutazioni hanno evidenziato ritardi e carenze del sistema italiano ma ciò non è sorpren-

Review of Italy: Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust for Sustainable Growth, Paris, OECD Publishing, 2013.

¹¹ Si veda UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Country Review Report of Italy: Review by the United States of America and Sierra Leone of the implementation by Italy of Chapter II (articles 5-14) and Chapter V (articles 51-59) of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2016-2021*, 2019.

¹² Tra i numerosi contributi dedicati al sistema di prevenzione della corruzione in Italia spiccano F. MERLONI, *Corruption and Public Administration: The Italian Case in a Comparative Perspective*, London, Routledge, 2020; E. CARLONI, *L'anticorruzione: Politiche, regole, modelli*, Bologna, Il Mulino, 2023.

dente poiché l'ambito della prevenzione della corruzione è caratterizzato dal recepimento estremamente differenziato nei contesti domestici di raccomandazioni internazionali che si distinguono invece per la loro uniformità. L'estrema eterogeneità delle configurazioni che l'attuazione della politica internazionale per l'integrità assume nei diversi paesi non è stata finora inquadrata in letteratura da modelli capaci di associare con coerenza e parsimonia specifiche soluzioni istituzionali a specifici contesti. L'elaborazione di tali modelli, peraltro, non è stata incoraggiata dalle organizzazioni internazionali che tendono a focalizzare le proprie valutazioni sul grado di conformità delle politiche nazionali alle proprie raccomandazioni, trascurando di rilevare se in uno specifico contesto siano disponibili le risorse e gli incentivi per realizzare effettivamente il cambiamento del sistema politico-amministrativo¹³. A causa delle difficoltà incontrate sul versante della misurazione della corruzione, inoltre, mancano rilevazioni dell'efficacia degli strumenti proposti dalle organizzazioni internazionali.

I prossimi due paragrafi sono dedicati agli ambiti rispetto ai quali l'Italia ha compiuto i progressi più significativi, vale a dire l'introduzione di un'autorità anticorruzione e di un sistema di trasparenza. Il quarto paragrafo, invece, passa in rassegna le lacune relative all'introduzione di misure di prevenzione riferite alla regolazione della politica. Il quinto paragrafo pone l'attenzione sulla carenza di misure chiamate a intervenire su una condizione abilitante per la prevenzione della corruzione quale la distinzione tra politica e amministrazione. Il sesto paragrafo poggia sulla riflessione scaturita in merito al rapporto tra anticorruzione e trasformazione digitale per evidenziare alcuni limiti dell'impiego delle tecnologie digitali nel caso italiano. Il contributo si chiude con un paragrafo che riassume le ragioni del recepimento selettivo in Italia della politica internazionale per l'integrità.

¹³ Sui limiti dell'approccio seguito dalle organizzazioni internazionali che raccomandano l'adozione di misure uniformi proposte come rimedio universale a fronte dell'eterogeneità dei contesti in cui vengono attuate le riforme, si rimanda a F. DI MASCO e A. NATALINI, *Oltre il New Public Management: Le riforme amministrative tra meccanismi e contesti*, Roma, Carocci, 2018.

2. *Le autorità anticorruzione in prospettiva comparata*

Le autorità anticorruzione vengono definite in letteratura come enti cui è assegnata la missione di combattere la corruzione e di ridurre le opportunità per la sua diffusione¹⁴. Questa definizione è messa anche al centro delle iniziative delle organizzazioni internazionali che promuovono la diffusione delle autorità anticorruzione come soggetti specializzati chiamati a coordinare la traduzione delle raccomandazioni internazionali in politiche anticorruzione domestiche. Inoltre, le autorità anticorruzione sono chiamate a rappresentare gli Stati all'interno degli organismi e delle reti internazionali, contribuendo anche allo scambio di dati e conoscenza in merito alle metodologie e alle pratiche della lotta alla corruzione. Le raccomandazioni delle organizzazioni internazionali interessano anche l'assetto di questi enti che vanno configurati come autorità indipendenti dotate sul piano non solo formale ma anche sostanziale di poteri e risorse che le pongano nelle condizioni di coordinare con efficacia la lotta alla corruzione¹⁵.

Le autorità anticorruzione svolgono tipicamente quattro funzioni: coordinano l'attuazione delle strategie anticorruzione, assicurando il raccordo con le iniziative delle organizzazioni internazionali; guidano l'attuazione degli strumenti di prevenzione della corruzione; portano avanti iniziative di promozione e formazione della cultura dell'integrità pubblica; sono dedicate all'*enforcement*, vale a dire conducono indagini su casi di corruzione nell'ambito dell'azione di repressione¹⁶. La diffusione a livello globale delle autorità anticorruzione è stata trainata dal successo delle esperienze pionieristiche maturate nei casi di Singapore e Hong Kong dove enti specializzati nella lotta alla corruzione sono stati introdotti prima del 1990. A questa data nel mondo esistevano meno di 20 autorità anticorruzione, salite a 171 in 114 paesi nel 2020 secondo i risultati di

¹⁴ Questa definizione è stata proposta da L. DE SOUSA, *Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance*, in *Crime, Law & Social Change*, 53, 2010, p. 5 ss.

¹⁵ I principi internazionali riguardo all'indipendenza delle autorità anticorruzione sono stati codificati a Jakarta nel 2012 nell'ambito di una conferenza organizzata dall'autorità anticorruzione indonesiana. Sul punto si rimanda a S. DE JAEGERE, *Principles for anti-corruption agencies: a game changer*, in *Jindal Journal of Public Policy*, 1, 2012, p. 79 ss.

¹⁶ Per una disamina delle funzioni delle autorità anticorruzione si rimanda a OECD, *Specialized Anti-Corruption Institutions: Review of Models*, Paris, OECD Publishing, 2013.

una recente mappatura¹⁷. A questa netta crescita, però, si è accompagnata l'estrema eterogeneità delle configurazioni che questi enti hanno assunto nei contesti molto diversi dove sono stati introdotti.

Nonostante la loro diffusione su scala globale, le agenzie anticorruzione continuano a essere concentrate in alcune regioni del mondo come l'Asia, l'Europa centro-orientale e l'America latina¹⁸. Per quanto riguarda l'Europa occidentale, le autorità anticorruzione sono state introdotte solo in Francia e Italia¹⁹. In Francia, peraltro, le competenze in materia di prevenzione della corruzione sono state distribuite su due enti: il primo è l'*Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique* – HATVP introdotta nel 2014 con compiti focalizzati sulla regolazione del conflitto d'interessi e sulla trasparenza delle dichiarazioni rese dai responsabili di funzioni pubbliche e dai rappresentanti degli interessi; il secondo è l'*Agence Française Anticorruption* – AFA introdotta nel dicembre 2016 con il compito di coordinare l'introduzione degli strumenti di prevenzione della corruzione e di vigilare sulla loro attuazione. Questa autorità, però, non risponde ai requisiti di indipendenza poiché essa è un servizio posto sotto la supervisione dei ministeri della giustizia e delle finanze dotato, peraltro, di limitate risorse. Inoltre, essa ha focalizzato in larga misura la propria attività sulla vigilanza della conformità alla disciplina anticorruzione delle misure introdotte nelle grandi imprese pubbliche e private²⁰.

¹⁷ La mappatura è stata condotta dall'autorità anticorruzione francese in partnership con GRECO, OCSE e NCPA ricorrendo a una *survey* telematica somministrata a punti di contatto delle autorità anticorruzione per ovviare all'assenza di un dataset globale in merito ai poteri delle autorità anticorruzione. I risultati della mappatura sono riportati in AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION, *Global Mapping of Anti-Corruption Authorities: Analysis Report*, Paris, 2020.

¹⁸ Per una rassegna della letteratura sulla diffusione delle autorità anticorruzione si rimanda a F. DI MASCO, M. MAGGETTI e A. NATALINI, *Anticorruption authorities*, in M. MAGGETTI, F. a F. DI MASCO e A. NATALINI (a cura di), *Handbook of Regulatory Authorities*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, p. 177 ss.

¹⁹ Sulle autorità anticorruzione in Europa si rimanda a S. SCHÖBERLEIN, *Anti-Corruption Agencies in Europe: Typology and Case Studies*, Berlin, Transparency International, 2020.

²⁰ Sull'attività dell'Agence Française Anticorruption nei suoi primi 3 anni di vita è stato prodotto un rapporto per l'Assemblea Nazionale dai deputati Marleix e Gauvain richiamato in AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION, *Rapport d'activité 2021*, Parigi, 2022. Questo rapporto ha raccomandato la creazione di un'unica agenzia anticorruzione chiamata a interfacciarsi con un comitato interministeriale in materia di prevenzione della corruzione presieduto dal Primo Ministro. Inoltre, è stato raccomandato di specificare quali siano gli obblighi a carico delle pubbliche amministrazioni in materia di prevenzione della corruzione. In assenza di obblighi puntuali

L'Italia, dunque, costituisce un caso eccezionale nell'area dell'Europa occidentale dove non si rinvencono altre autorità anticorruzione dotate dei poteri e delle garanzie di indipendenza di cui gode l'ANAC²¹. La peculiarità del caso italiano può essere ricondotta a due fattori. Il primo fattore riguarda il ruolo della condizionalità più o meno esplicitamente imposta dagli organismi internazionali. Le autorità anticorruzione, infatti, tendono a diffondersi nelle aree del mondo dove si concentrano i paesi più esposti alla pressione degli organismi internazionali che pongono l'introduzione di agenzie specializzate nella lotta alla corruzione come una delle condizioni per accedere all'assistenza finanziaria. Non a caso, le valutazioni e le raccomandazioni degli organismi internazionali hanno influenzato l'introduzione e il potenziamento dell'ANAC nel periodo segnato dalla crisi del debito sovrano in cui l'Italia è stata implicitamente oggetto di condizionalità collegata all'acquisto dei titoli di stato²². Il secondo fattore riguarda la sostanziale impossibilità di importare nei paesi dell'Europa occidentale l'esperienza pionieristica di paesi come Singapore e Hong Kong dove il successo delle autorità anticorruzione ha poggiato sulla loro configurazione come agenzie multi-scopo dedicate anche all'*enforcement* in contesti dove mancavano enti posti a presidio dell'integrità.

Lo svolgimento della funzione di *enforcement* è spesso un fattore cruciale di successo perché quando le autorità anticorruzione si occupano solo della prevenzione esse faticano a produrre risultati tangibili come gli arresti e le condanne utili a guadagnare legittimità presso il pubblico più ampio. Il modello multi-scopo non è però riproducibile nei paesi dell'Europa occidentale dove si verrebbe a creare un conflitto tra le

e di relative sanzioni, la diffusione degli strumenti di prevenzione della corruzione nelle amministrazioni francesi è risultata finora modesta.

²¹ Sull'Italia come caso caratterizzato dalla centralità dell'ANAC nel sistema di prevenzione della corruzione si vedano R. CANTONE e E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2017, p. 903 ss.

²² L'assenza di una autorità anticorruzione in Italia venne denunciata come una lacuna macroscopica della politica per l'integrità da parte del GRECO, *Joint First and Second Evaluation Round: Evaluation Report on Italy*. Strasbourg, Council of Europe Group of States against Corruption, 2009. La richiesta di rafforzare i poteri dell'ANAC è stata invece formulata dalla COMMISSIONE EUROPEA, *EU Anti-Corruption Report: Italy. COM(2014) 38 final: Annex 12*, Brussels, European Commission, 2014.

prerogative dell'autorità anticorruzione e quelle della magistratura²³. La scelta degli altri paesi dell'Europa occidentale, dunque, è stata quella di non fare ricorso al principio di specializzazione promosso dalle organizzazioni internazionali bensì di costruire capacità a sostegno della prevenzione della corruzione all'interno degli enti già posti a presidio dell'integrità che, peraltro, godono di un buon grado di legittimità alla luce bassa percezione di diffusione della corruzione.

Nel caso dell'Italia, a fronte di un livello di percezione di diffusione della corruzione più alto rispetto a quello dei paesi dell'Europa occidentale, l'appartenenza a quest'area del mondo dove già esistono enti a presidio dell'integrità ha suggerito di introdurre un'autorità dedicata allo svolgimento delle sole funzioni di prevenzione per rispondere alle sollecitazioni delle organizzazioni internazionali. La resistenza a introdurre un'autorità specializzata nella lotta alla corruzione e i ridotti poteri affidati all'ANAC fino all'adozione del decreto legge n. 90 del 2014 sono stati il frutto della carenza di incentivi per gli attori politici ravvisata dalla letteratura internazionale. Come evidenziato dalla letteratura internazionale, gli attori politici sono interessati a introdurre autorità anticorruzione solo nella misura in cui ciò consente di rispondere sul piano simbolico alle richieste delle organizzazioni internazionali e di quelle frange dell'elettorato che chiedono un impegno credibile nella lotta alla corruzione. In Italia la tipica resistenza della classe politica all'introduzione delle autorità anticorruzione è venuta meno quando si è aperta la crisi del governo Berlusconi IV alla fine del 2011. Nel contesto della crisi del debito sovrano fattasi più acuta a partire dal 2010, in questa fase gli scandali di corruzione hanno acuito il deficit di legittimità della classe politica. A questa crisi di legittimità ha offerto una risposta simbolica il tentativo del governo Monti di guadagnare credibilità attraverso l'introduzione dell'Autorità nazionale anticorruzione alla fine del 2012.

La letteratura internazionale ha anche evidenziato il profilo dinamico dell'assetto organizzativo delle autorità anticorruzione che evolve spesso

²³ Sui limiti del modello "guard dog" di autorità anticorruzione focalizzata sull'enforcement si veda G. KURIS, *Watchdogs or guard dogs: Do anti-corruption agencies need strong teeth?*, in *Policy and Society*, 34, 2015 p. 125 ss. Oltre ai conflitti con la magistratura, Kuris evidenzia l'ingente quantità di risorse assorbite dalle autorità anticorruzione focalizzate sull'enforcement.

in modo disorganico sulla base di spinte e contro-spinte nell'ambito di un processo in cui gli attori politici e i leader delle agenzie rispondono alle rispettive mosse²⁴. Questo processo è influenzato dalle variazioni degli incentivi politici sulla spinta della pressione degli organismi internazionali e della salienza della lotta alla corruzione avvertita dall'elettorato. Come evidenzia la letteratura più recente, questi due fattori vengono utilizzati come "sponda" dalla leadership delle autorità anticorruzione per chiedere più poteri e risorse, guadagnando così margini di autonomia dagli attori politici²⁵. In linea con le aspettative di questa letteratura, in Italia il consolidamento dell'autorità anticorruzione è avvenuto quando il magistrato Raffaele Cantone, presidente dell'ANAC nel periodo 2014-2019, è stato in grado di sfruttare la popolarità acquisita in ragione delle sue precedenti inchieste sul malaffare per chiedere pubblicamente il rafforzamento dei poteri dell'ANAC. Anche l'esperienza dell'ANAC, però, è stata afflitta dal "paradosso di Icaro" che caratterizza spesso il percorso delle autorità anticorruzione: quando volano troppo alto, vale a dire esercitano un'azione incisiva di contrasto alla corruzione, esse rischiano di bruciarsi, ovvero di esporsi a interventi dei governi che riducono i loro poteri. Anche nel caso dell'ANAC, infatti, una volta conclusa l'esperienza della presidenza Cantone, è tornato a prevalere il deficit di incentivi per la classe politica, i cui esponenti temono di diventare bersaglio delle iniziative portate avanti dalle autorità anticorruzione. La carenza di incentivi politici si è tradotta nel ridimensionamento dei poteri dell'ANAC che è maturato in una fase in cui l'urgenza della lotta alla corruzione si è fatta meno saliente nell'agenda politica e istituzionale.

3. Le forme della trasparenza in prospettiva comparata

Nel corso del XXI secolo si è diffuso su scala globale il paradigma dell'*Open Government* che ha ispirato le riforme amministrative in dire-

²⁴ Con riferimento al caso italiano, l'accumulo disorganico dei poteri dell'ANAC nel periodo 2014-2019 segnato dall'attivismo del Presidente Raffaele Cantone è evidenziato da M. DELSIGNORE e M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 69, 2019, p. 61 ss.

²⁵ La centralità dell'attivismo dei leader nella traiettoria di sviluppo delle autorità anticorruzione è stata evidenziata da S. TOMIC, *Leadership, Institutions and Enforcement: Anti-Corruption Agencies in Serbia, Croatia and Macedonia*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2019.

zione di una maggiore apertura dei processi decisionali. La trasparenza rappresenta uno dei principi-cardine di questo paradigma e ciò ha contribuito al consolidamento di una ampia letteratura internazionale che ha indagato le determinanti e gli effetti delle misure ispirate dal paradigma dell'amministrazione aperta²⁶.

In primo luogo, questa letteratura ha contribuito a definire i concetti che colgono le molteplici dimensioni della trasparenza. Quest'ultima può essere declinata come accesso alle informazioni oppure come partecipazione alle scelte collettive²⁷. Gran parte della letteratura ha fatto riferimento alla prima nozione di trasparenza come accesso alle informazioni. Si tratta della nozione che più ha giovato delle opportunità della rivoluzione digitale per l'apertura del patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni²⁸. Si tratta, inoltre, della nozione messa al centro delle politiche di prevenzione della corruzione che fanno leva sull'accesso alle informazioni come strumento di controllo sociale diffuso sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni²⁹.

In secondo luogo, la letteratura internazionale ha concentrato la propria attenzione sulle principali modalità di accesso alle informazioni: da un lato, la trasparenza "reattiva" che rende accessibile il patrimonio informativo pubblico previa richiesta da parte degli utenti come previsto dalle leggi sul diritto all'informazione (*Freedom of Information Act* – FOIA)

²⁶ Sull'*open government* nel quadro più ampio dei paradigmi di riforma amministrativa si rimanda a F. DI MASCO e A. NATALINI, *Pubbliche amministrazioni: Tradizioni, paradigmi e percorsi di ricerca*, Bologna, Il Mulino, 2022.

²⁷ Sulle declinazioni della trasparenza come accesso o partecipazione si vedano A.J. MEIJER, D. CURTIN e M. HILLEBRANDT, *Open government: connecting vision and voice*, in *International Review of Administrative Sciences*, 78, 2012, p. 10 ss.

²⁸ Per una lettura critica del nesso tra diffusione della trasparenza e rivoluzione digitale come fattore non sufficiente a ridurre la frammentazione delle basi informative del settore pubblico si rimanda a M. FENSTER, *The Transparency Fix: Secrets, Leaks and Uncontrollable Government Information*, Stanford, Stanford University Press, 2017.

²⁹ Sulla trasparenza come fattore di prevenzione della corruzione si vedano C. LINSTEDT e D. NAURIN, *Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption*, in *International Political Science Review*, 31, 2010, p. 301 ss; M. BAUHR e M. GRIMES, *Transparency to curb corruption? Concepts, measures and empirical merit*, in *Crime, Law and Social Change*, 68, 2017, p. 431 ss; M. ZUFFOVA, *Do FOI laws and open government data deliver as anti-corruption policies? Evidence from a cross-country study*, in *Government Information Quarterly*, 2020, 101480.

che dal mondo anglosassone si sono diffuse in tutto il mondo³⁰; dall'altro lato, la trasparenza "proattiva" che pubblica dati e documenti a prescindere dalle richieste degli utenti, sfruttando sempre più spesso siti web e portali open data come canali digitali di accesso alle informazioni. In prospettiva comparata, il caso italiano è caratterizzato da tre elementi peculiari. Il primo elemento riguarda il ruolo marginale degli strumenti che realizzano la trasparenza come partecipazione ai processi decisionali³¹. Si pensi, ad esempio, al ricorso ancora limitato da parte delle pubbliche amministrazioni italiane alle consultazioni pubbliche³². Il secondo elemento è il ritardo dell'introduzione di forme di trasparenza che assicurano l'accesso alle informazioni a chiunque, prescindendo dall'eventuale interesse qualificato connesso all'oggetto della richiesta. In particolare, in Italia l'accesso civico generalizzato come forma di trasparenza reattiva ispirata al modello FOIA è stato introdotto solo nel 2016. Il terzo elemento concerne la rilevanza che la trasparenza ha assunto nelle recenti ondate di riforme amministrative tanto da configurarsi come criterio di organizzazione delle amministrazioni che ha preso il posto del tradizionale riferimento al principio del segreto³³.

³⁰ Un ampio quadro comparato sull'adozione delle leggi FOIA in Europa è offerto da D.C. DRAGOS, P. KOVAČ e A.T. MARSEILLE (a cura di), *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2019. Sulle leggi FOIA nelle principali democrazie avanzate si vedano B.G. MATTARELLA e M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini: Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018. Sull'esperienza degli Stati Uniti che si è diffusa su scala globale si rimanda a D.E. POZEN e M. SCHUDSON (a cura di), *Troubling Transparency: The History and Future of Freedom of Information*, New York, Columbia University Press, 2018. Un bilancio della diffusione globale delle leggi FOIA è offerto da B. WORTHY, *Freedom of information: a state of the art*, in A.S. DUFF (a cura di), *Research Handbook on Information Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, p. 220 ss.

³¹ La partecipazione alle decisioni come dimensione rilevante della trasparenza è richiamata da S. SCHNELL, *Transparency assessment in national systems*, in H. PAANAKKER, A.B. MASTERS e L. HUBERTS (a cura di), *Quality of Governance: Values and Violations*, Cham, Palgrave Macmillan, 2020, p. 81 ss.

³² Un quadro empiricamente accurato della diffusione delle consultazioni pubbliche in Italia è offerto da C. RAIOLA, *Le consultazioni pubbliche*, in G. MAZZANTINI e L. TAFANI, *L'analisi d'impatto della regolazione e gli altri strumenti per la qualità della regolazione: Annuario 2019*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 91 ss.

³³ Sul punto si rimanda a E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza: Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2022.

A conferire rilevanza alla trasparenza in Italia è stata in larga misura la centralità che gli obblighi di pubblicazione come forma di rilascio proattivo delle informazioni hanno assunto nella politica di prevenzione della corruzione³⁴. Un indicatore della centralità degli obblighi di pubblicazione è rappresentato dal conferimento all'ANAC del potere di vigilare sul loro adempimento, sanzionando la mancata o incompleta pubblicazione in alcuni casi specifici anche a seguito dei ricorsi dei cittadini riferiti al mancato accoglimento delle richieste di accesso civico semplice. Per le altre forme di trasparenza, invece, non è stata prevista un'analoga attività di vigilanza. Nel caso dell'accesso civico generalizzato a spiccare è il mancato riconoscimento dell'ANAC come *oversight body* cui i cittadini possano ricorrere avverso le determinazioni adottate dalle amministrazioni concernenti il diritto di accesso³⁵. Tale lacuna è messa in rilievo dal *Global Right to Information Rating* che misura l'accessibilità del patrimonio informativo pubblico sulla base di quanto previsto dalle norme di 136 paesi³⁶. L'adozione del d.lgs. n. 33 del 2013 e del d.lgs. n. 97 del 2016, infatti, non ha determinato un netto miglioramento della posizione in graduatoria dell'Italia che è passata dal 78esimo al 66esimo posto nel periodo 2011-2022.

In particolare, l'Italia continua a far registrare bassi valori in prospettiva comparata con riferimento ai ricorsi contro le determinazioni delle amministrazioni, alle sanzioni e alla promozione dell'istituto dell'accesso generalizzato. Si tratta degli ambiti tipicamente presidiati dagli *oversight*

³⁴ Sulla centralità degli obblighi di pubblicazione nel sistema italiano si veda E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto Amministrativo*, 24, 2016, p. 579 ss. In prospettiva comparata, il rischio che la spinta impressa dalle tecnologie digitali alla trasparenza proattiva sottragga risorse per l'attuazione del FOIA è paventato da D. BERLINER, A. INGRAMS e S.J. PIOTROWSKI, *The Future of FOIA in an Open Government World*, in *Villanova Law Review*, 63, 2019, p. 867 ss. Il caso italiano evidenzia come tale rischio sia più alto nei contesti dove leggi ispirate al FOIA sono state introdotte con ritardo.

³⁵ Questa lacuna è evidenziata da M. SAVINO, *Il FOIA italiano: La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016, p. 593 ss.

³⁶ Sulla metodologia impiegata da una rete di attivisti per produrre il *Global Right to Information Rating* si veda T. MENDEL, *The Fiftieth Anniversary of the Freedom of Information Act: How it Measures up Against International Standards and Other Laws*, in *Communication Law and Policy*, 21, 2016, p. 465 ss.

body nei paesi dove questi enti sono stati introdotti³⁷. Va anche evidenziato che la regolazione dell'accesso civico generalizzato da parte dell'ANAC è ulteriormente indebolita dalla mancata attribuzione delle competenze in materia di protezione dei dati personali a differenza di quanto avviene nei paesi, come ad esempio il Regno Unito, dove la funzione di *oversight body* è svolta dall'*Information Commissioner* che offre indirizzi alle amministrazioni relativamente al bilanciamento tra trasparenza e privacy.

Per quanto riguarda gli open data, è mancata qualsiasi forma di collegamento tra l'apertura delle banche dati e la politica di prevenzione della corruzione. L'apertura delle banche dati è stata realizzata come una dimensione della più ampia politica di digitalizzazione del settore pubblico italiano senza alcun coinvolgimento dell'ANAC con riferimento non solo alla vigilanza ma anche all'offerta di indirizzi alle amministrazioni³⁸. Ciò può risultare sorprendente alla luce dell'enfasi posta dalle organizzazioni internazionali sulla diffusione dei dati aperti all'interno della più ampia agenda dell'open government³⁹. Le organizzazioni internazionali, però, privilegiano un modello centralizzato di trasparenza proattiva molto diverso da quello su cui poggia la politica di prevenzione della corruzione in Italia. A differenza di quanto avviene in molti paesi avanzati in cui la pubblicazione dei dati è accentrata in portali tematici, in Italia è diventato dominante il modello decentralizzato che rilascia molteplici categorie di informazione sui siti istituzionali delle singole amministrazioni⁴⁰.

³⁷ La letteratura sul contributo degli *oversight body* all'attuazione delle disposizioni in materia di accesso alle informazioni è passata in rassegna da S. HOLSEN e M. PASQUIER, *More Power to You? A Case Against Binding Decisions as the Ultimate Access to Information Enforcement Tool*, in *Administration & Society*, 51, 2019, p. 34 ss.

³⁸ Sugli open data in Italia si rimanda a F. DI MASCO, *Miti e realtà degli open data in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2017, p. 399 ss. Nel caso degli open data, indirizzi e linee guida sono stati forniti alle pubbliche amministrazioni dall'Agenzia per l'Italia Digitale e dalle strutture al servizio dei commissari per l'attuazione dell'agenda digitale di turno.

³⁹ Sulla diffusione dei portali che pubblicano open data sotto la spinta delle iniziative internazionali per l'amministrazione aperta si veda R.P. LOURENÇO, *An analysis of open government portals: A perspective of transparency for accountability*, in *Government Information Quarterly*, 32, 2015, p. 323 ss.

⁴⁰ Il ruolo limitato della pubblicazione su portali nel sistema della trasparenza in Italia è evidenziato da P. FALLETTA, *La trasparenza amministrativa in rete: le nuove piattaforme digitali per la diffusione dei contenuti informativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 71, 2021,

Il carattere recessivo del modello centralizzato priva il sistema italiano di due benefici: il primo riguarda l'attività di vigilanza che risulta più difficile in assenza dell'invio elettronico delle informazioni al centro; il secondo concerne l'onere della raccolta di dati comparabili che viene scaricato sugli utenti, rendendo così meno efficace il controllo sociale dal basso. I limiti del modello italiano risultano evidenti se si compara la dispersione in migliaia di siti istituzionali delle dichiarazioni rese ai sensi dell'articolo 14 del d.lgs. n. 33/2013 con la pubblicazione di una sola banca dati nel portale dell'HATVP in Francia. I limiti del modello centralizzato affliggono anche la pubblicazione dei registri che riportano le richieste di accesso civico presentate alle amministrazioni⁴¹. Anche in questo caso la dispersione dei registri su migliaia di siti istituzionali in Italia appare molto meno efficace della pubblicazione in formato open data di un unico registro nazionale presso la piattaforma nazionale della trasparenza in Messico⁴².

Nonostante questi limiti, il sistema imperniato sugli obblighi di pubblicazione ha determinato un vero e proprio cambio di paradigma, imponendo il rilascio di una notevole quantità di informazioni. L'ampiezza del sistema italiano di trasparenza proattiva è stata apprezzata anche dalle organizzazioni internazionali, le cui rilevazioni però tendono a

p. 559 ss. I limiti del modello decentralizzato dominante in Italia sono invece messi in luce da F. CAPORALE, *La parabola degli obblighi di pubblicazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 71, 2021, p. 853 ss.

⁴¹ Le indicazioni operative sulla pubblicazione dei registri degli accessi sono state elaborate da ANAC (delibere nn. 309 e 310 del 2016) e Dipartimento della funzione pubblica (circolari n. 2 del 2017 e n. 1 del 2019).

⁴² I risultati di una ricerca condotta su un campione di Comuni italiani hanno evidenziato diffuse carenze nella pubblicazione dei registri e delle altre informazioni relative all'accesso civico generalizzato. Sul punto, si rimanda a L. CICATELLO et al., *Exploring FOI publicity patterns: The case of Italian municipalities*, in *Government Information Quarterly*, 39, 2022, 101678. Il caso messicano, invece, spicca per la pubblicazione di un registro centralizzato degli accessi che viene utilizzato dalle ricerche sul comportamento dei cittadini e delle amministrazioni. Sul caso messicano, si vedano D. BERLINER, B.E. BAGOZZI e B. PALMER-RUBIN, *What Information Do Citizens Want? Evidence from One Million Information Requests in Mexico*, in *World Development*, 109, 2018, p. 222 ss. L'elaborazione di dati sull'andamento delle richieste di accesso è resa possibile anche negli Stati Uniti dove è stato allestito un portale dedicato al FOIA le cui caratteristiche sono richiamate da K. ABOUJASSI e T. NABATCHI, *A Snapshot of FOIA Administration: Examining Recent Trends to Inform Future Research*, in *The American Review of Public Administration*, 49, 2019, p. 21 ss.,

privilegiare l'introduzione formale di obblighi, trascurando il fatto che non è stato sufficiente adottare norme per assicurare un adeguato livello di qualità dei dati pubblicati sui siti istituzionali.

La letteratura internazionale sulla trasparenza proattiva aiuta a identificare i fattori che hanno ostacolato la pubblicazione di dati di buona qualità⁴³. Il primo ordine di fattori riguarda la capacità delle amministrazioni di offrire dati. Questa capacità è stata fiaccata da alcuni fattori di contesto come la storica frammentazione del sistema amministrativo, il basso livello di maturità della digitalizzazione e la diffusa carenza di competenze nel pubblico impiego acuita dai tagli adottati in risposta alla crisi del debito sovrano. A questi fattori di contesto si è aggiunta la scelta di spingere la trasparenza dall'alto attraverso la vigilanza dell'ANAC su un novero estremamente ampio di amministrazioni senza costruire capacità dal basso attraverso la formazione e lo scambio delle buone pratiche⁴⁴. Il secondo ordine di fattori rilevanti per la pubblicazione dei dati riguarda la capacità dei cittadini di richiedere informazioni. Come si evince dal basso numero delle richieste di accesso civico, la domanda sociale di trasparenza è rimasta bassa anche in ragione della sostanziale assenza di iniziative delle pubbliche amministrazioni volte a promuovere l'utilizzo delle forme di accesso⁴⁵. Contribuisce a deprimere la domanda sociale di trasparenza anche l'eccessiva attenzione prestata dagli obblighi di pubblicazione ai fattori di input a scapito del rilascio di dati sull'output, con particolare riferimento al livello di qualità dei servizi⁴⁶.

⁴³ Una rassegna della letteratura sulle determinanti della pubblicazione dei dati è offerta da J. ZAGRAPAN e P. SPÄČ, *Factors of Proactive Disclosure of Information at the Local Level*, in *Public Performance & Management Review*, 45, 2022, p. 1346.

⁴⁴ L'efficacia delle strategie che combinano approccio top-down e bottom-up alla trasparenza è evidenziata da G. PIÑA e C. AVELLANEDA, *Central Government Strategies to Promote Local Governments' Transparency: Guidance or Enforcement?*, in *Public Performance & Management Review*, 42, 2019, p. 357 ss.

⁴⁵ In prospettiva comparata, la centralità delle iniziative a sostegno della domanda di trasparenza è sottolineata da S. SCHNELL, *Vision, Voice, and Technology: Is There a Global "Open Government" Trend?*, in *Administration & Society*, 52, 2020, p. 1593 ss.

⁴⁶ L'ipotesi relativa allo scarso interesse dei cittadini per obblighi di pubblicazione che non fanno luce su cosa sia prodotto dalle pubbliche amministrazioni è avanzata da M. CUCCINIELLO e G. NASI, *Transparency for Trust in Government: How Effective is Formal Transparency?*, in *International Journal of Public Administration*, 37, 2014, p. 911 ss.

4. *Anticorruzione e regolazione della politica in prospettiva comparata*

Le valutazioni delle organizzazioni internazionali hanno evidenziato la carenza in Italia di strumenti volti a ridurre la vulnerabilità ai rischi di corruzione della classe politica. Nello specifico, il caso italiano esibisce un basso grado di conformità agli standard internazionali rispetto ad alcuni ambiti quali il finanziamento della politica, la regolazione del lobbying e la disciplina del conflitto di interessi in capo ai detentori di incarichi politici⁴⁷.

Per quanto riguarda il finanziamento della politica, l'abolizione dei rimborsi elettorali da parte del governo Letta con il decreto-legge n. 149 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 13 del 2014, ha aperto la strada all'affermazione in Italia di un modello di finanziamento basato sulle donazioni private che risulta assente in larga parte delle democrazie europee⁴⁸. Questo modello è poco diffuso a livello internazionale perché si ritiene che esso indebolisca i partiti politici come organizzazioni collettive, esponendo i candidati alle cariche elettive al rischio di subire l'influenza degli interessi privati capaci di offrire le risorse da impiegare nelle campagne elettorali⁴⁹. Il drastico calo delle risorse pubbliche a

⁴⁷ Si noti che il ritardo dell'Italia in prospettiva comparata con riferimento alla regolazione della politica è stato evidenziato non solo da GRECO e Commissione europea nei documenti che vengono citati nelle note seguenti ma anche dalle Nazioni Unite nella valutazione relativa all'attuazione delle disposizioni della convenzione di Merida. Sul punto, si rimanda a UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Country Review Report of Italy: Review by the United States of America and Sierra Leone of the implementation by Italy of Chapter II (articles 5-14) and Chapter V (articles 51-59) of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2016-2021*, 2019.

⁴⁸ Sull'affermazione del modello plutocratico di finanziamento della politica in Italia si veda D.R. PICCIO (a cura di), *Il finanziamento alla politica in Italia: Dal passato alle prospettive future*, Carocci, Roma, 2018. Sugli approcci alla regolazione del finanziamento della politica in prospettiva comparata si rimanda a K.H. NASSMACHER, *The Funding of Party Competition: Political Finance in 25 Democracies*, Baden-Baden, Nomos, 2009. Il finanziamento della politica poggia sostanzialmente sulle donazioni private anche nel Regno Unito dove gli obblighi di rendicontazione e di trasparenza sono fatti valere da meccanismi di controllo giudicati dagli osservatori internazionali più efficaci di quelli presenti in Italia.

⁴⁹ Il finanziamento pubblico rende meno permeabili i partiti alla pressione degli interessi privati e scoraggia la ricerca di finanziamenti illeciti a patto che siano assicurati meccanismi di controllo efficaci. Questi ultimi sono mancati nel periodo precedente all'adozione della legge n. 13 del 2014 come evidenziato da GRECO, *Third Evaluation Round: Evaluation Report on Italy Transparency of Party Funding*, Strasbourg, Group of State against Corruption, 2012. Per una rassegna della letteratura sulle relazioni tra corruzione e forme di finanziamento della politica si rimanda a S. POWER, *Party Funding and Corruption*, Cham, Palgrave Macmillan, 2020.

disposizione dei partiti ha contribuito a rafforzare i canali alternativi di raccolta del sostegno economico tra cui spiccano le fondazioni collegate a singoli esponenti politici. Queste ultime sono state al centro di inchieste giudiziarie che hanno alzato il livello di allarme circa le implicazioni per la lotta alla corruzione del finanziamento della politica basato su donazioni private. A giudicare dai giudizi severi espressi dalle organizzazioni internazionali con riferimento alla disciplina del finanziamento della politica a oggi vigente, la vulnerabilità al rischio di corruzione dei candidati alle cariche elettive è rimasta alta anche dopo l'adozione della legge n. 3 del 2019 e del decreto legge n. 34/2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 58 del 2019, che hanno rafforzato gli obblighi di trasparenza e rendicontazione posti in capo a fondazioni, associazioni e comitati⁵⁰. Questi interventi, infatti, non sono valsi a superare il principale aspetto critico della regolazione del finanziamento della politica in Italia che, a giudizio delle organizzazioni internazionali, consiste nella debolezza dei meccanismi di controllo⁵¹.

Con riferimento alla regolazione del lobbying, nel corso degli ultimi anni è aumentata la pressione delle organizzazioni internazionali sugli Stati membri relativamente all'introduzione negli ordinamenti nazionali di strumenti quali la registrazione degli interessi organizzati in banche date accessibili, il tracciamento del coinvolgimento degli interessi organizzati nel processo legislativo (c.d. "legislative footprint") e la pubblicazione delle informazioni riguardanti le riunioni tra i detentori di

⁵⁰ Le valutazioni più recenti delle organizzazioni internazionali in merito alla regolazione del finanziamento della politica in Italia sono riportate in GRECO, *Third Evaluation Round: Second Addendum to the Second Compliance Report on Italy*, Strasbourg, Group of State against Corruption, 2019; Commissione europea, *2022 Rule of Law Report: Country chapter on the rule of law situation in Italy*, Luxembourg, European Commission, 2022. La riluttanza del sistema politico italiano a conformarsi alle indicazioni del GRECO che mettono in discussione la storica debolezza dei meccanismi di controllo appare in linea con i risultati della ricerca condotta in prospettiva comparata da V. SMIRNOVA, *Why make political finance transparent? Explaining the Group of States against Corruption (GRECO)'s success in reforming national political finance regulation*, in *European Political Science Review*, 10, 2018, p. 565 ss.

⁵¹ Sulla debolezza dei meccanismi di controllo come tratto distintivo della regolazione della politica in Italia si rimanda a F. DI MASCO e D.R. PICCIO, *La regolazione dei partiti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 65, 2015, p. 379 ss.

incarichi pubblici e i rappresentanti degli interessi organizzati⁵². In Italia alcuni di questi strumenti sono stati introdotti solo spontaneamente in alcune amministrazioni dato che i numerosi disegni di legge proposti nel corso degli ultimi anni non sono riusciti a tradursi in provvedimenti capaci di fare luce sull'influenza delle decisioni pubbliche da parte dei rappresentanti degli interessi organizzati⁵³. In questo caso, però, non può farsi riferimento a una presunta anomalia dell'Italia perché solo in poche democrazie avanzate, da ultimo la Germania, è stata introdotta una disciplina organica dell'attività di lobbying⁵⁴.

Riguardo alla disciplina del conflitto di interessi in capo ai detentori di incarichi politici, le organizzazioni internazionali hanno evidenziato la frammentazione dei regimi che si applicano, rispettivamente, ai membri delle assemblee elettive e alle cariche esecutive ai diversi livelli di governi. Il Parlamento, in particolare, continua a scontare la scarsa trasparenza delle dichiarazioni patrimoniali dei propri membri e l'assenza di quadro organico e rigoroso di norme effettivamente applicabili in materia di conflitto di interessi, a dispetto nelle reiterate sollecitazioni del GRECO⁵⁵. Una ulteriore significativa lacuna concerne l'assenza di una regolazione organica del *pantouflage* con riferimento ai detentori di incarichi politici e ai loro più stretti collaboratori volta a ridurre i rischi connessi al fenomeno delle "revolving doors" che rappresenta la sfida più grande

⁵² Per una rassegna delle iniziative portate avanti dagli Stati membri dell'OCSE nell'ambito della regolazione del lobbying si rimanda a OECD, *Lobbying in the 21st Century: Transparency, Integrity and Access*, Paris, OECD Publishing, 2021. Un inquadramento analitico della regolazione del lobbying in prospettiva comparata è invece offerto da R. CHARL, J. HOGAN, G. MURPHY e M. CREPAZ, *Regulating lobbying: A global comparison*, Manchester, Manchester University Press, 2019.

⁵³ Le lacune della regolazione del lobbying in Italia vengono inquadrate nell'ambito del contesto più ampio della disciplina dell'attività amministrativa e anticorruzione da E. CARLONI, *Assenze e supplenze: La regolazione del lobbying tra disciplina dell'attività amministrativa e anticorruzione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2022, p. 649 ss.

⁵⁴ Sul ritardo della regolazione del lobbying in buona parte dei paesi europei si veda S. SASSI, *La regolamentazione del lobbying negli Stati dell'UE, tra assonanze e divergenze*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2022, p. 547 ss.

⁵⁵ Si vedano al riguardo le raccomandazioni contenute in GRECO, *Fourth Evaluation Round: Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Addendum to the Second Compliance Report*, Strasbourg, Group of States against Corruption, 2022.

per la regolazione del conflitto di interessi secondo un recente rapporto commissionato dal Parlamento europeo⁵⁶.

5. La prevenzione della corruzione nel contesto del rapporto tra politica e amministrazione

I risultati delle ricerche sull'impatto delle misure di prevenzione della corruzione tendono a mettere in discussione l'efficacia delle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali⁵⁷. In primo luogo, i risultati di queste ricerche convergono con riferimento alla limitata efficacia delle autorità anticorruzione. In secondo luogo, non ci sono risultati univoci relativamente all'efficacia delle altre misure di prevenzione della corruzione raccomandate dalle organizzazioni internazionali. A emergere con chiarezza, invece, è la rilevanza dei contesti istituzionali entro cui sono calati gli strumenti di prevenzione della corruzione. In altri termini, questi strumenti sortiscono gli effetti attesi solo in presenza di condizioni abilitanti quali oneri burocratici ridotti, burocrazie professionali, magistratura e media indipendenti, diffusa capacità dei cittadini di impiegare le nuove tecnologie digitali⁵⁸.

In questa sede ci si limita a offrire un resoconto di alcuni fattori del contesto italiano che minano una rilevante condizione abilitante per le politiche di prevenzione della corruzione quale il livello di professionalizzazione delle burocrazie⁵⁹. In particolare, spiccano le implicazioni per la lotta alla corruzione delle forme con le quali si articola il rapporto tra politica e amministrazione. Si ritiene, infatti, che i rischi di corruzione siano più bassi nei contesti dove il potere di nomina dei burocrati da parte dei politici sia vincolato da norme e prassi ispirate ai principi del

⁵⁶ Si rimanda a C. DEMMKE, M. PAULINI, J. AUTONIEMI e F. LENNER, *The Effectiveness of Conflict of Interest Policies in the EU-Member States*, Brussels, European Parliament, 2020.

⁵⁷ Per una rassegna di questi studi si vedano J. GANS-MORSE et al., *Reducing bureaucratic corruption: Interdisciplinary perspectives on what works*, in *World Development*, 105, 2018, p. 171 ss.

⁵⁸ Sul punto, si vedano A. MUNGIU-PIPPIDI e R. DADASOV, *When do anticorruption laws matter? The evidence on public integrity enabling contexts*, in *Crime, Law and Social Change*, 68, 2017, p. 387 ss.

⁵⁹ Per un resoconto degli studi su corruzione e professionalizzazione delle burocrazie si vedano J. MEYER-SÄHLING, K.S. MIKKELSEN e C. SCHUSTER, *Civil service management and corruption: What we know and what we don't*, in *Public Administration*, 96, 2018, p. 276 ss.

merit-system⁶⁰. Considerato l'alto livello di politicizzazione delle burocrazie in Italia, si può ipotizzare che l'esposizione ai rischi di corruzione sia rimasta alta in un contesto caratterizzato dal fallimento delle riforme volte a realizzare il principio della distinzione tra politica e amministrazione⁶¹. Nel corso del decennio appena trascorso non sono state introdotte significative novità con riferimento all'ambito che più mostra l'assenza della distinzione tra politica e amministrazione in Italia, vale al dire il sistema delle nomine dirigenziali, in cui la distribuzione degli incarichi è rimessa in via esclusiva alla scelta politica con criteri alquanto opachi⁶². Un altro ambito del rapporto tra politica e amministrazione in cui non sono stati ravvisati significativi progressi è quello che riguarda il ruolo degli uffici di diretta collaborazione quali strutture di *policy advice* radicate nei paesi come l'Italia che afferiscono alla tradizione amministrativa napoleonica⁶³. La comparsa di tali strutture in paesi afferenti ad altre tradizioni amministrative ha suscitato l'allarme delle organizzazioni internazionali circa l'aumento dei rischi di corruzione dovuto alla presenza di figure

⁶⁰ Sui rapporti tra corruzione e politicizzazione delle burocrazie si vedano, tra gli altri, C. DAHLSTRÖM e V. LAPUENTE, *Organizing Leviathan: Politicians, Bureaucrats, and the Making of Good Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; C. DAHLSTRÖM e V. LAPUENTE, *Comparative Bureaucratic Politics*, in *Annual Review of Political Science*, 25, 2022, p. 43 ss. Al merit-system viene associato un livello più alto di autonomia dei burocrati che li porta anche a non accogliere le richieste improprie avanzate dai politici. Sul punto, si rimanda a C.A. COOPER, *Encouraging civil servants to be frank and fearless: Merit recruitment and employee voice*, in *Public Administration*, 96, 2018, p. 721 ss. Alcuni studi empirici hanno rilevato un livello più basso di esposizione ai rischi di corruzione nel settore dei contratti pubblici nei contesti dove sono presenti burocrazie professionali. A tal riguardo, si vedano N. CHARRON, C. DAHLSTRÖM, M. FAZEKAS e V. LAPUENTE, *Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes*, in *Journal of Politics*, 79, 2017, p. 89 ss.

⁶¹ Una rilevazione del livello di politicizzazione delle burocrazie italiane in prospettiva comparata è offerta da F. DI MASCO, *Partiti e Stato in Italia: Le nomine pubbliche tra clientelismo e spoils system*, Bologna, Il Mulino, 2012.

⁶² Sulla distribuzione degli incarichi dirigenziali ispirata a criteri fiduciari si rimanda a L. CASINI, *Politica e amministrazione: "The Italian Style"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2019, p. 13 ss.

⁶³ Sul diverso ruolo che storicamente le strutture di *policy advice* hanno rivestito nelle diverse tradizioni amministrative, si veda C.A. COOPER, *Politicization of the Bureaucracy across and within Administrative Traditions*, in *International Journal of Public Administration*, 44, 2021, p. 564 ss. Un'analisi del ruolo delle strutture di *policy advice* in alcune democrazie avanzate è riportata nel volume di R. SHAW e C. EICHBAUM (a cura di), *Ministers, Minders and Mandarins: An International Study of Relationships at the Executive Summit of Parliamentary Democracies*, Cheltenham, Elgar, 2018.

di interfaccia tra politica e amministrazione cui spesso non si applicano rigorose misure in materia di trasparenza e regolazione del conflitto di interessi⁶⁴. Questo allarme, ad esempio, ha spinto il GRECO a includere nella rilevazione condotta nel corso del quinto ciclo di valutazione delle politiche anticorruzione alcuni quesiti relativi alla presenza di misure di prevenzione applicate alle figure che operano all'interno degli uffici di diretta collaborazione⁶⁵. Ad oggi non è nota la valutazione riferita all'Italia ma è plausibile ritenere che l'esclusione dei responsabili degli uffici di diretta collaborazione dal regime di trasparenza più restrittivo che comprende la pubblicità di cui alla lettera f) del d.lgs. n. 33 del 2013, abbinata alla carenza di norme volte a regolare il conflitto di interessi in capo a questi soggetti, non venga giudicata pienamente conforme alle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali⁶⁶.

6. *La trasformazione digitale come nuova frontiera dell'anticorruzione*

Nel corso degli ultimi decenni l'emersione delle tecnologie digitali è stata considerata dagli studiosi e dagli operatori come un fattore da impiegare nella lotta alla corruzione⁶⁷. La letteratura che si è andata consolidando sul tema, però, fa ricorso in larga misura a metodi quantitativi che rilevano

⁶⁴ Si veda OECD, *Ministerial Advisors: Role, Influence and Management*, Paris, OECD Publishing, 2011. Alla luce delle ricerche internazionali condotte sulle strutture di policy advice, l'Italia emerge come uno dei casi in cui è più penetrante l'influenza esercitata da queste strutture nei processi decisionali. Sul percorso storico che ha portato al consolidamento di uffici di diretta collaborazione pletorici si vedano G. MELIS e A. NATALINI, *Nascita, ascesa (e declino?) dei gabinetti ministeriali 1861-2018*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2020, p. 639 ss.

⁶⁵ Si rimanda a GRECO, *Fifth Evaluation Round Questionnaire: Preventing corruption and promoting integrity in central governments (top executive functions) and law enforcement agencies*, Group of State against Corruption, Strasbourg, 2017.

⁶⁶ Sull'esclusione dei responsabili degli uffici di diretta collaborazione dal regime più restrittivo di trasparenza si rimanda alla determinazione n. 241 del 2017 adottata dall'ANAC. Va segnalata anche l'assenza di informazioni riguardo all'efficacia delle norme introdotte dalla legge n. 190 del 2012 con riferimento agli incarichi extragiudiziari dei magistrati cui viene regolarmente attribuita larga parte delle funzioni di vertice all'interno degli uffici di diretta collaborazione. Queste norme, peraltro, non hanno contribuito a ridurre la frammentazione della disciplina degli incarichi extragiudiziari dei magistrati come evidenziato da E.A. APICELLA, *Gli incarichi extragiudiziari di magistrati ed avvocati dello Stato*, in B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, p. 323 ss.

⁶⁷ La letteratura su digitalizzazione e anticorruzione è passata in rassegna da I. ADAM e M. FAZEKAS, *Are emerging technologies helping win the fight against corruption? A review of the state of evidence*, in *Information Economics and Policy*, 57, 100950.

l'associazione tra l'impiego delle tecnologie digitali nel settore pubblico e la diffusione della corruzione⁶⁸. La carenza di studi di caso in prospettiva comparata rende difficile individuare dei modelli che possano fungere da riferimento per abbinare determinate soluzioni tecnico-organizzative a specifici contesti istituzionali. Nel complesso, anche i risultati degli studi quantitativi sull'impatto della digitalizzazione del settore pubblico in termini di riduzione della corruzione hanno evidenziato la rilevanza dei contesti istituzionali entro cui gli strumenti tecnologici vengono calati⁶⁹. In altri termini, la trasformazione digitale non sortisce effetti significativi sulla diffusione della corruzione in quei contesti dove le burocrazie non sono professionali e dove gli attori della società civile non sono in grado di sfruttare le opportunità offerte dai moderni dispositivi tecnologici. Questi risultati hanno implicazioni rilevanti per il caso italiano dove, a differenza di quanto raccomandato dagli studi sull'impatto della trasformazione digitale come strumento di lotta anticorruzione, la politica di digitalizzazione del settore pubblico non è stata raccordata con la più ampia politica di riforma amministrativa⁷⁰. Il risultato è stato quello di diffondere strumenti tecnologici senza riorganizzare al contempo processi e competenze, determinando nei fatti una netta distanza tra le norme in materia di digitalizzazione e la realtà caratterizzata da arretratezza tecnologica di larga parte delle pubbliche amministrazioni. La letteratura in materia ha anche evidenziato come l'impiego delle tecnologie digitali sia influenzato dall'approccio teorico preso a riferimento

⁶⁸ Per una rassegna aggiornata degli studi quantitativi sull'impatto della digitalizzazione come misura anticorruzione si rimanda a C. CASTRO e I.C. LOPES, *E-Government as a Tool in Controlling Corruption*, in *International Journal of Public Administration*, 2022, di prossima pubblicazione, <https://doi.org/10.1080/01900692.2022.2076695>

⁶⁹ La rilevanza dei fattori istituzionali che moderano l'effetto della digitalizzazione in termini di riduzione della corruzione è stata evidenziata, tra gli altri, da T. NAM, *Examining the anti-corruption effect of e-government and the moderating effect of national culture: A cross-country study*, in *Government Information Quarterly*, 35, 2018, p. 273 ss.; C.H. PARK e K. KIM, *E-government as an anti-corruption tool: panel data analysis across countries*, in *International Review of Administrative Sciences*, 86, 2020, p. 691 ss.

⁷⁰ Per una disamina delle politiche di digitalizzazione del settore pubblico in Italia si vedano, tra gli altri, E. CARLONI, *Algoritmi su carta: Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto Pubblico*, 25, 2019, p. 363 ss.; A. NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2022, p. 95 ss.

dalla lotta alla corruzione⁷¹. In quei casi dove la strategia anticorruzione poggia sull'approccio del principale-agente l'enfasi è caduta sull'automazione dei procedimenti e sull'offerta di servizi pubblici online che riducono le opportunità per comportamenti opportunistici dei funzionari pubblici⁷². Negli altri casi dove viene preso a riferimento l'approccio che tratta la lotta anticorruzione come un problema di azione collettiva, l'attenzione è caduta sugli strumenti che meglio si prestano a mobilitare dipendenti pubblici e cittadini nella lotta alla corruzione, aiutandoli a segnalare casi di corruzione o di mancato adempimento degli obblighi in materia di anticorruzione nonché a condividere idee ed esperienze in modo da aumentare l'intensità della pressione che viene ad esercitarsi dal basso rispetto a istituzioni afflitte dal malaffare⁷³.

Fatta eccezione per il ricorso alle piattaforme per la segnalazione di illeciti da parte dei dipendenti pubblici, in Italia gli strumenti digitali per la mobilitazione collettiva contro la corruzione hanno conosciuto una diffusione limitata in analogia con quanto avvenuto negli altri paesi. Ciò è dovuto all'enfasi posta dalla politica internazionale per l'integrità sulla corruzione come problema da affrontare riducendo la discrezionalità dei dipendenti pubblici. Inoltre, l'introduzione di strumenti digitali che supportano l'approccio del principale-agente può essere ridotta a una questione di carattere tecnico-organizzativo. Nel caso degli strumenti a supporto della mobilitazione collettiva, invece, non basta allestire piattaforme ma occorre anche costruire capacità diffusa nella società di utilizzo di tali strumenti⁷⁴.

⁷¹ Sui fondamenti teorici degli strumenti digitali anticorruzione si veda N. Kossow, *Digital anti-corruption: Hopes and challenges*, in A. MUNGIU-PIPPIDI e P.M. HEYWOOD (a cura di), *A research agenda for studies on corruption*, Cheltenham Edward Elgar, 2020, p. 146 ss.

⁷² Per un inquadramento teorico delle tecnologie digitali a supporto dell'approccio principale-agente, si vedano V. KALENSIKAITĖ, M.I. NESHKOVA e S. GANAPATI, *Parsing the impact of E-government on bureaucratic corruption*, in *Governance*, 2022, di prossima pubblicazione, <https://doi.org/10.1111/gove.12707>.

⁷³ Sugli strumenti digitali per la mobilitazione collettiva contro la corruzione si vedano N. Kossow e R.M.B. KUKUTSCHKA, *Civil society and online connectivity: controlling corruption on the net?*, in *Crime, Law & Social Change*, 68, 2017, p. 459 ss.

⁷⁴ In merito alla complessità dei progetti di innovazione digitale a sostegno della mobilitazione collettiva contro la corruzione si rimanda a D. ZINBAUER, *Crowdsourced Corruption Reporting*, in *Policy & Internet*, 7, 2015, p. 1 ss.

Recentemente, la diffusione di nuovi strumenti come i big data e l'intelligenza artificiale ha suscitato aspettative anche nell'ambito dell'anticorruzione. Si ritiene che le crescenti capacità di apprendimento delle macchine possano contribuire al consolidamento dell'approccio "data-driven" all'anticorruzione in cui l'interscambio tra le banche dati consente di rilevare anomalie, profili di rischio e inadempimenti⁷⁵. Questo approccio, ad esempio, potrebbe offrire un contributo particolarmente rilevante nell'ambito della verifica delle dichiarazioni che vengono rese dai detentori di incarichi ai sensi delle norme in materia di regolazione del conflitto di interessi. Fatta eccezione per l'ambito dei contratti pubblici, però, sono finora pochi i casi di soluzioni "data driven" sviluppate in funzione di prevenzione della corruzione⁷⁶.

Ciò non sorprende se si considera come finora l'introduzione di big data e intelligenza artificiale in ogni ambito del settore pubblico sia stata rallentata, non solo in Italia ma anche nelle altre democrazie avanzate, da fattori quali: il basso livello di maturità dei sistemi informativi e la scarsa qualità dei dati pubblici; la frammentazione delle banche dati e la riluttanza delle amministrazioni a scambiare dati; la diffusione ancora limitata di competenze digitali nel pubblico impiego; l'incertezza che persiste con riferimento alla regolazione degli strumenti di *data analytics*⁷⁷. In assenza di un intervento ad ampio spettro volto a rimuovere tali fattori, è improbabile che l'approccio "data-driven" possa informare la politica di prevenzione della corruzione in Italia e altrove.

⁷⁵ Sul punto si rimanda a M.S.M. LIMA e D. DELEN, *Predicting and explaining corruption across countries: A machine learning approach*, in *Government Information Quarterly*, 37, 2020, 101407.

⁷⁶ I progressi nell'ambito dei contratti pubblici sono riferiti all'integrazione delle banche dati utili al calcolo di indicatori di rischio di corruzione perseguita dal progetto dell'ANAC "Misurazione del rischio di corruzione a livello territoriale e promozione della trasparenza" finanziato dal Programma Operativo Nazionale Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020.

⁷⁷ Sugli ostacoli al pieno utilizzo di big data e intelligenza artificiale si vedano M. SIMONCINI, *L'agire provvedimentoale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2021, pp. 529 ss.; M. TRESCA, *Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2021, p. 545 ss. Sulle incertezze che affliggono la regolazione dell'impiego dell'intelligenza artificiale in Europa si rimanda a D. MARTIRE, *Intelligenza artificiale e Stato costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2022, p. 397 ss.

7. Conclusioni

L'analisi condotta nei paragrafi precedenti restituisce un quadro caratterizzato dal recepimento selettivo della politica internazionale per l'integrità in Italia. In estrema sintesi, in Italia si è andato consolidando un sistema imperniato sull'ANAC in cui politici sregolati guidano amministrazioni che sono chiamate a dare attuazione a un denso corpo di misure di prevenzione della corruzione. La riluttanza della classe politica italiana a recepire le raccomandazioni internazionali che la interessano più da vicino non è sorprendente. Come evidenziato dalla letteratura internazionale, molto spesso la classe politica usa le riforme anticorruzione come segnale simbolico da lanciare in risposta alle sollecitazioni delle organizzazioni internazionali e delle formazioni domestiche (partiti, associazioni e movimenti) che si battono per l'integrità. Ciò implica che le raccomandazioni internazionali vengono recepite solo nella misura in cui esse non mettano a repentaglio le prerogative della classe politica. A volte l'adozione degli strumenti raccomandati dalle organizzazioni internazionali apre la strada a nuove riforme sotto la spinta di attori che sanno sfruttare l'allarme sociale per la corruzione in modo tale da alzare la posta in gioco, chiedendo alla classe politica di lanciare segnali più credibili attraverso l'introduzione di misure più rigorose⁷⁸. Un percorso siffatto ha caratterizzato la traiettoria del sistema di prevenzione della corruzione nel periodo 2014-2019 quando la credibilità di cui ha goduto l'allora Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone ha rappresentato la risorsa cruciale per il consolidamento dei poteri dell'autorità anticorruzione⁷⁹. Come insegna la letteratura focalizzata su questo tipo di enti, l'attivismo della leadership delle autorità anticorruzione conduce a progressi disorganici e provvisori che restano esposti alla volatilità delle dinamiche della competizione politica. Sulla falsariga di quanto previsto dalla letteratura internazionale, il consolidamento dell'autorità anticorruzione non può dirsi organico in Italia dove, peraltro, i progressi del sistema

⁷⁸ Questa è l'ipotesi al centro della ricerca di S. SCHNELL, *Cheap talk or incredible commitment? (Mis)calculating transparency and anti-corruption*, in *Governance*, 31, 2018, p. 415 ss.

⁷⁹ Sul rafforzamento dell'ANAC durante la Presidenza Cantone si rimanda a F. DI MASCO, M. MAGGETTI e A. NATALINI, *Exploring the Dynamics of Delegation Over Time: Insights from Italian Anti-Corruption Agencies (2003–2016)*, in *Policy Studies Journal*, 48, 2020, p. 367 ss.

di prevenzione della corruzione nel periodo 2014-2019 non sono stati tali da colmare le lacune storiche relative alla regolazione dei conflitti d'interesse in capo agli esponenti della classe politica.

A rendere selettivo il recepimento della politica internazionale per l'integrità in Italia non è stata solo la mancata adozione di misure di regolazione della classe politica. Le norme adottate in risposta alle raccomandazioni internazionali hanno conosciuto un percorso di attuazione che molto spesso non è riuscito a cambiare i comportamenti degli attori del sistema politico-amministrativo, come evidenziato dalla frequenza del mancato assolvimento degli obblighi di trasparenza. Gli esiti delle ricerche condotte a livello internazionale inducono a ritenere poco probabile che gli strumenti di prevenzione della corruzione sortiscano effetti tangibili in assenza di condizioni abilitanti come la presenza di burocrazie professionali. La principale lacuna da colmare nel sistema italiano riguarda l'assunzione di responsabilità da parte della classe politica, che è chiamata non solo a regolare i propri esponenti, ma anche a incastonare la delega di competenze all'ANAC all'interno di una più ampia cornice strategica. L'obiettivo di questa strategia dovrebbe essere quello di conseguire progressi sul fronte delle condizioni abilitanti per la lotta alla corruzione senza le quali anche le aspettative suscitate dalla trasformazione digitale sono destinate a rimanere deluse. All'interno di questa cornice strategica sarebbe anche più facile razionalizzare i controlli, potenziando le sinergie tra l'ANAC e gli altri organismi a presidio dell'integrità. La collaborazione tra le autorità anticorruzione e questi organi, infatti, rappresenta un fattore molto rilevante per il consolidamento di un sistema efficace di prevenzione della corruzione⁸⁰.

Occorre richiamare l'attenzione sul fatto che il recepimento selettivo della politica internazionale per l'integrità in Italia non rappresenti un caso eccezionale. Ciò è dovuto alla scarsa attenzione che le organizzazioni internazionali prestano alla specificità dei contesti istituzionali in cui vengono recepite raccomandazioni in larga misura uniformi. Queste

⁸⁰ La rilevanza della collaborazione tra le organizzazioni coinvolte a vario titolo nella lotta alla corruzione è evidenziata da N. BAUTISTA-BEAUCHESNE, *Building anti-corruption agency collaboration and reputation: Hanging together or separately hanged*, in *Regulation & Governance*, 16, 2022, p. 1399 ss.

raccomandazioni poggiano su una base di conoscenza ristretta come si evince dalla carenza di banche dati internazionali volte a catalogare le politiche nazionali per l'integrità e di ricerche condotte in prospettiva comparata per accompagnare la circolazione delle pratiche tra contesti spesso molto diversi. Ad esempio, l'adozione dei Piani di prevenzione della corruzione e della trasparenza da parte delle pubbliche amministrazioni italiane poggia sullo strumento del *risk management* che le organizzazioni internazionali hanno promosso senza il supporto di una adeguata base di ricerca⁸¹.

L'attuazione della politica internazionale per l'integrità è fiaccata da due ulteriori debolezze delle iniziative delle organizzazioni internazionali. La prima, di carattere teorico, riguarda la scarsa attenzione che viene prestata dalle organizzazioni internazionali alla costruzione di capacità di mobilitazione collettiva contro la corruzione. L'enfasi che le organizzazioni internazionali pongono sull'adozione di norme volte a ridurre la discrezionalità di chi detiene cariche in coerenza con l'approccio teorico del principale-agente ha contribuito a mantenere bassa in Italia l'attenzione per la promozione di iniziative volte a promuovere la partecipazione⁸². La seconda debolezza, di carattere metodologico, riguarda l'assenza di misure capaci di restituire un quadro empiricamente accurato circa la diffusione della corruzione⁸³. Ciò vuol dire che le organizzazioni internazionali non possono fare leva sull'argomento relativo all'efficacia

⁸¹ Sulla paradossale assenza di ricerche relative al *risk management* nella prevenzione della corruzione si vedano F. CESCHEL, A. HINNA e F. HOMBERG, *Public Sector Strategies in Curbing Corruption: A Review of the Literature*, in *Public Organization Review*, 22, 2022, p. 571.

⁸² I limiti della politica internazionale per l'integrità basata sull'approccio del principale-agente sono illustrati da A. PERSSON, B. ROTHSTEIN e J. TEORELL, *Why Anticorruption Reforms Fail: Systemic Corruption as a Collective Action Problem*, in *Governance*, 26, 2013, p. 449 ss.

⁸³ Per una rassegna della letteratura sulla misurazione della corruzione si rimanda a M. GNALDI e B. PONTI, *Misurare la corruzione oggi: Obiettivi, metodi, esperienze*, Milano, Franco Angeli, 2018; J.M. BELLO Y VILLARINO, *Measuring Corruption: A Critical Analysis of the Existing Datasets and Their Suitability for Diachronic Transnational Research*, in *Social Indicators Research*, 157, 2021, p. 709 ss; M. GNALDI, S. DEL SARTO, M. FALCONE e M. TROIA, *Measuring Corruption*, in E. CARLONI e M. GNALDI (a cura di), *Understanding and Fighting Corruption in Europe*, Cham, Springer, 2022, p. 43 ss.

delle proprie raccomandazioni in termini di riduzione della corruzione di cui non esistono stime affidabili⁸⁴.

Il miglioramento dell'affidabilità delle misure della corruzione è un imperativo pressante alla luce della complessità del fenomeno corruttivo. In particolare, è ormai diffusa la consapevolezza delle forme mutevoli assunte dalla corruzione nei diversi settori in cui operano le pubbliche amministrazioni⁸⁵. L'evoluzione del Piano Nazionale Anticorruzione riflette questa consapevolezza: a partire dal 2015, gli aggiornamenti del Piano hanno previsto una parte speciale in cui sono stati riportati approfondimenti su specifici settori (contratti pubblici, sanità, istituzioni scolastiche, università, tra gli altri). Tali approfondimenti, però, non hanno poggiano sulla misurazione della corruzione in questi settori e ciò ha accentuato il profilo del Piano Nazionale Anticorruzione come documento che reca linee guida tese sostanzialmente a interpretare solo norme. Ancora oggi manca un documento di indirizzo che rechi obiettivi strategici attribuiti ai diversi attori del sistema italiano chiamati a realizzare le condizioni abilitanti per la prevenzione della corruzione. Lo sforzo che ci si attende da questi attori è quello di contribuire a rafforzare il collegamento tra la prevenzione della corruzione e le altre riforme (dirigenza, performance, semplificazione, giustizia, digitalizzazione) in assenza del quale il recepimento della politica internazionale per l'integrità è destinato a rimanere in larga misura una risposta simbolica, parziale e con margini ridotti di efficacia.

⁸⁴ Sulla rilevanza della misurazione per l'efficacia della prevenzione della corruzione si veda E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2017, p. 445 ss.

⁸⁵ Si veda P.M. HEYWOOD, *Retbinking corruption: Hocus-Pocus, Locus and Focus*, in *The Slavonic and East European Review*, 95, 2017, p. 21 ss.

La politica anticorruzione e gli spazi stretti del riformismo

Guido Sirianni

La legge n. 190 rappresenta l'apice del tentativo di orientare la politica italiana anticorruzione nell'ambito della pubblica amministrazione in senso preventivo. Allo scopo di comprenderne la portata, ed in particolare le cause che hanno pervicacemente impedito di estenderne la logica riformatrice ai comportamenti del personale politico, si esaminano gli orientamenti che hanno caratterizzato la politica anticorruzione precedente e successiva l'approvazione della legge n. 190, contrassegnati da ispirazioni anti-politiche e giustizialiste.

1. Dieci anni dopo

La legge 6 novembre 2012, n. 190 ha rappresentato un importante tentativo di fronteggiare il tema del contrasto della corruzione in una prospettiva originale, coerente rispetto ai nuovi orientamenti che si erano affermati nei precedenti anni in ambito internazionale ed in particolare nella Convenzione di Merida delle Nazioni Unite e negli accordi del gruppo di stati contro la corruzione creato in seno al Consiglio d'Europa. Le colonne portanti di questo nuovo corso, di ispirazione pragmatica, possono essere sinteticamente indicate nell'allestimento da parte degli Stati di una politica pubblica apposita, diretta a monitorare il fenomeno e di orientare il contrasto verso gli ambiti di maggiore rischio, nella armonizzazione della legislazione penale concernente i reati corruttivi, e nella integrazione delle tradizionali misure di tipo repressivo con nuovi strumenti di natura preventiva.

L'adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi internazionali concernenti le politiche anticorruzione è avvenuto con un certo ritardo, dopo una falsa partenza, per la difficoltà delle forze politiche di trovare un punto di mediazione e di concepire la lotta alla corruzione come un terreno neutrale. Insediato per fronteggiare con misure drastiche la situazione di grave crisi della finanza pubblica deflagrata nel 2011, il Governo Monti poté inserire nel proprio programma di riforme il varo di una

nuova legislazione sulla corruzione che avrebbe concorso a rafforzare, in Italia ed all'estero, il capitale "reputazionale" rappresentato dal credito nelle istituzioni pubbliche e compromesso da una catena di scandali che per entità e caratteristiche assumevano una dimensione di sistema. Per il suo carattere "tecnico" e per le particolarità del momento politico ed economico, il Governo Monti riuscì a convogliare momentaneamente sulla politica anticorruzione, un consenso *bipartisan*.

A distanza di un decennio dovremmo poter fare un bilancio: la politica anticorruzione ha prodotto risultati apprezzabili in termini di riduzione della corruzione reale o percepita? È stata interiorizzata nella cultura e nel costume politico ed amministrativo, a livello sia statale, sia delle autonomie territoriali? Gli sviluppi delle normative prodotte nelle due legislature successive, dietro l'impulso di Governi assai eterogenei sono stati coerenti con gli assunti affermati dalla riforma del 2012? Il bilanciamento tra le istanze di repressione e di prevenzione dei fatti corruttivi e la tutela dei diritti (elettorato passivo, diritto al lavoro, *privacy*, etc.), ma anche la funzionalità operativa delle amministrazioni pubbliche possono essere considerati soddisfacenti? Le risposte sono ovviamente difficili, ed in ogni caso controvertibili. Può essere però utile tratteggiare il percorso normativo nel quale la legge n. 190 si è inserita.

A tal fine dovremmo, da un lato, chiarire quali sono gli aspetti della politica di contrasto alla corruzione – un ambito dai confini incerti, che mutano a seconda dei punti di vista e delle situazioni, che sono stati riversati o viceversa tenuti fuori del "contenitore" rappresentato dalla legge n. 190 e dai decreti emanati nell'esercizio delle deleghe legislative in esso contenute. Anticipando quanto si cercherà di evidenziare, va sottolineato che la legge n. 190 costituisce solo un segmento della politica anticorruzione, che, sebbene importante, non può essere considerato esaustivo. Politica anticorruzione che presenta comunque dei vistosi vuoti, specie al riguardo dei problemi della corruzione politica. Dall'altro, dobbiamo confrontare le novità della legge n. 190 con i percorsi delle politiche di contrasto alla corruzione che erano stati battuti nel corso del ventennio precedente (la c.d. seconda repubblica) in relazione ai due versanti della corruzione politica e della corruzione amministrativa. Del resto, la legge n. 190 non può essere considerata come un mero adempimento di obblighi contratti in sede internazionale (come avviene spesso nel caso

delle normative anticorruzione introdotte, per sollecitazione dell'Unione europea, nell'ordinamenti di quei Paesi di recente e fragile democratizzazione che aspirano alla adesione), ma deve essere contestualizzata rispetto ad una realtà politica ed istituzionale, quella italiana, che già si era lungamente ed aspramente confrontata con i temi della corruzione e dei modi di contrastarla, sull'onda della crisi di "mani pulite"¹.

¹ Nel tentativo di ricostruire, a volo d'uccello, i percorsi della politica anticorruzione dell'ultimo trentennio, successivamente alla crisi di "mani pulite", un essenziale supporto viene dalla letteratura giuspubblicistica che si è cimentata col tema della corruzione e degli strumenti di contrasto, in precedenza affrontato prevalentemente nella prospettiva penalistica o in quella dei controlli amministrativi. Importanti contributi hanno preceduto l'avvio delle riforme legislative degli anni Dieci del 2000, concentrandosi prevalentemente sui problemi della corruzione nella pubblica amministrazione. Tra gli studi sistematici che hanno scandagliato i nessi tra riforme amministrative e riforme anticorruzione, particolare rilievo hanno due volumi collettanei. Il primo, F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio nella nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, FrancoAngeli, 2009 raccoglie i prodotti di ricerca del Prin 2006 "Etica pubblica ed interessi. Regole, controlli, responsabilità"; il secondo volume, F. MERLONI, L. VANDRELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Bagno di Ripoli (FI), Passigli Editori, 2009, offre una sistematica prospettazione di analisi e proposte di riforma promosse nell'ambito degli studi di ASTRID. Agli stessi temi si volge il saggio di G.B. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, il Mulino, 2007, nel solco delle proposte formulate fin dal 1996 dalla Commissione Casese. Meno ampia è invece la letteratura dedicata al tema della corruzione politica: gli studi si sono infatti indirizzati soprattutto su altre tematiche quali quelle del regime delle immunità parlamentari introdotto dalla riforma costituzionale del 1993 e della figura di recente introduzione della incandidabilità. La "scesa in campo" di Silvio Berlusconi ha indotto un nuovo interesse per i temi delle ineleggibilità e delle incandidabilità e del conflitto di interesse: v. in particolare A. PACE, *Ineleggibilità, incompatibilità e conflitto di interessi dei parlamentari e dei titolari di organi di governo*, in S. CASSESE, G.B. MATTARELLA (a cura di), *Democrazia e cariche pubbliche. Ineleggibilità, incandidabilità, conflitto di interessi. Un problema di etica pubblica*, Bologna il Mulino, 1996, p. 53 ss., nonché l'importante studio appripista di A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, Giappichelli, 2002. Alla approvazione della legge Frattini del 2004 hanno fatto seguito commenti (C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, Milano, Giuffrè, 2013) e commenti critici, spesso inclusi nel contesto di quelle trattazioni focalizzate sulla corruzione amministrativa, che sono state sopra ricordate. L'approvazione nel 2012 della legge anticorruzione, come naturale, ha dato stimolo ad una ragguardevole produzione scientifica. L'avvio è venuto dalla pubblicazione di un approfondito commento della legge, nei suoi profili penalistici, amministrativistici e costituzionalistici, G.B. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013. A tale commento sono seguiti attenti studi che hanno seguito il consolidamento della esperienza della ANAC, con le relative criticità: la raccolta di saggi di R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015; il recentissimo volume di E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, il Mulino, 2023. Altre indagini, promosse nell'ambito di un secondo Prin sul tema della corruzione e raccolte nel volume di M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2017 mettono in evidenza la necessità di un approccio riformatore ampio e sistemico, esteso ai grandi temi delle semplificazioni, dei controlli, dei contratti.

2. *La politica anticorruzione prima della legge n. 190*

Il tema del contrasto della corruzione, intesa qui nel suo significato stretto di mercimonio della cosa pubblica, è entrato in modo stabile nella agenda politica italiana solo a seguito della crisi di “mani pulite”. Le inchieste della magistratura fanno emergere fenomeni di corruzione politica estremamente gravi e ramificati ed inducono la necessità di affiancare alle iniziative giudiziarie risposte di natura politica. Un compito assai difficile, dal momento che la stessa politica, nel mentre è travolta dagli scandali, deve essere in grado di promuovere credibili misure di moralizzazione. La politica di moralizzazione ruota dunque intorno alla necessità di colmare il grave discredito che investe larghissimi settori dei partiti e della politica, che si rispecchia nell’esito plebiscitario dei due referendum popolari indetti in materia di sistema elettorale e di finanziamento pubblico dei partiti politici. L’agenda anticorruzione, di cui le forze politiche sono costrette a farsi carico, e non certo di buon grado, in un contesto di eccezionalità nel corso della burrascosa XI Legislatura, sotto la pressione di una opinione pubblica ribollente, dei movimenti

Lo specifico limite della politica anticorruzione, tanto precedente quanto successiva alla riforma del 2012, sul quale si concentra l’attenzione di questo scritto – la mancata predisposizione di misure finalizzate a proteggere l’integrità del personale politico dai rischi connessi ai rapporti “scivolosi” (ma inevitabili) della politica col mondo degli affari – viene rilevato in modo accurato nella letteratura “grigia”. Ad esempio, le relazioni semestrali inviate alle Camere dalla AGCM, come prescritto dalla legge Frattini sui conflitti di interesse dei titolari delle cariche di Governo, ben evidenziano i limiti della attività di controllo demandata alla Autorità; i rapporti di valutazione e di conformità pubblicati dal GRECO a partire dal 2016 rilevano puntualmente le falle dell’ordinamento parlamentare italiano in materia di ineleggibilità ed incompatibilità, di codici di comportamento, di conflitti di interesse. Molte questioni sono state tuttavia oggetto di trattazione scientifica. Sui vari temi si ricordano G. MELONI (a cura di), *I sistemi di ineleggibilità e incompatibilità nei differenti livelli rappresentativi: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2007; N. LUPO, G. RIVOSECCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità ed incompatibilità con il mandato parlamentare*, in R. D’ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale italiana. Come migliorarla*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 259 ss.; G. RIVOSECCHI, *La disciplina della politica. Lo status degli esponenti politici e la crisi dei partiti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2, 2015, p. 339 ss.; A. PERTICI, *L’etica pubblica e la riforma sempre in attesa del conflitto di interessi*, in www.gruppodipisa.it, 2016; G. SIRIANNI, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Dir. Pubbl.* 1, 2012, p. 196 ss.; ID, *I doveri dei politici e degli altri decisori pubblici*, Napoli, Esi, 2019; ID, *Il pantouflege pubblico-privato*, in *Dir. Pubbl.* 1, 2019, p. 251 ss.; ID, *Etica pubblica e prevenzione della corruzione: il problema del personale politico*, in *Dir. Pubbl.*, 3, 2014, p. 927 ss.; M. FILIPPI, *Strumenti di promozione etica nelle assemblee elettive: i codici di condotta della Camera dei Deputati e del Parlamento Europeo*, in *Nomos*, 2019; E. CARLONI, M. MAZZONI, *Il cantiere delle lobby: processi di decisione, consenso, regole*, Roma, Carocci Editore, 2020.

referendari, forti dei loro successi, della pioggia di avvisi di garanzia e di richieste di autorizzazione a procedere nei confronti di parlamentari provenienti dalla magistratura, si concentra e si identifica essenzialmente, nella prima parte degli anni '90, nella adozione di importanti misure rivolte contro le "franchigie" godute dalla politica, considerate quali cause e conseguenze della degenerazione "partitocratica" del sistema democratico, e quindi del dilagare dei fenomeni corruttivi. Nel pacchetto delle azioni di moralizzazione figurano dunque misure assai eterogenee, ma accomunate dall'effetto di chiudere gli spazi che la politica era abituata ad occupare: tra quelle principali, il taglio delle franchigie vere e proprie, rappresentate dalle immunità parlamentari, operato dalla l. cost. n. 3/1993; la soppressione del finanziamento pubblico dei partiti disposto dal referendum abrogativo approvato nell'aprile 1993; la introduzione di limitazioni e controlli delle spese elettorali attraverso la l. n. 515/1993, parallelamente alla riforma il sistema elettorale delle Camere in senso maggioritario; la creazione di argini alla invadenza politica nella vita della amministrazione pubblica, con la ridefinizione in senso restrittivo dei compiti di indirizzo politico dei Ministri, nell'ambito della disciplina relativa alla dirigenza pubblica del d.lgs. n. 29/1993. Tale complesso di misure di moralizzazione della politica era stato peraltro preceduto, negli anni precedenti alla crisi di "mani pulite", quando già cominciavano a manifestarsi seri segnali di sfiducia nei confronti della politica, dalla riforma dei reati ministeriali (l. cost. n. 1/1989), mirante ad eliminare l'abuso della immunità concessa dall'art. 96 Cost., e dalla introduzione, nell'ambito della legislazione antimafia, di importanti norme concernenti il personale politico locale – le incandidabilità (l. n. 55/1990) e lo scioglimento delle amministrazioni locali per infiltrazione mafiosa (d.l. n. 164/1991).

Non tardano, tuttavia, a manifestarsi nelle forze politiche, esaurita la parabola del Governo Ciampi, ed iniziata la sperimentazione di un assetto politico di tipo maggioritario, resistenze e spinte di segno opposto, volte a recuperare gli spazi perduti. Tali resistenze avranno in qualche caso successo: ci riferiamo, in particolare, alla rinascita, per volontà *bipartisan*, del finanziamento pubblico dei partiti, abrogato dal referendum nel 1993, sotto le celate spoglie del rimborso elettorale; alla elusione degli obblighi di trasparenza e tracciabilità delle gestioni finanziarie dei partiti, consenti-

ta dalle lacune normative e dalla carenza dei controlli; alla restaurazione della ingerenza della politica nella vita della amministrazione, bandita dal d.lgs. n. 29/1993, attraverso la introduzione *bipartisan* del c.d. *spoils-system* all'italiana degli incarichi dirigenziali e di vertice, in aggiramento del principio di distinzione tra funzione di indirizzo politico e funzione di gestione. In altri casi, tali tentativi falliscono: i c.d. lodi Schifani ed Alfano, promossi dal II e dal IV Governo Berlusconi – l. n. 140/2003; l. n. 124/2008 – allo scopo di ricreare in modo surrettizio, con legge ordinaria, a favore del Presidente del consiglio e dei Presidenti delle camere, quell'ombrello immunitario che la legge costituzionale n. 3/1993 aveva chiuso definitivamente, cadono sotto la scure della Corte costituzionale. Alla riduzione delle franchigie della politica, nei modi appena sintetizzati, non si accompagna invece, nella agenda anticorruzione degli anni di “mani pulite”, una azione di carattere preventivo, più direttamente finalizzata a proteggere la sfera della politica da quella degli affari attraverso un ventaglio di strumenti (ineleggibilità, inconfiribilità, incompatibilità, obblighi di astensione, doveri di trasparenza, codici di comportamento, limitazioni del *pantouflage* da cariche politiche verso incarichi nel mondo dell'economia e della finanza, regolamentazione della attività di *lobbying*). L'agenda della politica anticorruzione si mostra per più ragioni poco interessata ad assumere questa prospettiva, volta a ridefinire ed attualizzare i requisiti richiesti dalle leggi per accedere alle cariche, secondo l'art. 51 Cost., ed indisponibile a porre in capo ai politici doveri che, dando corpo alla disciplina e all'onore richiesti dall'art. 54 Cost., vadano oltre il generale obbligo di osservare la Costituzione e le leggi gravante sulla generalità dei cittadini. I temi del conflitto di interessi, della trasparenza e del *lobbying* stentano ad emergere in un contesto politico ed economico, quale quello italiano, storicamente permeato di realismo cinico e condizionato da una pervasiva tradizione corporativa, interventista, distante se non avversa alla cultura della concorrenze e del mercato, per il quale la contiguità tra politica ed interessi economici, il patrocinio degli interessi economici da parte della politica, e, reciprocamente, il sostegno offerto dagli affari alle parti politiche, sono considerati positivi, necessari e comunque insopprimibili ed assumono una valenza negativa solo allorché si superino i limiti dell'illecito penale che però, di fatto, sono spesso incerti e difficilmente sanzionabili. Negli anni di “mani

pulite” ciò che maggiormente colpisce l’opinione pubblica non è l’intreccio degli scambi indebiti tra politica e affari, ma l’esistenza di un sistema ramificato di taglieggiamento delle imprese da parte dei partiti. Dagli scandali non emerge tanto la necessità di rafforzare la protezione della politica dagli affari e dall’affarismo, quanto piuttosto quella di frenare la rapacità della politica – le tangenti – attraverso severe misure dissuasive e repressive non più ostacolate da franchigie, ambiguità, compiacenze. Nell’agenda anticorruzione, dunque, non troviamo riforme che riguardino le ineleggibilità e le incompatibilità “d’affari”, la gestione dei conflitti di interesse, l’attività di *lobbying*, le porte girevoli. Non può farsi rientrare nella agenda della politica anticorruzione, né può essere considerata come il segnale della volontà di dare alla politica anticorruzione una svolta in senso preventivo neanche la legge Frattini n. 215/2004. La legge sul conflitto di interessi dei titolari delle cariche di governo non fu infatti promossa dal II Governo Berlusconi per venire a capo di un tema che potesse dirsi avvertito nell’agenda delle riforme riguardanti l’istituzione Governo, ma per una ragione politica contingente, e cioè allo scopo di dissipare, sul piano puramente formale, la situazione unica e senza precedenti – e non solo in Italia – di un inedito e parossistico conflitto di interessi scaturente dal fatto che in uno stesso soggetto veniva ad unirsi la veste di capo del Governo e quella di magnate dei media privati, con una indebita quanto estesa concentrazione di potere politico e mediatico. La disciplina del conflitto di interessi, paradossalmente, viene dunque introdotta non allo scopo di rimuovere i conflitti di interesse nell’esercizio delle funzioni di governo, ai quali nessuno o quasi aveva mai fatto troppo caso in precedenza, ma per celare la peculiare presente commistione tra politica ed affari sotto un trasparente velo di ipocrisia. La politica di moralizzazione degli anni di “mani pulite”, nel suo versante concernente la pubblica amministrazione, ha il suo fulcro nella riforma della legislazione dei lavori pubblici, che per la sua pessima qualità, viene non a torto considerata causa primaria di ritardi, inefficienze, opacità, corruzione, spreco di denaro, deviazioni rispetto alle regole della concorrenza. La legge quadro in materia di lavori pubblici n. 109/1994 (c.d. legge Merloni), scaturita da un ampio lavoro preparatorio, tenta di assolvere a questo immane proposito, riscrivendo in coerenza con le direttive comunitarie la normativa sui sistemi di aggiudicazione e sulle

procedure di gara ed affidando ad un organismo nazionale semi-indipendente, sottratto al diretto condizionamento politico, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, il compito di vigilare, accertare, sanzionare, orientare, osservare l'attività contrattuale dispiegata, in applicazione del nuovo regime, da una miriade eterogenea di stazioni appaltanti disperse tra tutti i differenti livelli di governo.

Il problema del contrasto della corruzione non emerge, invece, in modo diretto nelle importanti riforme delle pubbliche amministrazioni avviate a partire dal 1990 con l'approvazione della legge sul procedimento amministrativo, e proseguite con fasi alterne negli anni successivi, nell'intento di modernizzarle, in coerenza con i principi costituzionali, liberandole del loro tradizionale assetto di stampo autoritario e gerarchico ed emancipandole da una impropria e consolidata soggezione alla politica. Le riforme, ridefinendo ruolo, funzioni ed organizzazione della p.a., operano anche una profonda revisione della materia dei doveri e delle responsabilità proprie delle diverse tipologie di soggetti, senza però allestire, in questo contesto, nuovi specifici presidi dell'imparzialità volti a contrastare i rischi di corruzione.

3. La svolta della politica anticorruzione degli anni Dieci

Le politiche anticorruzione concernenti la corruzione politica e quella amministrativa, appena ricordate – né le riforme strutturali, né gli interventi puntuali – sono state in grado di produrre un assetto capace di chiudere la lacerazione aperta dagli scandali dei primi anni '90 e di normalizzare il corso della vita politica ed amministrativa. Date le caratteristiche del sistema politico bipolare prodottosi a partire dalle elezioni politiche del 1994, la politica anticorruzione finisce al centro di uno scontro politico violento ed inconcludente nel quale è impossibile dare corso ad un programma riformatore quale quello lucidamente delineato dalla commissione di saggi, presieduta da Sabino Cassese, nominata nel 1996 dal Presidente della Camera dei deputati, Violante. Il centro-sinistra si attesta nella difesa delle misure di moralizzazione varate nella prima metà degli anni '90 e nel sostegno dell'azione della magistratura, mentre il centro-destra fa quadrato nella difesa del suo *leader* per arrestare attraverso una serie di fortunate iniziative legislative quella che ritiene essere una strategia "giustizialista" ordita dalla sinistra, dalla "magistratura

politicizzata” e da importanti settori dei media, allo scopo di scolarlo per via giudiziaria. Ogni tentativo di andare oltre la vacua legge Frattini viene letto come il tentativo postumo di bloccare una “scesa in campo” di Berlusconi, ormai avvenuta e consacrata dal voto degli elettori. Si determina, pertanto, una situazione di sostanziale stallo, nella quale nessuno schieramento riesce a prevalere, mentre si registrano singolari convergenze restauratrici, già ricordate, in materia di finanziamento pubblico dei partiti e di interferenza della politica sulla amministrazione. Questa situazione tende a mutare agli inizi degli anni Dieci del nuovo secolo, per effetto di sollecitazioni nuove, di origine tanto interna (i “costi della politica”), quanto esterna (gli obblighi internazionali, la crisi finanziaria, i “mercati”).

In primo luogo riemerge nell’opinione pubblica una forte insofferenza nei confronti della c.d. “casta”, che si traduce nella rivendicazione di una nuova ondata di interventi “anti-casta”: pene più severe e strumenti cautelari e di indagine più ampi per i reati di natura corruttiva; riduzione dei “costi della politica” attraverso il taglio o la soppressione degli enormi finanziamenti pubblici a titolo di concorso alle spese elettorali che i partiti si erano auto-concessi; riduzione della consistenza numerica degli organi rappresentativi e di governo degli enti locali e delle regioni; riduzione o fissazione di un tetto ai compensi attribuiti alle cariche politiche e alle cariche amministrative; espulsione decennale dalla possibilità di ricoprire cariche politiche dei titolari di organi di vertice delle regioni, delle provincie e dei comuni che causino il dissesto finanziario grave degli enti da loro governati.

In secondo luogo, si consolida la necessità di integrare l’assetto delle pubbliche amministrazioni scaturito dalle riforme approvate nei precedenti venti anni con una articolata serie di misure: l’affidamento ad un organismo indipendente del compito di vigilare sui fenomeni corruttivi nell’ambito delle amministrazioni pubbliche, di pianificare promuovere e coordinare le azioni di contrasto e di prevenzione; la introduzione di obblighi di trasparenza degli atti e della organizzazione della p.a. come garanzia di moralità. In sostanza si prende atto della necessità di integrare gli strumenti interni di garanzia della legalità già presenti nell’ordinamento amministrativo con un nuovo apparato depoliticizzato specializzato nella individuazione dei rischi corruttivi e delle misure necessarie per farvi fronte.

In esito a queste sollecitazioni, l'agenda anticorruzione, a differenza che in passato, si presenta come un ambito di possibile convergenza tra i due poli, anche perché ne viene tenuta fuori la materia più ostica della prevenzione della corruzione e dei conflitti di interesse nell'ambito della attività politica. Questo nuovo corso delle politiche anticorruzione ha il suo avvio nel corso del Governo Berlusconi IV, che nel 2010 presenta al Senato il ddl. n. 2156 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), la cui novità è data dall'intento di dare corso, nella linea indicata dagli obblighi internazionali concernenti la lotta alla corruzione, ad una politica di programmazione nella prevenzione e nel contrasto della corruzione amministrativa, affidata alle cure di una apposita autorità. Il nocciolo duro del ddl. è dato dalla creazione di un sistema indipendente di programmazione e vigilanza sulla corruzione nelle amministrazioni pubbliche; dalla introduzione di obblighi di trasparenza più stringenti; dall'inasprimento dei reati contro la p.a.; dalla estensione del regime della incandidabilità alla elezione dei parlamentari; dal rafforzamento dei controlli interni delle amministrazioni locali. Lo stesso Governo nel 2011 introduce per la prima volta, in un decreto-legge contenente provvedimenti economici urgenti di riduzione della spesa pubblica (d.l. n. 138), una serie di misure di "taglio" delle spese degli apparati istituzionali, che vanno dalla riduzione delle indennità parlamentari e degli emolumenti alla decurtazione della composizione numerica degli organi politici locali. Il d.lgs. n. 149/2011, emanato in attuazione della delega sul federalismo fiscale, prevede che al verificarsi di situazioni di dissesto finanziario grave il Presidente della Giunta regionale, il Presidente della provincia ed il Sindaco debbano essere rimossi dalla carica e per ben dieci anni e non possano essere eletti o nominati alle cariche degli enti locali, dello Stato e della Unione europea.

Il successivo Governo Monti inserisce la politica anticorruzione tra i capisaldi del proprio programma, facendosi interprete di sollecitazioni che vengono dalla necessità di fronteggiare la situazione di grave crisi della finanza pubblica, attraverso misure imperativamente indicate dalla Unione europea. Tale programma si articola in una serie di provvedimenti distinti ed in un atto di portata generale, la legge anticorruzione. Il decreto-legge "salva Italia" del dicembre 2011 (n. 201) e poi il decreto-

legge n. 95 del 2012, recependo una sollecitazione pervenuta al Governo italiano attraverso una famosa lettera inviatagli nell'agosto 2011 dalla BCE, avviano un confuso programma di smantellamento delle Province, considerate ridondanze politico-rappresentative e fonti di inefficienza e di sprechi. Il d.l. n. 174/2012 prosegue le azioni di taglio degli organi politici indirizzandola, questa volta, ai Consigli ed alle Giunte regionali. La legge n. 96/2012, scaturita dalla unificazione di molte proposte di iniziativa parlamentare, dimezza il finanziamento pubblico dei partiti, abnormemente lievitato negli anni precedenti, annunciando l'avvio di una riforma organica della materia. Nel mese di ottobre 2012, il Governo Monti porta a conclusione, con un proprio maxi-emendamento, l'iter del ddl. n. 2156 sulla lotta alla corruzione. In questa sede è superfluo riassumere i contenuti di tale legge. Basterà ricordare che nella legge n. 190 si ritrova buona parte il "nocciolo duro" del ddl. Alfano, con aggiunte e tagli: dunque, l'inasprimento delle sanzioni penali; l'estensione dell'incandidabilità ai parlamentari; la creazione di un sistema di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione. Relativamente a quest'ultimo, fondamentale ambito, la legge n. 190 opera un deciso rafforzamento dei contenuti presenti nell'originario ddl.: la pianificazione non riguarda le sole amministrazioni statali, ma coinvolge l'intero sistema delle amministrazioni pubbliche; i piani di contrasto della corruzione si configurano come il prodotto di una auto-analisi condotta *bottom-up* da parte di ciascuna amministrazione e raccordata alla mappatura dei processi, e non come l'esito di una pianificazione a cascata; i doveri di trasparenza non riguardano solo ambiti specifici di attività, ma assumono una portata generale; vengono introdotte nello *status* dei dipendenti pubblici una serie di prescrizioni e vincoli diretti a tutelarne, in una prospettiva pubblicistica, l'imparzialità ed a contrastare, fare emergere, gestire i conflitti di interesse, reali come potenziali. In tale riscrittura dei doveri figurano i codici di comportamento; gli obblighi di trasparenza soggettiva concernenti gli interessi economici e le attività lavorative precedenti e parallele al rapporto di lavoro pubblico; la segnalazione dei conflitti di interesse ed il dovere di astensione; le verifiche circa la compatibilità tra l'ufficio ricoperto e gli incarichi pubblici ulteriori eventualmente conferiti; l'inconferibilità delle cariche in presenza di condanne anche non definitive; la limitazione del *pantouflage* dalla politica e dagli

affari e le professioni verso le cariche amministrative; la limitazione del *pantouflage*, nella direzione inversa, dal pubblico impiego o dalle cariche amministrative verso attività economiche.

Nella agenda anticorruzione troviamo dunque, per un verso, la prosecuzione dell'approccio repressivo ed "anti-casta" e, per l'altro, la sperimentazione di un nuovo approccio di tipo preventivo che viene, tuttavia, scientemente riservato solo all'ambito della amministrazione, senza essere esteso, con gli adattamenti del caso, a quello della politica. Mentre dunque si chiede alle amministrazioni pubbliche, anche le più modeste, di organizzarsi avendo presenti i rischi corruttivi, ed ai dipendenti pubblici di soggiacere a doveri e limitazioni giustificate dalla necessità di assicurare integrità ed assenza di conflitti, una richiesta analoga di cautela non viene indirizzata né agli apparati politici degli organi rappresentativi e degli esecutivi, né al personale politico, chiamati a svolgere funzioni pubbliche non meno delicate e meritevoli di protezione e comunque connesse a quelle della p.a. Nei decreti nn. 33 e 39/2013, emanati nell'esercizio delle deleghe conferite dalla legge n. 190, si trova solo qualche frammento di doveri o limitazioni riguardanti i politici: gli obblighi di pubblicazione di una serie di informazioni relative ai titolari di incarichi politici eletti e non eletti (art. 13 d.lgs. n. 33/2013); la limitazione temporanea (c.d. *cooling off*) dei passaggi dalle cariche politiche locali alle cariche amministrative locali (art. 7 d.lgs. n. 39/2013), il divieto di cumulare le cariche politiche alle cariche amministrative (art. 11-14 d.lgs. n. 39/2013). L'approccio preventivo alla corruzione "risparmia" ingiustificatamente il mondo della politica e per questa sua asimmetria finisce per ridurne la credibilità e l'efficacia.

4. *La politica anticorruzione dopo la legge n. 190*

L'asimmetria, lo strabismo della politica anticorruzione nella sua nuova dimensione preventiva non possono essere addebitati con troppa severità ai protagonisti della breve stagione politica che comunque riuscirono a conseguire l'obiettivo della approvazione della legge n. 190. D'altra parte, il Governo Berlusconi prima, ed il Governo Monti dopo, accantonato lo scoglio rappresentato dal tema dei conflitti di interesse, non erano stati certo condiscendenti nei confronti della politica (ma prima non si era detto che il Governo Berlusconi aveva fatto quadrato intorno

al suo *leader* per evitare l'introduzione di misure moralizzatrici della politica, considerate come una strategia "giustizialista" ordita dalla sinistra, dalla "magistratura politicizzata" e da importanti settori dei media, allo scopo di scalzarlo per via giudiziaria), dal momento che avevano dovuto adottare, *bon gré, mal gré*, nuove e dure misure "anti-casta" nella forma della decurtazione di posti, indennità, emolumenti, finanziamenti e della estensione della incandidabilità ai parlamentari. Se non vi fu spazio per l'estensione dell'approccio preventivo ai conflitti di interesse della politica, ciò fu dunque dovuto non solo alla miope, ma alla naturale resistenza del medesimo ceto politico, particolarmente accentuata sul versante del centro-destra, ma anche alla formazione di un confuso coagulo di visioni populistiche, giustizialiste, neo-liberistiche ed antipolitiche, diffuse nei rami bassi come in quelli alti dell'opinione pubblica, per le quali la moralizzazione della politica avrebbe dovuto consistere soprattutto nella riduzione del ruolo della mediazione politica, anche attraverso un drastico taglio dei suoi organici e dei suoi finanziamenti. L'assetto claudicante della politica anticorruzione, configuratosi nel corso del Governo Monti, viene sostanzialmente confermato, pur tra importanti variazioni nel suo equilibrio tra prevenzione e repressione, anche nel corso delle due successive Legislature, la XVII e la XVIII.

Nel corso della XVII Legislatura il sistema di prevenzione della corruzione amministrativa delineato dalla legge n. 190 viene notevolmente potenziato dai tre Governi guidati dal Partito Democratico che si susseguono: vengono conferite alla ANAC, nata dalla trasformazione della CIVIT, le funzioni di controllo, prevenzione e contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013); si rafforza, attraverso il c.d. FOIA (d.lgs. n. 97/2016) l'ambito di applicazione del principio di trasparenza; si introducono nella legge sul lavoro pubblico tutele per i *whistleblower* (legge n. 179/2017), soprattutto si incorporano nella ANAC le importanti funzioni prima attribuite alla Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (d.l. n. 90/2014). La Legislatura successiva si muove però in una direzione diversa. Nella sua prima fase "giallo-verde", sotto la spinta impressa da 5Stelle, viene operato un potenziamento senza precedenti degli strumenti repressivi in materia di reati contro la pubblica amministrazione (l. n.3/2019 c.d. spazza-corrotti) -innalzamento delle pene; autorizzazione delle indagini

sotto copertura e dell'impiego di strumenti di intercettazione particolarmente invasivi; interdizione perpetua dai pubblici uffici per le condanne superiori a due anni; sconti di pena per i collaboratori di giustizia; limitazione della possibilità dei condannati di fruire di benefici e di misure alternative alla detenzione. La politica anticorruzione vira dunque drasticamente in senso repressivo, e ciò determina, oggettivamente, il ridimensionamento della importanza attribuita alle strategie di tipo preventivo. Tale ridimensionamento è, d'altra parte, indotto anche dalle sollecitazioni provenienti dalla componente leghista della coalizione di governo: con il d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019 (c.d. sblocca-cantieri) il processo riformatore in materia di appalti precedentemente affidato alla supervisione dell'ANAC subisce una prima, decisa, inversione di marcia. Nella sua ultima fase (Governo Draghi), la XVIII Legislatura rispecchia una nuova, crescente insofferenza, diffusa tra influenti settori della burocrazia, della politica locale e della impresa, nei confronti della politica anticorruzione, nel suo versante tanto repressivo quanto preventivo, considerata come un intralcio, una causa della paralisi amministrativa ed economica del Paese. Tale insofferenza non dispone, nel corso della Legislatura, di sostegni politici sufficienti per scalfire i nuovi rigori della legge "spazza-corrotti", difesi in modo intransigente dalla forza parlamentare del Movimento 5Stelle che li ha promossi, ma può tradursi in una presa di distanza, in un atteggiamento di freddezza nei confronti della precedente esperienza di prevenzione della corruzione nell'ambito della p.a. incentrata sul ruolo dell'ANAC, ed in particolare di quella riguardante la vigilanza sui contratti pubblici, motivato con l'esigenza di rispettare i tempi di realizzazione dei programmi del PNRR, eliminando tutto ciò che viene considerato un intralcio.

Anche sull'altro versante della moralizzazione della politica, la legislazione, nel corso delle due Legislature, si muove su un piano di relativa continuità: contenimento delle rappresentanze elettorali, taglio del finanziamento pubblico dei partiti; limitazioni e controlli sul finanziamento privato dei partiti; preclusione dell'accesso alle cariche da parte di soggetti precedentemente condannati. Il finanziamento pubblico dei partiti attraverso i rimborsi elettorali, dimezzato dal Governo Monti, viene dunque soppresso dal Governo Letta e poi da quello Renzi (d.l. n. 149/2013) per essere rimpiazzato con un modesto fondo distribuito tra i

partiti in ragione dalla destinazione del 2x1000 operata dai contribuenti e la detrazione fiscale delle donazioni private, mentre si allestisce un complesso sistema di controllo indipendente affidato alla Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti, le cui “scappatoie” rappresentate dalle fondazioni vengono sbarrate dalla legge “spazza-corrotti”; la riduzione degli organici politici, prima limitata a Regioni ed enti locali, viene entusiasticamente estesa al Parlamento dalla l. cost. n. 1/2020, i cui membri elettivi sono portati da 945 a 600; lo sbarramento dell’accesso alle cariche politiche da parte di soggetti condannati viene rafforzato in presenza di condanne per reati corruttivi, che, quando superano la soglia modesta dei due anni, comportano anche la comminazione della sanzione accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici.

Nelle due legislature emerge pure, per sollecitazioni sia interne, sia internazionali (la pressione del GRECO), l’intento di affrontare il nodo della moralizzazione della politica non solo con misure penalistiche o “anticasta” ma anche con nuovi strumenti preventivi. Le Camere spendono, in effetti, un notevole impegno nello studio di un pacchetto di misure connesse concernenti la prevenzione dei conflitti di interesse, la definizione di codici di comportamento e, reciprocamente, sul lato delle imprese, la regolamentazione del *lobbying*, col proposito di eliminare o quantomeno di ridurre la opacità e le commistioni che caratterizzano tradizionalmente il rapporto tra politica ed affari nel nostro Paese, seguendo l’esempio dei sistemi più evoluti sul piano sia politico, sia economico. Questo sforzo non perviene però ad una sintesi politica capace di conciliare la bulimia regolatoria della sinistra con l’anoressia della destra, o arriva a produrre risultati tanto modesti da risultare insignificanti. Le ragioni del fallimento sono evidenti: i programmi di riforma, anche quando ingolfano il Parlamento, non vengono mai considerati veramente prioritari nell’agenda dei partiti e dei governi e possono contare solo sul sostegno di settori esigui dell’opinione pubblica più avvertita.

La principale iniziativa politica è rappresentata dai progetti sulla prevenzione dei conflitti di interesse. Nel corso della XVII Legislatura la Camera dei deputati (AC 275) arriva ad approvare a maggioranza, col voto favorevole del PD e dei partiti di centro, e quello contrario di Forza Italia, 5Stelle e della sinistra, il 23 febbraio 2016, in prima lettura un

testo unificato (“Bressa”) concernente i conflitti di interesse relativi a Governo, Parlamento, Esecutivi e Consigli regionali. *L’iter* si insabbia in Senato, in un contesto nel quale le priorità politiche della Legislatura sono evidentemente altre, a partire dalla riforma elettorale. Nella successiva Legislatura la Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati tenta di riprendere le fila della riforma, adottando il 6 ottobre 2020, dopo un lungo lavoro istruttorio, nel contesto politico “rosso-verde” del Governo Conte II, un testo base, più ampio e radicale del precedente progetto “Bressa”, col voto favorevole di 5Stelle PD e Sinistra Italiana ma aspramente avversato dal fronte del centro-destra. La riforma si blocca, questa volta, nella stessa Commissione affari costituzionali, in assenza di condizioni politiche che permettano di procedere oltre nell’esame degli emendamenti.

Il secondo fronte riformatore riguarda l’introduzione di codici di comportamento indirizzati a deputati e senatori. Il 12 aprile 2016 la Giunta per il regolamento della Camera dei deputati approva un codice molto debole per valore giuridico, contenuti precettivi, controlli, sanzioni e per questo molto criticato dal GRECO. A tale approvazione non segue però un significativo impegno nella concreta attuazione delle generiche previsioni contenute nel codice. Solo a distanza di quattro anni, nella XVIII Legislatura, il 26 aprile 2022, il Consiglio di presidenza del Senato adotta un codice di comportamento dei senatori. L’occasione offerta dalla approvazione del codice non viene colta, come ci si sarebbe atteso, per migliorare l’esperienza della Camera, seguendo i desiderata espressi nei rapporti del GRECO: il Codice (peraltro introvabile nel sito del Senato) è infatti ancora più carente di quello dei Deputati.

Il terzo ambito è quello della disciplina delle *lobby*. Nel corso della XVIII Legislatura viene conseguito l’importante obiettivo della approvazione quasi unanime, il 12 gennaio 2022, di un testo unificato da parte della Camera dei deputati. Anche in questo caso, nonostante che il testo sia considerato da molti debole, la legislatura termina tuttavia prima che l’esame in seconda lettura possa concludersi. Il fallimento, diversamente da quanto avvenuto per le proposte di legge in materia di conflitto di interessi, non sembrerebbe però dovuto ad un insabbiamento politico, ma all’ingorgo parlamentare determinatosi per effetto dell’anticipato scioglimento della Legislatura.

Una fedele rappresentazione della lentezza e della inanità dei tentativi di affrontare in termini adeguati il problema dei conflitti di interesse nell'ambito politico è offerta sia dal Rapporto di valutazione del 17-21 ottobre 2016, nel quale il GRECO, dopo aver esaminato la situazione italiana relativa alla prevenzione della corruzione dei parlamentari, indirizza alle autorità italiane sei raccomandazioni riguardanti (I) i codici di comportamento, (II) le ineleggibilità ed incompatibilità d'affari, (III) le cautele in materia di sovvenzioni, doni ed ospitalità, (IV) le porte girevoli, (V) i rapporti con le *lobby*, (VI) la formazione specialistica in materia di protezione della integrità, sia dai successivi tre rapporti di conformità (2018, 2021 e 2022) nei quali il GRECO valuta i progressi realizzati nel recepimento delle raccomandazioni. Secondo il più recente di tali rapporti di conformità, nessuna delle sei raccomandazioni fatte dal GRECO è stata "attuata" in modo "soddisfacente" e neanche "trattata" in modo soddisfacente; due raccomandazioni (II e VI) non sono state per nulla attuate, mentre quattro raccomandazioni (I, III, IV, V) sono state attuate in modo solo parziale. La bocciatura è dunque sonora e le conclusioni del GRECO non sono confortanti: «Il GRECO si rammarica della persistente assenza di risultati concreti in relazione alla messa in atto di codici di comportamento pertinenti nelle due camere del Parlamento e all'approvazione del quadro normativo per le relazioni dei parlamentari con i rappresentanti di interessi e di altre parti che cercano di influenzare il processo decisionale pubblico (...) non sono stati compiuti progressi significativi per quanto riguarda le norme su doni, ospitalità e altri benefici (...) continuano le discussioni in merito al progetto di legge sulle restrizioni delle attività successive al termine del mandato dei parlamentari, ma il suo contenuto sembra essere limitato al coinvolgimento nell'attività dei rappresentanti di interessi dopo il mandato parlamentare (...) nel complesso, il GRECO esorta le autorità ad intraprendere una azione più decisa per velocizzare il ritmo lento di attuazione delle restanti raccomandazioni riguardanti i parlamentari».

5. *Un futuro nebuloso*

L'*excursus* che precede conferma che la legge n. 190 ha rappresentato l'apice del tentativo di orientare la politica anticorruzione in una prospettiva di prevenzione in linea con le tendenze diffuse tra i Paesi più avanzati

e coerente con i doveri e le responsabilità che la Carta costituzionale ha riservato ai cittadini cui è affidata, a vario titolo, la cura delle funzioni pubbliche. Tale tentativo è rimasto a metà, perché non è stato possibile abbattere il muro di gomma che, come ben descrivono i rapporti del GRECO, ha impedito di estendere la logica della prevenzione e dei doveri applicata nella sfera della p.a. anche agli attori più importanti, quelli politici. Le criticità della politica anticorruzione vanno però anche oltre questo grave squilibrio. Tale politica, vista nel lungo periodo, appare solo parzialmente lambita dalla prospettiva riformatrice della prevenzione, introdotta dalla legge n. 190, e invece assai condizionata da fattori ed aspirazioni di segno populistico che hanno ostacolato la maturazione e la diffusione di un approccio modernamente e democraticamente pragmatico. L'azione diretta a contrastare la corruzione si è cioè mescolata, da un lato, con impulsi anti-politici e vendicativi – la guerra mossa contro i privilegi della casta, il taglio dei costi della politica – e, dall'altro, con visioni giustizialistiche – i giri di vite, la guerra contro la corruzione –, ed è superfluo qui ricordare che queste “guerre” non hanno prodotto vittorie, ma guasti politici ed istituzionali. D'altra parte, il rifiuto ostinato della politica di aprirsi a regole nuove di trasparenza ed integrità finisce per togliere forza al riformismo della prevenzione, per darla, invece, all'anti-politica ed al giustizialismo. Sembrerebbe dunque, alla luce di quanto è avvenuto nel corso dell'ultima legislatura, e dei segnali che vengono da quella appena iniziata, che la politica anticorruzione non si avvii verso un maggiore equilibrio tra prevenzione e repressione, abbracciando sia la amministrazione, sia la politica, ma verso una *impasse*: la prospettiva “anti-politica” e “giustizialista”, che in passato hanno tenuto il campo, stanno perdendo consensi; contemporaneamente, anche la prospettiva riformatrice della prevenzione sembra ricadere in un cono d'ombra. Non è dunque difficile immaginare quale potrà essere il contenuto dei futuri rapporti di conformità del GRECO.

L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge n. 190 del 2012: funzioni, poteri e modello organizzativo

Francesco Merloni

Il saggio è dedicato all'analisi dei diversi passaggi della vicenda della progressiva organizzazione dell'ANAC, svolta partendo da profili di storia dell'istituzione ANAC, di analisi delle funzioni e dei poteri attribuiti, che consente una valutazione dei rapporti tra le funzioni fondamentali, i poteri e della posizione di indipendenza garantita all'Autorità. Esso si conclude con la ricostruzione del modello organizzativo adottato nel tempo, della formazione dell'apparato di funzionari, in cui uniscono tratti di autonomia e di eteronomia organizzativa, sempre condizionati dall'obiettivo di conseguire risparmi di spesa. Una vicenda illuminante sulle opportunità e sulle difficoltà che incontra in Italia chi voglia costruire un moderno presidio della prevenzione della corruzione, della cattiva amministrazione e della trasparenza.

1. Premessa

La legge n. 190 del 2012 («Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione») fa, già dalla sua prima disposizione, il comma 1 dell'art. 1, una significativa scelta organizzativa, l'individuazione di un'Autorità nazionale anticorruzione, destinata ad operare in coordinamento con «altri organi». Le funzioni e i poteri previsti dalla legge sono conferiti all'allora operante «Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche» (CIVIT).

Comincia da questa decisione una vicenda organizzativa che si può considerare come illuminante sulle opportunità e sulle difficoltà che incontra in Italia chi voglia costruire un moderno presidio della prevenzione della corruzione e della cattiva amministrazione¹.

¹ Sulla nozione di "presidio" si può vedere F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni*, Roma, Donzelli, 2021. L'evoluzione organizzativa di cui ci occupiamo è stata anche definita come

L'analisi dei diversi passaggi è svolta da chi quelle vicende ha vissuto personalmente, ma intende muoversi sul piano di un'analisi organizzativa scientificamente fondata.

Si partirà da profili diacronici, di storia dell'istituzione ANAC, per giungere ad una chiara individuazione delle funzioni attribuite all'Autorità, accompagnate da specifici poteri attuativi.

Seguirà una attenta analisi dei rapporti tra le tre principali funzioni (prevenzione della corruzione, trasparenza, contratti pubblici) che non si fermi al solo dato normativo, ma consideri come l'Autorità, con propri atti, con il conforto costante di pareri e di sentenze del giudice amministrativo, ha interpretato il proprio ruolo, ha delimitato e disciplinato in via regolamentare le proprie funzioni e i propri poteri.

Rilevante il passaggio sulla opportunità di costruire l'ANAC come autorità amministrativa indipendente, proprio in rapporto ai caratteri e ai contenuti di tali funzioni e poteri.

Si concluderà con la ricostruzione del modello organizzativo adottato nel tempo, come strumento per comprendere opportunità e limiti offerti dall'apparato degli organi e degli uffici per il corretto e coordinato esercizio delle funzioni affidate.

2. L'evoluzione organizzativa nel tempo

Queste note sono dedicate alla ricostruzione dell'evoluzione organizzativa dell'Autorità nazionale anticorruzione dal 2012 ad oggi. Non del tutto inutile però tracciare il percorso delle politiche di contrasto alla corruzione negli anni precedenti, che coprono un periodo non breve, di venti anni, se si parte dal momento in cui il tema della corruzione pubblica è esploso, presso l'opinione pubblica e nel dibattito politico, cioè con le inchieste che vanno sotto il nome di "Mani pulite".

"travagliata", termine usato per intendere "benevolmente" una vicenda che si ritiene piena di contraddizioni e di errori. Una posizione che non nasconde una buona dose di scetticismo sulla stessa bontà dell'operazione. Si veda A. MARRA, *Il regolamento sull'organizzazione e il funzionamento dell'ANAC*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2022, che si ispira alla ricostruzione generale di M. DEL SIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2019.

Queste vicende, già per altro ben ricostruite dalla dottrina², hanno conosciuto negli anni immediatamente successivi a quell'inchiesta, il moltiplicarsi di momenti di studio e di riflessione politica. Ne sono esempi due commissioni di studio e una Commissione parlamentare, costituite quasi contemporaneamente nel 1996³. Molte di quelle proposte sono rimaste senza seguito, mentre altre sono state riprese dalla legislazione dal 2012 in poi. Carattere generale delle proposte: si indicano le cose da fare, le modifiche normative da apportare, le politiche pubbliche da attuare, ma mai la costituzione di un'apposita Autorità. Motivo fondamentale, la difficoltà di definire bene le funzioni di una simile Autorità, in uno scenario complessivo di contrasto ancora centrato sulla repressione penale o, comunque, sulle responsabilità soggettive, individuali, del funzionario pubblico in rapporto ai comportamenti tenuti nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche. Particolarmente delicato il tema degli eventuali accertamenti amministrativi di condotte illecite nei rapporti con il giudice penale, ma soprattutto degli effetti che questi accertamenti non giurisdizionali (quindi non pienamente assistiti da garanzie costituzionali) potessero avere sulla permanenza in carica di titolari di cariche politiche, parlamentari o di governo.

Anche la proposta di una Commissione di garanzia che «raccolgesse informazioni sui pubblici dipendenti» e coordinasse «le attività di diversi organi amministrativi e giurisdizionali» non ebbe seguito⁴, mentre si finì per costituire un'Autorità dotata solo di poteri meramente conoscitivi, l'«Alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione»⁵, poi sop-

² Si veda B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, Il Mulino, 2007.

³ Il «Comitato Cassese» (dal nome del suo coordinatore), denominato «Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione», nominato dal Presidente della Camera dei deputati; la «Commissione Minervini», denominata «Commissione per contrastare i fenomeni di corruzione e migliorare l'azione della p.a.», nominata con D.P.C.M. 18 ottobre 1996 e operante presso il Dipartimento della Funzione pubblica. La Commissione parlamentare operò dal 1996 al 1998 per coordinare diverse proposte di legge presentate sul tema del contrasto alla corruzione.

⁴ B.G. MATTARELLA, *Le regole*, cit., ricorda che questa Commissione venne ribattezzata «Gendarmone», a segnalare un diffuso timore allora esistente. Vedremo, poi, che questo termine è stato usato anche per qualificare l'ANAC.

⁵ L'Alto commissario fu istituito con legge 16 gennaio 2003, n. 3. Sempre B.G. MATTARELLA, *Le regole*, cit., ricorda come la legge istitutiva non determinasse le funzioni dell'Alto commissario,

presso con decreto legge del 2008; le sue funzioni, fundamentalmente di studio e indagine con qualche potere ispettivo, erano trasferite al Ministro «competente», cioè l'allora «Ministro della pubblica amministrazione e innovazione» (Brunetta) ed esercitate attraverso il DFP⁶.

Questo evidente passo indietro rispetto alla sia pur debole soluzione dell'Alto commissario era stato negativamente valutato dagli organismi internazionali che svolgono attività di *monitoring* sulle attività svolte dai singoli Paesi che sottoscrivono convenzioni per il contrasto della corruzione (in particolare l'UNCAC per l'ONU e il GRECO per il Consiglio d'Europa). Anche per rispondere a queste critiche il legislatore ha provveduto, nel 2009, in sede di ratifica della Convenzione ONU di Merida, già sottoscritta dall'Italia nel 2003, da un lato a prevedere quella che per la prima volta viene definita come "Autorità nazionale anticorruzione", cui doveva essere assicurata «autonomia e indipendenza nell'attività»⁷, dall'altro ad individuare l'Autorità nel Ministro della pubblica ammini-

poi fissate in un regolamento approvato con d.P.R., il n. 258 del 2004. Sull'Alto commissario si veda G. SCIULLO, *L'alto commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, Franco Angeli, 2009.

⁶ Il decreto legge è il n. 112 del 25 giugno del 2008. Le funzioni sono state organizzate nel DFP con D.P.C.M. 2 ottobre 2008.

⁷ Una formula molto scarna, fissata nell'art. 6, comma 2, della legge n. 116. In realtà la Convenzione che la legge provvedeva a ratificare era molto più esplicita quanto all'indipendenza degli organi incaricati di prevenire la corruzione: al comma 2 del suo articolo 6: «Ogni Stato parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, concede all'organo o agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'*indipendenza* necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni *al riparo di ogni indebita influenza* e le risorse materiali e il personale specializzato necessari, nonché la formazione di cui tale personale può avere bisogno per esercitare le sue funzioni». La più rilevante delle convenzioni internazionali in materia lascia ai singoli Stati la ricerca di soluzioni organizzative che assicurino tale indipendenza sostanziale; non impone quindi la soluzione autorità amministrativa indipendente, ma certamente incoraggia soluzioni forti, considerato il giudizio estremamente positivo espresso dall'UNCAC (l'organizzazione ONU incaricata del *monitoring*) e dal GRECO (organizzazione che svolge il *monitoring* sul rispetto delle convenzioni anticorruzione del Consiglio d'Europa) proprio sulla costituzione di una AAI. In senso critico su questa soluzione, proprio perché sarebbe non imposta dalle norme internazionali si veda A. MARRA, *Il Regolamento*, cit. Per la ricostruzione delle norme italiane di ratifica della Convenzione di Merida si veda S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, Passigli, 2010; R. CANTONE, *Il sistema di prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020; R. CANTONE, N. PARISI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la vita di relazione internazionale*, Napoli, ESI, 2021.

strazione, assistito dal DFP⁸, ufficio della Presidenza del Consiglio sulla cui capacità di compiere valutazione e svolgere attività «al riparo di ogni indebita influenza» era possibile esprimere più di un dubbio. Resta il dato di una «falsa partenza» nell'organizzazione dell'Autorità anticorruzione che si è prolungata anche oltre la legge n. 190 del 2012, fino al d.l. n. 90 del 2014, ma che ha pesato sui rapporti tra Ministro della pubblica amministrazione, DFP e ANAC, anche nei periodi successivi.

Nei cinque anni di gestione governativa delle funzioni dell'Autorità, il Ministro e il DFP hanno cercato soluzioni organizzative che mitigassero l'impatto negativo, anche presso l'opinione internazionale. Si è dapprima istituito, all'interno del DFP, un Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAET), totalmente privo di ogni indipendenza organizzativa, non bastando evidentemente la creazione di un distinto ufficio, se questo è soggetto all'indirizzo del Ministro e al coordinamento funzionale del Direttore del DFP e non esistendo alcuna procedura di nomina del responsabile che ne assicurasse almeno una individuale, personale, indipendenza di giudizio⁹. Per esigenze diverse, ma con effetti sull'organizzazione delle funzioni in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, il Governo dell'epoca, nello stesso anno, istituiva la «Commissione per la Valutazione la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche» (CIVIT)¹⁰, la cui funzione fondamentale era quella di occuparsi, in posizione di relativa indipendenza¹¹, del tema della misurazione e valutazione della

⁸ Poiché la ricordata norma della legge n. 116 del 2009 non nomina espressamente il DFP, S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche*, cit., parla di una individuazione "transitiva", perché il DFP era allora l'ufficio cui erano state trasferite le funzioni dell'Alto Commissario.

⁹ Sul SAET si veda G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione (art. 1-4)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013; sulla mancata indipendenza del SAET si veda anche S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità anticorruzione*, in *Libro dell'anno*, Treccani, 2015.

¹⁰ Con il d.lgs. n. 150 del 2009, art. 13, ancora in vigore nonostante contenga norme chiaramente superate dalla disciplina successiva. La prima "I" dell'acronimo, che sta per "indipendente", è stata aggiunta dalla stessa CIVIT. La seconda "I", relativa all'integrità

¹¹ L'indipendenza della CIVIT è definita come «posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia, in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato» dall'art. 13 del d.lgs. n. 150 del 2009. Si mira a garantire, con i requisiti soggettivi e con le procedure di nomina, un'indipendenza personale dei componenti della Commissione, senza curare quel «riparo da ogni indebita influenza»

performance di uffici e di singoli funzionari nelle pubbliche amministrazioni, tema strettamente connesso con quello delle responsabilità soggettive (penali, amministrativo-contabili, disciplinari) e dei doveri di comportamento dei funzionari pubblici. La CIVIT si occupava anche di «favorire nella pubblica amministrazione la cultura della trasparenza anche attraverso strumenti di prevenzione della corruzione». Una definizione di compiti molto generica, che almeno segnalava la connessione tra la trasparenza (il cui principio era fortemente promosso dalla “legislazione Brunetta”¹²) e la prevenzione della corruzione.

La CIVIT, pur appesantita da un’esilissima struttura organizzativa (non più di 30 funzionari, in gran parte comandati da altre amministrazioni), ha da subito rivendicato la propria autonomia (la prima “I” dell’acronimo stava per “Indipendenza”) dal Ministro della pubblica amministrazione e dal DFP (portatore, invece, di una idea molto strumentale della Commissione, che non ha mai abbandonato, anche nei rapporti con l’ANAC), puntando sulla qualità delle proprie attività e delle proprie determinazioni.

Una svolta, soprattutto sul piano funzionale, molto meno su quello organizzativo, si ha con la legge n. 190 del 2012, che fa la scelta di individuare nella CIVIT l’«Autorità nazionale anticorruzione», attribuendo ad essa compiti in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza. La scelta, che sembra andare nella direzione di un’Autorità separata dal Governo e tendenzialmente indipendente, è fatta però nel modo confuso e contraddittorio che ha sempre accompagnato ogni ipotesi di istituzionalizzazione del presidio nazionale anticorruzione. Ciò dipende anche dalla tecnica normativa seguita (la legge è il frutto di un complesso di emendamenti “mirati” introdotti nel testo del ddl. Alfano del 2010¹³), ma

e quelle «risorse materiali» che sono richieste dalla Convenzione di Merida. Sulla CIVIT e la sua indipendenza si vedano R. CANTONE, *Il sistema di prevenzione*, cit.; R. CANTONE, N. PARISI, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.; R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018.

¹² Non si dimentichi che l’attuale definizione della trasparenza, poi solo parzialmente corretta e integrata dalla legislazione successiva, si deve proprio al d.lgs. n. 150 del 2009.

¹³ Si tratta del disegno di legge A.S. n. 2156 «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione». Il complesso *iter* di questa iniziativa governativa è ricostruito da F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie dell’imparzialità dei pubblici funzionari*, in F. CINGARI (a cura di), *Corruzione, strategie di contrasto*, Firenze University Press, 2013. Gli emendamenti poi introdotti nel testo della legge n. 190 sono

ancora una volta dal non risolto problema dei rapporti tra Autorità e Ministro della p.a. e del DFP.

Non ci soffermiamo qui sull'intreccio delle competenze tra Ministro DFP e CIVIT/ANAC, già illustrato ampiamente¹⁴, ma sulla vera novità della legge, spesso trascurata quando si studiano funzioni e poteri dell'Autorità. Nella legge è la materia "prevenzione della corruzione" a subire un rilevante cambiamento di contenuti e di priorità. Se fino ad allora la prevenzione finiva per coincidere con le misure volte a garantire l'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici (in particolare dei pubblici dipendenti), con la legge si punta sulla trasposizione in ambiente pubblico del "modello organizzativo" introdotto nelle imprese private dal d.lgs. n. 231 del 2001. Le misure sulla imparzialità soggettiva non vengono abbandonate (sul versante penale la seconda parte della legge opera una significativa revisione delle fattispecie di reato e in generale si aumentano le pene edittali; sul versante amministrativo si introducono nuovi limiti all'accesso agli incarichi dirigenziali pubblici¹⁵ e si rivedono i doveri di comportamento dei funzionari pubblici, rilanciando la responsabilità disciplinare anche in funzione preventiva rispetto alle responsabilità penali e amministrativo-contabili¹⁶), ma la vera innovazione è *l'approccio organizzativo della prevenzione*, fondato sull'analisi che ciascuna amministrazione deve fare, in rapporto al proprio contesto organizzativo, del rischio oggettivo (valutato indipendentemente dalla personale propensione del funzionario a stabilire accordi corruttivi), cui le attività dei diversi uffici sono esposti, di pressioni indebite da parte di interessi particolari. La prevenzione della corruzione si fa all'interno di

stati elaborati dalla «Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione», istituita dal Ministro della pubblica amministrazione del Governo Monti, Filippo Patroni Griffi, il 23 dicembre 2011 e presieduta dal Cons. Roberto Garofoli. La Commissione ha predisposto una relazione finale, pubblicata nel 2012 dal titolo: *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione*.

¹⁴ Si veda, oltre ai già richiamati R. CANTONE, *Il sistema di prevenzione*, cit.; R. CANTONE, N. PARISI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.; M. DE ROSA, F. MERLONI, *Il trasferimento all'ANAC delle funzioni in materia di prevenzione della corruzione*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La Nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015.

¹⁵ Con la delega contenuta nei commi 49 e 50 dell'art. 1. La delega è stata tempestivamente attuata con il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, sulle inconfiribilità e incompatibilità.

¹⁶ Con il comma 44 dell'art. 1 che ha integralmente sostituito l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001.

ciascuna delle amministrazioni pubbliche, non con norme ad applicazione generale e dirette a condizionare i comportamenti individuali dei funzionari. Il Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC), cioè il complesso delle misure di riduzione del rischio, è adottato dagli organi di vertice di ogni amministrazione pubblica, su proposta di un nuovo soggetto, il Responsabile della prevenzione (RPC), che vigila sulla sua corretta applicazione.

Nella nuova prospettiva muta anche il ruolo del presidio nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione: non serve più né un ufficio studi specializzato che misuri il fenomeno corruttivo (per lo più con i dati statistici sugli esiti dei procedimenti penali, amministrativo-contabili o disciplinari), né un organo solo consultivo sul rispetto dei doveri di comportamento dei funzionari, ma una vera autorità, che accompagni le pubbliche amministrazioni nel lavoro di autoanalisi organizzativa e di individuazione delle misure, con atti di indirizzo, di interpretazione delle nuove disposizioni di legge e di indicazione di buone pratiche. Che vigili sull'effettiva adozione dei piani di prevenzione, misurandone la qualità (in termini di capacità di prevenire il rischio corruttivo), dei piani sulla trasparenza; delle misure di verifica delle inconferibilità/incompatibilità, dei codici di comportamento. Essenziale, tra gli atti di indirizzo, il ruolo del Piano Nazionale Anticorruzione (PNA): non un documento meramente conoscitivo sul fenomeno della corruzione, ma un atto con indicazioni di metodo (come procedere nella formazione del PTPC), che lascia alle amministrazioni la libertà di confezionare nel merito e nel tempo le misure anticorruzione e di trasparenza. La formazione del PNA viene disciplinata dalla legge n. 190 nel modo che rappresenta bene a chi spettasse all'epoca l'effettiva titolarità del ruolo dell'Autorità anticorruzione. La lettera b) dell'art. 1, comma 2, della legge attribuisce alla CIVIT/ANAC il compito di approvare il Piano, su proposta del DFP; il PNA, quindi, è nella sostanza un atto del Ministro, fatto proprio¹⁷ da un soggetto certamente non indipendente dal suo indirizzo politico.

¹⁷ Il primo PNA è stato approvato dalla CIVIT/ANAC con la delibera n. 72 dell'11 settembre 2013 dopo un *iter*, ricostruito nelle premesse, nel quale, l'Autorità ha potuto esprimere delle «specifiche osservazioni» che il Ministro ha recepito nel testo finale poi trasmesso per l'«approvazione». Una formale codecisione, che assume i contenuti dell'adozione di un atto in via eteronoma.

Nel periodo che va dall'approvazione della legge fino alla primavera del 2014, mentre si cambia la denominazione e si adegua la composizione del Consiglio ai nuovi compiti dell'Autorità¹⁸, questa rimane nella condizione organizzativa già descritta, occupandosi, insieme, di prevenzione della corruzione, trasparenza e *performance*¹⁹.

Nel giugno del 2014, mentre si era già insediato il nuovo Presidente ed era in corso la procedura per la nomina dei quattro componenti del Consiglio, viene emanato il d.l. n. 90 del 2014, che costituisce una vera svolta, funzionale e organizzativa, per l'ANAC. Sintetizziamo qui cose già note e commentate: sul piano funzionale si mira a separare nettamente i compiti di ANAC da una parte e del DFP dall'altra e si aggiungono le funzioni in materia di vigilanza dei contratti pubblici, fino ad allora svolte dalla soppressa Autorità di vigilanza (AVCP). Sul piano organizzativo si dispone la fusione degli apparati delle preesistenti CIVIT e AVCP nell'unico apparato della nuova ANAC²⁰, che viene espressamente compresa tra le autorità amministrative indipendenti²¹.

¹⁸ La CIVIT/ANAC viene denominata «Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche» dal d.l. 31 agosto 2013, n. 101; nello stesso decreto si aggiornano i requisiti per la nomina dei consiglieri, che devono essere «esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione, con comprovate competenze in Italia e all'estero, sia nel settore pubblico che in quello privato, di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione, di management e misurazione della performance, nonché di gestione e valutazione del personale».

¹⁹ Pur nelle difficoltà segnalate, la CIVIT/ANAC inizia ad esercitare le nuove funzioni. Oltre a dare seguito al PNA approvato nel settembre 2013, adotta anche le prime linee guida in materia di codici di comportamento (delibera ANAC 24 ottobre 2013, n.75), nonché importanti delibere quali: la delibera n. 12 del 27 febbraio 2013, *Requisiti e procedimento per la nomina dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione (OIV)*, la delibera n. 59 del 15 luglio 2013, *Pubblicazione degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati (artt. 26 e 27, d.lgs. n. 33/2013)*, la delibera n. 65 del 31 luglio 2013, *Applicazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013 – Obblighi di pubblicazione concernenti i componenti degli organi di indirizzo politico*, la delibera n. 66 del 31 luglio 2013, *Applicazione del regime sanzionatorio per la violazione di specifici obblighi di trasparenza (art. 47 del d.lgs. n. 33/2013)*.

²⁰ Si veda l'art. 19 del d.l. n. 90. In esso, al comma 5, si attribuiscono all'ANAC, definitivamente denominata «Autorità Nazionale anticorruzione» (si cancellano le parole «e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche»), anche compiti di ricezione e trattamento di segnalazione di illeciti e poteri sanzionatori in caso di mancata adozione, da parte delle amministrazioni, dei piani anticorruzione, dei piani di trasparenza, dei codici di comportamento.

²¹ Si veda l'art. 22 del decreto.

Le scelte funzionali, soprattutto l'attribuzione della materia dei contratti pubblici ad un'Autorità nata per occuparsi di prevenzione della corruzione, sono state variamente commentate in dottrina, spesso in modo critico. Della compatibilità tra i tre grandi settori di materia attribuiti all'ANAC ci occupiamo nel prossimo paragrafo. Per ora ci si può limitare a ricordare l'assoluta necessità di recidere il cordone ombelicale che aveva tenuto uniti Ministro della pubblica amministrazione e DFP, in posizione dominante, e CIVIT/ANAC. In questo senso il d.l. n. 90 è chiarissimo: le funzioni in materia di *performance* tornano (sono confermate) al DFP, che vi deve provvedere con proprie risorse; le funzioni in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza vanno all'ANAC²². Anche la soppressione dell'AVCP non era priva di motivazioni, legate soprattutto all'inefficacia della vigilanza fin ad allora esercitata²³ e alla volontà di porre l'intera struttura in funzione anche di una sollecita ed efficace prevenzione della corruzione. Non secondario l'obiettivo di dare alla nuova ANAC un più corposo apparato organizzativo e l'autonomia finanziaria già riconosciuta alla soppressa AVCP, rispettando la "super-norma" della "invarianza della spesa pubblica"²⁴. La soluzione alternativa, che

²² Non mancavano incongruenze, per omesso coordinamento di norme. Ad esempio, restava il potere del DFP di predisporre il testo del PNA, poi approvato dalla CIVIT/ANAC, nel rispetto di "indirizzi" dell'apposito Comitato interministeriale. Solo con d.lgs. n. 97 del 2016 si chiarirà che il PNA è adottato dalla sola ANAC, senza interventi del DFP e che il Comitato interministeriale sarà solo «sentito», come la Conferenza unificata, prima della definitiva approvazione del PNA da parte dell'ANAC. In tal modo sono state salvaguardate l'indipendenza dell'Autorità e la conoscenza del Piano da parte di organismi rappresentativi delle istituzioni, ai vari livelli di governo, perché le amministrazioni si adeguino alle sue indicazioni.

²³ I procedimenti di accertamento di vicende amministrative di gestione di contratti pubblici si protravevano per tempi lunghissimi (in qualche caso diversi anni), anche in virtù di un regolamento che prevedeva un numero sproporzionato di interlocuzioni con l'amministrazione interessata. Tanto da risultare praticamente irrilevanti sul piano della autotutela amministrativa, o dell'attivazione di eventuali responsabilità dei funzionari, ma soprattutto sul piano della indicazione di soluzioni per porre rimedio nel futuro, con nuove regole procedurali e organizzative, alle criticità rilevate.

²⁴ Non si trascuri che si era in un periodo storico, in realtà non ancora oggi pienamente superato, nel quale i vincoli finanziari imposti dall'Europa (in generale l'austerità nei conti pubblici, in particolare la modifica dell'art. 81 Cost. per rendere invalicabile il vincolo di bilancio). Per un commento critico alla modifica costituzionale del 2012 si veda A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata*, in *Quad. cost.*, 2012 e A. DE SIANO, *Il decentramento della finanza pubblica a venti anni dalla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione. Storia di un fallimento rileggendo Antonio Brancasi*, in *Diritto pubblico*, 1, 2022.

sicuramente comportava una spesa aggiuntiva, era quella di mantenere due distinte autorità, da un lato rafforzando la CIVIT/ANAC non solo in termini funzionali, ma soprattutto organizzativi (reclutamento di nuovi funzionari, con competenze specifiche) e dall'altro riformando nel profondo l'AVCP al fine di dare ad essa quella tempestività di intervento, regolatorio e di vigilanza, che si era affievolita nel tempo.

Penultimo passaggio è stato l'emanazione del d.lgs. n. 50 del 2016 contenente il nuovo Codice dei contratti pubblici in sostituzione di quello approvato dieci anni prima, il d.lgs. n. 163 del 2006. La filosofia che ha guidato il legislatore nella formulazione di questo testo non può essere qui pienamente ricostruita²⁵. Per quel che qui ci riguarda possiamo ricordare che il Codice del 2016, in grandissima parte, si limitava a confermare le competenze della soppressa AVCP, poi trasferite all'ANAC: di regolazione, conoscitivi (la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici), di vigilanza, di precontenzioso, sanzionatori (per specifiche violazioni). La vera novità stava nel forte investimento che il Codice faceva sulla *soft law*, nella forma di «linee guida» di competenza dell'ANAC, come fonte di regolazione secondaria che consentisse di ridurre la complessità e il dettaglio della disciplina previgente e fornisse alle amministrazioni indicazioni operative utili per un'attuazione efficace della normazione primaria. L'ultima tappa di questo percorso è il d.lgs. n. 97 del 2016, che reca modifiche e integrazioni della legge n. 190²⁶ e del d.lgs. n. 33 del 2013 sulla trasparenza²⁷, la cui sola novità, peraltro significativa, è stata l'introduzione del c.d. "accesso generalizzato" a documenti, dati e informazioni non pubblicati nei siti delle amministrazioni, ma senza un vero coinvolgimento dell'ANAC. Nessun potere di vigilanza, nessun potere di decisione in caso di rigetto delle richieste di accesso; solo un limitatissimo potere,

²⁵ Gli interventi della dottrina sul Codice del 2016 sono numerosissimi. Ci si limita a segnalare A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2021, perché in esso si ragiona anche sul ruolo dell'ANAC nel settore.

²⁶ Si provvede (nuovo comma 2-bis dell'art. 1) a rendere definitivo ciò che già era nella prassi di formazione del PNA dopo il d.l. n. 90 del 2014, che è di esclusiva competenza dell'ANAC, con il solo intervento consultivo del Comitato interministeriale e della Conferenza unificata e a chiarire la natura del Piano come atto di indirizzo rivolto alle amministrazioni.

²⁷ Si definisce meglio (nuovo articolo 2-bis), in completa adesione a deliberazioni dell'ANAC, l'ambito soggettivo per l'applicazione degli obblighi di pubblicazione, che comprende anche le società in controllo pubblico e le società private che svolgono attività di pubblico interesse.

da esercitarsi di intesa con il Garante *privacy*, di emanare linee guida di interpretazione della legge sulle esclusioni e sui limiti da essa disposti. L'ANAC resta Autorità della trasparenza, ma solo con riferimento agli obblighi di pubblicazione²⁸.

3. Le funzioni fondamentali dell'ANAC e i poteri conferiti per esercitarle

Sulla base della sintetica ricostruzione dell'evoluzione della disciplina nel tempo, possiamo ora ragionare sulla condizione a regime dell'Autorità, sulla base delle funzioni effettivamente attribuite e dei poteri conferiti per esercitarle. Si procederà ponendo in evidenza i rapporti reciproci tra i tre principali settori di materia oggi di competenza dell'ANAC: la prevenzione della corruzione, la trasparenza e i contratti pubblici.

3.1 Prevenzione della corruzione e trasparenza

Le due materie sono legate da profondi legami già prima della legge n. 190. Nella legislazione Brunetta l'enfasi sulla trasparenza era legata anche all'obiettivo di assicurare meglio i principi di buon andamento e imparzialità dell'art. 97 Cost.²⁹.

Il Piano della trasparenza, che ha preceduto il Piano triennale di prevenzione della corruzione, è stato progressivamente ricondotto all'interno di quest'ultimo, ma ciò non significa affatto che la trasparenza diventi una funzione strumentale rispetto all'anticorruzione³⁰, ovvero che si debba fare trasparenza solo nella misura in cui questa è utile a far emergere fatti corrottivi. Significa semplicemente che ogni amministrazione, nel definire le proprie misure di piano, deve avere attenzione non solo a

²⁸ Sulle vicende del principio della trasparenza, lette nella prospettiva organizzativa, si veda F. MERLONI, *Il "governo" della trasparenza*, in P. PIRAS (a cura di), *Dialoghi sulla trasparenza. Riflessioni a partire dal convegno I paradigmi della trasparenza, Cagliari, 30 settembre 2022*, Giuffrè FL, 2023.

²⁹ La trasparenza già nel d.lgs. n.150 del 2009 era definita come «accessibilità totale» destinata a garantire, tra altre cose, anche «forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità».

³⁰ Sulla strumentalità della trasparenza si veda, ad esempio, di recente, A. MARRA, *Il regolamento sull'organizzazione e il funzionamento dell'ANAC*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2022, dove si afferma: «la trasparenza, che nell'impianto della riforma Brunetta era declinata anzitutto nella logica dell'*accountability* e del buon andamento delle istituzioni, viene progressivamente assorbita nelle funzioni anticorruzione e, *di fatto*, sviluppata soprattutto in quella prospettiva e, quindi, soprattutto, nella logica dell'imparzialità».

quelle direttamente volte a ridurre il rischio corruttivo, ma alla trasparenza *in quanto tale*, nella sua massima possibile estensione, almeno per la parte degli obblighi di pubblicazione disposti dalla legge.

La trasparenza è per le amministrazioni la funzione chiave per trasformare nel profondo la propria organizzazione e la propria azione. Non a caso oggi sono le “Giornate della trasparenza” l’occasione per illustrare a cittadini quanto l’amministrazione stia facendo per garantire buon andamento e imparzialità.

D’altra parte è stata innanzitutto l’ANAC a ribadire costantemente, in numerosi atti ufficiali, da ultimo il PNA 2019-2021³¹, la rilevanza in sé del principio di trasparenza. Così come l’Autorità ha salutato con favore l’introduzione dell’accesso generalizzato, come necessario completamento della trasparenza che si realizza con gli obblighi di pubblicazione³², segnalando peraltro il rischio di utilizzare l’accesso come arma per ridurre gli obblighi di pubblicazione, che l’Autorità ha sempre considerato come lo strumento più idoneo per dare alla trasparenza la sua massima applicazione³³.

L’ANAC esercita nelle due materie poteri di regolazione, di vigilanza e modesti poteri sanzionatori. La regolazione si realizza in primo luogo congiuntamente con il PNA (atto di indirizzo rivolto alle amministrazioni che predispongono il proprio Piano triennale a sua volta integrato - PTPCT, con l’aggiunta della T finale) e con linee guida, per lo più adot-

³¹ In particolare si veda la delibera n. 1064 del 13 novembre 2019, con la quale si approva il Piano nazionale anticorruzione 2019-2022, dove si trovano diverse affermazioni in questa direzione quali, ad esempio: «L’ampliamento dei confini della trasparenza registrato nel nostro ordinamento, appena illustrato, è stato realizzato con successive modifiche normative che sono state accompagnate da atti di regolazione dell’Autorità finalizzati a fornire indicazioni ai soggetti tenuti ad osservare la disciplina affinché l’attuazione degli obblighi di pubblicazione non fosse realizzata in una logica di mero adempimento quanto, invece, di *effettività e piena conoscibilità dell’azione amministrativa*».

³² L’accesso è riconosciuto infatti per i documenti, dati e informazioni non già pubblicati sul sito dell’amministrazione.

³³ Per queste considerazioni sui rapporti tra i diversi strumenti di trasparenza si veda F. MERLONI, *Trasparenza amministrativa e contratti pubblici*, in *IANUS, Diritto e finanza*, 25, 2022 e F. MERLONI, *Il “governo” della trasparenza*, cit., nei quali si segnalano i tentativi, destinati a ripetersi nel futuro, di ridurre gli obblighi di pubblicazione per dare spazio all’accesso generalizzato, strumento di per sé altamente imperfetto, per la sua occasionalità, parzialità e temporaneità, se si vuole assicurare la piena trasparenza dell’amministrazione.

tate separatamente per le due materie. È attività di regolazione anche quella che si svolge con l'adozione di modelli e schemi poi proposti alle amministrazioni³⁴. La vigilanza è operata da distinti uffici dell'Autorità³⁵, si svolge d'ufficio (con indagini o ispezioni programmate) o su segnalazione, di cittadini o di funzionari dell'amministrazione che in ragione dell'ufficio svolto, vengano a conoscenza di violazioni di legge, di fatti illeciti o di cattiva amministrazione e si conclude con l'accertamento di irregolarità o, invece, con la segnalazione di una buona pratica³⁶. Le sanzioni di competenza dell'Autorità sono limitate: per mancata adozione dei PTPCT o dei Codici di comportamento³⁷ o per violazione degli obblighi di trasparenza³⁸.

Più che di una subordinazione della trasparenza alla prevenzione della corruzione si può parlare di un felice intreccio di competenze. Sempre, però, nei limiti delle funzioni e dei poteri conferiti all'ANAC. Non è dall'affidamento delle due materie all'Autorità che è derivato un minore *enforcement* della trasparenza, ma semmai dalla reiterata resistenza del legislatore ad attribuire all'ANAC poteri effettivi di decisione sull'accesso generalizzato, nonostante la stretta connessione tra l'accesso e gli obblighi di pubblicazione e nonostante la garanzia di un esercizio imparziale della funzione che l'indipendenza acquisita dell'Autorità garantisce. Nei limiti

³⁴ Tra le funzioni attribuite all'ANAC dall'art. 19, comma 15, del d.l. n. 90, significativa quella prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 33: «L'Autorità nazionale anticorruzione definisce *criteri, modelli e schemi standard* per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, nonché relativamente all'organizzazione della Sezione "Amministrazione trasparente". Una funzione molto rilevante, soprattutto nella prospettiva della digitalizzazione dei documenti amministrativi. Il documento, formato digitalmente già all'origine, deve contenere dati che siano poi estrapolabili e resi conoscibili, a fini conoscitivi per le amministrazioni e a fini di trasparenza per i cittadini.

³⁵ Da segnalare la costituzione, nel recente regolamento sull'organizzazione del giugno 2021, di un Ufficio per la vigilanza collaborativa, che si occupa di entrambe le materie.

³⁶ Si vedano i diversi regolamenti che disciplinano lo svolgimento dei procedimenti di competenza, cui l'ANAC ha dedicato un'attenzione particolare.

³⁷ L'unica prevista in materia di prevenzione della corruzione, a conferma che il legislatore non intende vincolare le amministrazioni, ma semmai indurle a compiere quel processo di trasformazione innovativa della propria organizzazione che è la vera prevenzione della corruzione.

³⁸ Vi sono sanzioni direttamente irrogate dall'ANAC (art. 47 del d.lgs. n. 33 del 2013) o sanzioni, disciplinari o dirigenziali, irrogate dall'amministrazione su segnalazione dell'Autorità.

di una scelta in cui la trasparenza è assicurata da una dialettica tra ANAC e Garante *privacy*, lasciare l'Autorità come garante della trasparenza a mezzo servizio ha prodotto la prevalenza, non della prevenzione della corruzione, ma della riservatezza, dando luogo ad un'estensiva interpretazione della nozione "dato personale" anche nell'ambiente pubblico³⁹.

3.2 *Prevenzione della corruzione e contratti pubblici*

L'attribuzione, nel 2014, della materia dei contratti pubblici ad un'Autorità che veniva denominata «Autorità nazionale anticorruzione» ha suscitato, soprattutto in una parte della dottrina del diritto amministrativo, valutazioni critiche che sono state così puntualmente ricostruite⁴⁰ da non richiedere ulteriori considerazioni se non quelle strettamente organizzative, legate al ragionamento che qui si segue.

Le esigenze organizzative, strumentali, di rafforzare rapidamente l'esile struttura organizzativa (la CIVIT/ANAC) preposta alle funzioni di anticorruzione e di trasparenza, con nuove risorse, finanziarie e di personale, individuando queste risorse nell'AVCP, sono state negativamente enfatizzate da coloro che già partivano dal "preconcetto" che ha accompagnato la costituzione di un'Autorità anticorruzione come autorità indipendente⁴¹.

³⁹ Sull'asimmetria tra ANAC e Garante *privacy* si veda E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, Il Mulino, 2022 e F. MERLONI, *Il "governo" della trasparenza*, cit., nel quale si valutano diverse ipotesi di equilibrio tra autorità che si occupano (o si potrebbero occupare) della diffusione di dati pubblici.

⁴⁰ Si veda E. CARLONI, *l'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblici: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. Amm.*, 3, 2022.

⁴¹ Si è già visto all'inizio di queste note con quanto timore il mondo politico ha sempre visto la nascita di un forte soggetto con poteri effettivi. Il timore del "gendarmone" (termine più volte usato da S. Cassese in diversi interventi giornalistici) è stato ripreso e ingigantito allorché si è parlato di pretese "derive penalistiche" della nuova normativa e della stessa ANAC (di recente, S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, in *questa Rivista*, 2, 2021, che vede nella «disciplina per il contrasto alla corruzione, inevitabilmente imperniata sul sospetto di potenziali attività illecite della burocrazia», un elemento che avrebbe «impresso al sistema amministrativo una *curvatura penalistica*», corsivo aggiunto), senza altro fondamento se non il conferimento della carica di Presidente ad un pubblico ministero, che "inevitabilmente" avrebbe portato nello svolgimento del suo ruolo una specifica visione, punitiva e repressiva, del fenomeno corruttivo. Il preconcetto era poi alimentato dal grande prestigio di cui godevano all'epoca Presidente e Autorità presso l'opinione pubblica.

A queste critiche non sembra sufficiente rispondere con l'argomento, peraltro molto fondato, della stretta connessione oggettiva tra le due materie, dato che il settore dei contratti pubblici, per motivi già molto indagati, è quello più esposto ai rischi di corruzione, anche come strumento tradizionale di finanziamento illecito della politica (dei partiti, di loro correnti, di singoli esponenti).

Né è sufficiente l'argomento fondato sullo stesso impianto normativo italiano sui contratti pubblici, da decenni (almeno dalla legge quadro n. 109 del 1994, ma si dovrebbe risalire ad epoche molto più lontane) condizionato dall'esigenza del contrasto alla corruzione, con il conseguente perenne contrasto tra legislatore italiano, affezionato all'idea, molto diffusa anche nel diritto amministrativo⁴², che la corruzione si combatta riducendo la discrezionalità delle amministrazioni (e dei loro funzionari) con una normativa vincolistica e di dettaglio, e le direttive europee improntate all'opposto principio della valutazione qualitativa delle offerte da parte di stazioni appaltanti capaci di selezionare, promuovendo così processi virtuosi di riqualificazione delle imprese.

La risposta può essere cercata nelle attribuzioni effettive dell'ANAC e nel ruolo nel concreto da essa svolto nel loro esercizio.

Partiamo dalle funzioni e dai poteri già esercitati dall'AVCP e confermati dal Codice dei contratti del 2016 in capo all'ANAC, che riguardano la funzione di *vigilanza*, tanto sulla corretta applicazione in generale della disciplina di legge (che comprende anche l'economicità dell'esecuzione) quanto sul sistema di qualificazione degli operatori economici (la sostanziale privatizzazione della funzione in capo alle SOA accresceva l'importanza dei controlli); la funzione di *precontenzioso* (utile per prevenire gli effetti negativi di un eccesso di impugnazioni); la funzione di *conoscenza organizzata* del settore (la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, BDNCP); i *poteri sanzionatori*, per lo più attivati per fatti "bagatellari", per violazioni minori del Codice. Tutte funzioni e poteri che non hanno subito torsioni di sorta nell'esercizio da parte della nuova

⁴² Nella relazione finale del già ricordato Comitato "Cassese" del 1996 si affermava: «Quanto più estesa è la discrezionalità dell'azione amministrativa (...), tanto più agevole e al riparo da rischi risulta la conclusione del patto illecito». Nel settore dei contratti si proponeva poi di ridurre al minimo la discrezionalità nell'aggiudicazione degli appalti. Nello stesso senso M. D'ALBERTI, *Corruzione*, Roma, La Treccani, 2020.

Autorità. La vigilanza, che la nuova Autorità ha cercato di rendere più tempestiva nei suoi esiti⁴³, consisteva nella ricostruzione delle vicende di uno o più contratti pubblici presso singole o diverse amministrazioni (la progettazione, la confezione del bando, lo svolgimento della fase dell'aggiudicazione, le evenienze della fase esecutiva) a fini di correzione delle prassi amministrative. Evidenti le analogie con la vigilanza sull'adozione di misure di prevenzione della corruzione, anch'essa fondata sulla rilevazione del fenomeno (che non è mirata all'accertamento di fattispecie di responsabilità personali dei funzionari) e sulla predisposizione di strumenti di riduzione del rischio nel futuro. Lo stesso può dirsi del precontenzioso, considerato il suo ruolo di prevenzione, utile a prevenire anche comportamenti scorretti nel futuro, o delle attività conoscitive dell'Autorità (la BDNCP raccoglie dati e informazioni utili a comprendere l'andamento del settore, la sua coerenza con la legge, la necessità di correttivi alla normazione, ma anche utili a costruire degli "indicatori di corruzione" che valgano come allarmi di situazioni, organizzative, da correggere). Tutte funzioni e poteri che si integrano con gli strumenti di prevenzione, ma che non sono stati "piegati" a presunte, prevalenti, finalità di contrasto alla corruzione.

Veniamo alle funzioni e ai poteri *nuovi*. Tra essi spiccava sicuramente il potere generale (art. 213, comma 2, del Codice del 2016) di emanare «linee-guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile», accompagnato dalla previsione, in diverse parti del Codice, di «linee-guida vincolanti»⁴⁴. L'ANAC veniva quindi identificata come protagonista di una nuova stagione di minore impatto della

⁴³ Si veda l'attenzione con la quale l'ANAC ha, in diverse fasi, riscritto il regolamento sui propri procedimenti di vigilanza su lavori e servizi e forniture. Si veda il Testo coordinato del «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici», che integra il testo approvato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, con le modifiche recate dalla delibera n. 654/2021.

⁴⁴ Il Codice attribuiva anche all'Autorità (art. 211, comma 2) il potere di emanare «raccomandazioni vincolanti», potere in realtà non richiesto, anche perché legato ad un intervento fortemente conformativo che era in contrasto con l'impostazione collaborativa della *soft regulation*. Il potere, che si prestava alla critica della contraddizione ("se sono linee-guida e se sono raccomandazioni, non possono essere vincolanti") è stato tempestivamente, prima rimosso (dal decreto correttivo del Codice, d.lgs. n. 56 del 2017) e poi sostituito dal potere di impugnazione e di parere motivato (nuovi commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 211, introdotti in sede di conversione del d.l. n. 50/2017), di cui si dirà fra poco.

normativa primaria (da contenere drasticamente) e di accompagnamento delle amministrazioni nell'assunzione delle proprie responsabilità nella gestione dei contratti pubblici. Nonostante il forte impegno, anche organizzativo, che l'Autorità ha profuso nella attuazione del nuovo modello⁴⁵, l'esperienza si è rapidamente conclusa, dapprima con la pratica sospensione⁴⁶ e poi con la definitiva soppressione della previsione delle linee guida⁴⁷. Il fallimento di questa prospettiva, indubbiamente innovativa, ha molte cause che non è qui possibile ricostruire pienamente⁴⁸, tra le quali: il difficile inserimento di questa nuova fonte in un intreccio assai complesso di fonti secondarie regolamentari, governative e ministeriali; la costante richiesta da parte delle amministrazioni, sempre meno attrezzate a gestire i complessi adempimenti di legge, per un ritorno ad una normativa di dettaglio che desse certezza sulle norme da rispettare, senza troppa discrezionalità; il mancato adeguamento della capacità delle amministrazioni (la qualificazione delle stazioni appaltanti) alla difficoltà di una gestione più tecnica e discrezionale del contratto, che è ormai diventata aperta delegittimazione delle amministrazioni con l'introduzione, sempre più massiccia, di discipline eccezionali, emergenziali, quando non esplicitamente e drasticamente derogatorie. Quel che è da escludere è l'ipotesi di una mancata cura del settore da parte di un'Autorità "distratta" dalle esigenze della prevenzione della corruzione: la numerosità e tempestività delle linee guida adottate⁴⁹ e il modello organizzativo dell'ANAC, di cui si dirà, stanno lì a dimostrarlo.

⁴⁵ Nella filosofia generale del Codice del 2016, condivisa dall'ANAC, era giunto il momento di abbandonare l'approccio vincolistico e di dettaglio della disciplina precedente, in favore di una maggiore discrezionalità, capacità tecnica e trasparenza delle amministrazioni.

⁴⁶ Vi ha provveduto il d.l. 18 aprile 2019 n. 32, conv. in l. 15 giugno 2019 n. 55, definito come «sblocca-cantieri».

⁴⁷ Vi ha provveduto il decreto legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, elaborato dal Consiglio di Stato e approvato, in esame preliminare, dal Consiglio dei Ministri del 16 dicembre 2022. Il nuovo Codice è destinato ad entrare in vigore nel 2023 (di seguito Codice del 2023).

⁴⁸ Un'attenta ricostruzione di questa vicenda si può trovare in A. MASSERA, F. MERLONI, *L'etero cantiere del Codice*, cit.

⁴⁹ Utile sarebbe uno studio approfondito sulle delibere dell'ANAC, dalla quale emergerebbe anche la difficoltà oggettiva dell'impresa, nel maneggiare insieme le esigenze di innovazione (che spingono a linee guida non vincolanti ma di accompagnamento) e quelle di certezza

Più successo hanno avuto altre attribuzioni nuove, quali la *vigilanza collaborativa*, che accompagna le amministrazioni che richiedono assistenza lungo l'intero *iter* del contratto o solo per alcune sue fasi, che si è rivelata più tempestiva ed efficace della vigilanza tradizionale, che si occupa invece di vicende già concluse⁵⁰; la *vigilanza sui conflitti di interesse* nei contratti, prevista da una disposizione del Codice del 2016 (art. 42), che è servita anche ad affinare le decisioni dell'ANAC nella materia dei conflitti in generale; la *legittimazione all'impugnazione* di atti illegittimi delle stazioni appaltanti davanti al giudice amministrativo, che si ispira all'analogo potere conferito all'Autorità *antitrust* in materia di provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della concorrenza⁵¹; la vigilanza sulla trasparenza nel settore dei contratti (di cui si dirà); la gestione del *sistema del «rating di impresa»*, in connessione con il *rating* di legalità tenuto in collaborazione con il Garante *antitrust* (art. 83, comma 10)⁵²; il potere di determinare, con proprie linee guida, *costi standard e prezzi di riferimento* (art. 213, comma 3, lettera h-*bis*). Diverso il discorso da fare per una serie di altri compiti attribuiti nel 2016 all'ANAC, a contenuto più amministrativo e "servente": la tenuta dell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate (art. 38 del Codice del 2016);

(nell'interpretazione di norme già di per sé complesse, che richiedevano un'attuazione sollecita e al riparo dai rischi di responsabilità individuali del funzionario), senza trascurare il peso della lunga stagione precedente nella quale la stessa AVCP era custode di una disciplina tutta vincolistica e di dettaglio (il Codice del 2006 e il suo regolamento esecutivo).

⁵⁰ Com'è noto questa forma di collaborazione con le amministrazioni ha avuto le sue prime applicazioni per l'EXPO 2015 e per il Mose a Venezia. Il suo successo pone oggi problemi nuovi, quali l'impossibilità dell'ANAC di far fronte direttamente alle richieste e la necessità, semmai, di una rete di soggetti in grado di fornire questo tipo di assistenza, coordinata dall'ANAC. Si è già ricordato che il modello della vigilanza collaborativa è stato esteso dall'Autorità anche alla vigilanza in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza, ad ulteriore conferma del ruolo di accompagnamento che l'ANAC ha assunto nell'esercizio di tutte le sue funzioni.

⁵¹ Di cui all'articolo 21-*bis* della legge n. 287 del 1990. La norma è da considerarsi funzionale ad una corretta vigilanza dell'ANAC per le finalità proprie della normativa dei contratti, cioè la tutela della concorrenza e il risparmio della spesa pubblica, e non deve farsi necessariamente risalire alle funzioni dell'Autorità di contrasto alla corruzione.

⁵² In realtà il *rating* di impresa fu accompagnato da grandi aspettative, ma non approdò a risultati concreti, per il timore, fondato, che in assenza di dati certi e inoppugnabili sull'affidabilità dell'impresa (soprattutto nell'esecuzione del contratto) affidare la scelta dell'esclusione a stazioni appaltanti che non davano garanzie di qualità tecnica e operativa, pregiudicasse impropriamente gli operatori economici nelle procedure di gara.

l'albo dei componenti delle commissioni giudicatrici (art. 78); l'albo delle società *in house* (art. 192); il casellario informatico degli operatori economici (art. 213, comma 9). Tutti compiti che non sembrano richiedere un particolare tasso di indipendenza, ma che sono stati affidati sotto la duplice spinta del forte investimento nella nuova Autorità e del risparmio di spesa che con essa era atteso, unito alla possibilità di finanziare queste attività con le risorse autonome provenienti dai contributi pagati da amministrazioni e imprese partecipanti alle gare.

Il Codice del 2023 consente di fare il punto sulle attribuzioni dell'ANAC in materia di contratti pubblici con una buona prospettiva di stabilità per il prossimo futuro. Si è già detto della cancellazione del potere di adottare linee guida. Sono confermate le competenze innovative prima indicate: vigilanza collaborativa, vigilanza sui conflitti di interesse, *rating* di impresa⁵³, legittimazione processuale, costi standard e prezzi di riferimento. Sono sfrondate le competenze che abbiamo definito "serventi": alcune confermate (qualificazione e albo delle stazioni appaltanti; casellario informatico dell'operatore economico), altre eliminate (albo dei commissari di gara; albo delle società *in house*), altre aggiunte (la tenuta del *fascicolo virtuale dell'operatore economico* presso la BDNCP, art. 24). Viene molto potenziata la BDNCP, che diviene l'unica banca dati nazionale depositaria dei dati e delle informazioni utili sul settore. Viene introdotto un nuovo, generale potere sanzionatorio per "violazioni del codice" (art. 222, comma 3, lettera a)) e viene confermato e precisato uno specifico potere sanzionatorio già previsto dal Codice del 2016⁵⁴ a garanzia della trasmissione tempestiva dei dati e delle informazioni dall'amministrazione alla BDNCP, questa volta da attivarsi nei confronti del RUP, art. 222, comma 9).

⁵³ Nonostante le difficoltà prima segnalate un compito analogo è stato confermato nel Codice del 2023 (art. 109): si tratta di un sistema di monitoraggio delle *prestazioni delle imprese*, volto a individuare indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, da sperimentare prima di renderlo efficace.

⁵⁴ Il potere sanzionatorio precedente era previsto all'articolo 213, comma 9, del Codice del 2016.

3.3 *Trasparenza e contratti pubblici*

Se la trasparenza è strumento fondamentale di buona amministrazione, in tutti i settori e per tutte le amministrazioni, la sua piena e completa applicazione nel settore dei contratti pubblici è potente misura per assicurare le finalità tipiche della disciplina dei contratti (concorrenza e uso proporzionato delle risorse pubbliche)⁵⁵.

In una prima fase la disciplina dei contratti si è preoccupata di raccogliere dati e informazioni sui contratti pubblici a fini conoscitivi (conoscenza del mercato e individuazione delle criticità della disciplina per correggerle). Il Codice dei contratti del 2006, istituiva, insieme all'AVCP, la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), vincolando le amministrazioni a trasmettere tempestivamente dati e informazioni. Con la legge n. 190, con il d.lgs. n. 33 del 2013, con il Codice dei contratti del 2016, la trasparenza, cioè la conoscenza diffusa degli atti amministrativi adottati nelle diverse fasi di vita del contratto e dei dati e delle informazioni contenute nei relativi documenti, è diventata un elemento insostituibile per una corretta gestione dei contratti, in tutte le loro fasi.

L'AVCP prima e l'ANAC poi hanno potuto consolidare un rilevante patrimonio di esperienza nella gestione dei dati e delle informazioni, sia dal punto di vista informatico che dal punto di vista dei contenuti necessari dei documenti, della possibilità di estrapolare da essi i dati utili per conoscenza e trasparenza, dapprima come attività del funzionario responsabile nell'amministrazione (in genere il RUP) poi, in prospettiva, come automatica conseguenza della formazione digitale del documento. Rilevante anche il ruolo dell'ANAC nel segnalare i vantaggi rilevanti di una gestione tutta digitale dei contratti⁵⁶ e nel prescrivere regole tecniche da seguire, unendo i poteri derivanti dalla tenuta della BDNCP a quelli di

⁵⁵ Per una più ampia ricostruzione dei rapporti tra trasparenza e contratti pubblici si veda F. MERLONI, *Trasparenza amministrativa e contratti*, cit.

⁵⁶ Si veda ANAC: «Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità - 27 Maggio 2020». Ai fini della redazione del documento l'ANAC ha tenuto conto di un approfondimento curato dalla Banca d'Italia e poi ad essa inviato, dal titolo *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici - L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in Rassegna Astrid, 2020.

coordinamento tecnico dei documenti a fini di trasparenza⁵⁷. Da ultimo la soluzione adottata nel Codice del 2023 (art. 28), che mantiene, sempre in capo all'ANAC, il potere di coordinare le attività svolte dalle amministrazioni (dai loro RUP) di estrapolazione dagli atti di dati e informazioni da trasmettere (previa estrapolazione dagli atti dell'amministrazione, compiuta da un suo funzionario, il RUP) alla BDNCP. È su questi dati (e non più sugli atti) che si fa trasparenza, pubblicandoli e garantendo il pieno accesso ad essi, tanto nei siti delle amministrazioni quanto nella Banca Dati Nazionale⁵⁸.

Quindi nessuna strumentalizzazione del settore dei contratti alle esigenze della trasparenza, ma progressiva scoperta dell'efficacia della trasparenza, come strumento di controllo diffuso, dei cittadini, che necessariamente si accompagna agli strumenti repressivi, di vigilanza e controllo predisposti dall'ordinamento.

4. *Perché un'Autorità indipendente*

Nei paragrafi precedenti abbiamo esaminato le funzioni attribuite all'ANAC e i poteri ad essa conferiti, soprattutto sotto il profilo della loro reciproca compatibilità e della presunta eterogeneità dei compiti.

Vediamo ora, rapidamente, il profilo dell'indipendenza. Le funzioni e i poteri esaminati richiedono la creazione di un'Autorità indipendente o può essere sufficiente l'ordinaria imparzialità garantita nelle amministrazioni? Alla domanda non è sufficiente dare la risposta formale della espressa previsione normativa⁵⁹, sulla base della quale peraltro il Consiglio di Stato, in numerose decisioni, ha sempre dato per acquisito

⁵⁷ Si fa riferimento ai poteri di coordinamento, già citati, conferiti all'ANAC dall'art. 48 del d.lgs. n. 33 per la tenuta della sezione «Amministrazione trasparente» dei siti delle amministrazioni, per i quali la competenza è dell'Ufficio regolazione anticorruzione e trasparenza, che ha agito in coordinamento con gli uffici che si occupano della BDNCP.

⁵⁸ In F. MERLONI, *Trasparenza amministrativa e contratti*, cit., si manifesta più di una perplessità su questa "semplificazione", che rinvia la problematica della garanzia della qualità del documento formato digitalmente e torna ad una forte responsabilizzazione personale del RUP, accompagnata dal potere sanzionatorio dell'ANAC di cui sopra si è detto. Va ricordato che gli atti restano accessibili, con i due diritti di accesso, documentale e generalizzato, nei limiti dell'art. 35 del Codice del 2023.

⁵⁹ Si veda l'art. 22 del d.l. n. 90 del 2014.

il tratto dell'indipendenza dell'ANAC. Meglio ragionare su dati oggettivi, sostanziali.

La migliore dottrina individua i tratti caratterizzanti le Autorità amministrative indipendenti (AAI): «l'elevata *expertise* tecnica e l'estraneità sostanziale rispetto all'indirizzo politico e al controllo dell'esecutivo»⁶⁰. Partiamo dai poteri di regolazione. Nel campo della prevenzione della corruzione la predisposizione del PNA e delle linee guida richiede indubbiamente una notevole conoscenza delle amministrazioni e delle loro condizioni operative (per calibrare l'indirizzo alle effettive capacità di attuarlo) e specifiche competenze tecniche, soprattutto nel campo della conoscenza degli strumenti di controllo interno e di promozione della funzionalità (*performance*). Si tratta, com'è noto, di un'attività di regolazione che si alimenta con i risultati della vigilanza, con la conoscenza organizzata dei problemi che incontrano le amministrazioni nell'applicazione della legge. Per la trasparenza il profilo di elevata competenza tecnica è ancora più rilevante, data la stretta connessione tra trasparenza e digitalizzazione dei documenti amministrativi e dei dati che essi contengono. Altrettanto può dirsi nel settore dei contratti pubblici, nel quale la regolazione, che ormai consiste, dopo l'eliminazione delle linee guida disposta dal nuovo Codice dei contratti (Codice 2023), nei bandi-tipo e contratti-tipo e in numerose discipline specifiche⁶¹. Si tratta di ambiti di disciplina secondaria nei quali è la legge a ritenere utile l'affidamento ad un soggetto distinto, poiché si richiede un'elevata competenza tecnica e la sottrazione all'indirizzo governativo.

Molto significativi i poteri di vigilanza, da leggere insieme ai poteri sanzionatori. Nella prevenzione della corruzione la vigilanza si esercita sull'effettiva adozione dei Piani triennali e su singole vicende amministrative, rilevate d'ufficio o su segnalazione, ricostruite ai fini del miglioramento delle misure. Qui le sanzioni non svolgono un ruolo determinante, ma ove irrogate (ad esempio viene sanzionato un Sindaco per mancata approvazione del PTPCT), possono avere effetti non trascurabili. Si ve-

⁶⁰ Così M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.

⁶¹ Si pensi alla disciplina della trasmissione dei dati alla BDNCP, ai requisiti per la qualificazione delle stazioni appaltanti, al *rating* di impresa, alle modalità per l'invio delle notizie, alle informazioni e ai dati relativi agli operatori economici da inserire nel casellario dei contratti pubblici.

dano anche gli accertamenti dell'ANAC sulle violazioni delle norme sulle inconferibilità che producono sanzioni significative quali la sospensione dalla carica per il titolare di organo politico che abbia effettuato la nomina illegittima o gli accertamenti sul conferimento di incarichi in violazione del c.d. *pantouflage*⁶². In tutti questi casi la natura indipendente dell'Autorità dà le necessarie garanzie di imparzialità, che sarebbero assai più deboli se i relativi poteri fossero affidati ad uffici amministrativi soggetti ad indirizzo politico.

Analoga la situazione per le sanzioni in materia di trasparenza, che si sostanziano in sanzioni per mancata adozione della sezione dedicata alla trasparenza nel PTPCT o per mancata pubblicazione di atti (in generale però irrogate a dirigenti delle amministrazioni). La trasparenza nei contratti pubblici, che si realizza con la pubblicazione di dati e informazioni estrapolate dagli atti delle stazioni appaltanti, richiede, oltre a rilevanti competenze tecniche nella regolazione (dei dati da trasmettere e delle modalità di trasmissione), elevata imparzialità nell'irrogazione delle sanzioni per mancata o intempestiva trasmissione dei dati alla BDNC. Nel settore dei contratti pubblici distinguiamo tra la vigilanza ordinaria, che può concludersi con un accertamento di violazioni della legge (che possono anche essere reiterate nel tempo), e la vigilanza collaborativa. Per la prima, l'accertamento (si spera più tempestivo), anche se non comporta l'attivazione delle più gravi (penali, amministrativo-contabili) responsabilità personali dei funzionari⁶³, può comportare l'irrogazione di sanzioni pecuniarie anche rilevanti⁶⁴, ma anche una compromissione dell'immagine degli organi di vertice dell'amministrazione, destinata poi ad essere utilizzato nella dialettica politica (soprattutto a livello locale). Lo stesso vale per la vigilanza collaborativa, un "fiore all'occhiello" quando le cose vanno bene, ma un danno di immagine quando la collaborazione

⁶² Il divieto è stato stabilito con l'introduzione del comma 16-ter nel testo dell'articolo 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, operato dal comma 42 dell'art. 1 della legge n. 190 del 2012.

⁶³ Ricordiamo sempre che l'ANAC, qualora, nelle sue attività accertative, riscontri comportamenti potenzialmente illeciti, non svolge alcun approfondimento in questa direzione, ma si limita a trasmettere le informazioni raccolte alle Procure della Repubblica e della Corte dei conti competenti.

⁶⁴ Fino a 50.000 euro, nella previsione del ricordato art. 222, comma 3, lettera a), del Codice del 2023.

si interrompa perché l'amministrazione non ha seguito le indicazioni dell'Autorità. In tutti questi casi l'indipendenza dell'ANAC è garanzia di imparzialità e di autorevolezza degli accertamenti.

Le sanzioni che possiamo definire "minori"⁶⁵, per la loro rilevanza, non sembrano richiedere la competenza di un'Autorità indipendente, ma fanno parte del patrimonio della soppressa AVCP, che, come vedremo, vi dedicava una parte importante della propria organizzazione.

Pochi dubbi sull'utilità di un'Autorità indipendente per l'esercizio delle funzioni di precontenzioso o di impugnazione di atti illegittimi davanti al giudice amministrativo.

Alla domanda da cui siamo partiti è quindi necessario dare una risposta positiva: la costituzione di un'Autorità indipendente per svolgere le funzioni e i poteri che abbiamo esaminato si rivela altamente opportuna, rientrando appieno nelle ipotesi in cui l'ordinamento italiano ha adottato questa soluzione organizzativa. Ciò vale per la prevenzione e per la trasparenza ed è stata salutata con grande favore dalle organizzazioni internazionali in sede di *monitoring* sull'attuazione delle convenzioni sottoscritte e ratificate dall'Italia. Vale sicuramente per il settore dei contratti pubblici nel quale la soppressa AVCP, pur non espressamente elencata tra le AAI, aveva sicuri tratti di indipendenza⁶⁶, proprio per garantire qualità tecnica e imparzialità all'esercizio delle funzioni e dei poteri che sono stati poi mantenuti in capo all'ANAC.

C'è, semmai, da porsi un diverso quesito: la costituzione di un'Autorità indipendente destinata a svolgere, per determinati campi e settori, funzioni di regolazione e vigilanza altamente tecniche e sottratte all'indirizzo politico governativo, esaurisce l'intervento pubblico in quegli stessi settori? Qui, molto in breve, la risposta non può che essere negativa. In nessun settore (*antitrust*, *privacy*, comunicazioni, energia) tutti i compiti sono

⁶⁵ Si tratta di sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del vigente Codice dei contratti, peraltro confermate anche nel Codice del 2023 (art. 222, comma 13), nei casi di mancata informazione o di informazione non veritiera relativa a situazioni relative alla gestione del contratto.

⁶⁶ Fissati dall'art. 6 del d.lgs. n. 163 del 2006 (primo Codice dei contratti pubblici), tra i quali la nomina da parte dei Presidenti delle due Camere, la non rinnovabilità della carica, i requisiti di elevata competenza professionale e un amplissimo regime di incompatibilità. R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione*, cit., sottolinea che la AVCP «pacificamente era considerata un'autorità indipendente».

affidati alle AAI. Queste si rivelano molto utili per l'esercizio di funzioni e poteri che richiedono una più forte dose di imparzialità fino alla sottrazione dall'indirizzo politico (ma non dalla legge), ma, per definizione, non si occupano né dell'indirizzo politico generale che è compito della legislazione primaria, né delle politiche attive volte a creare le condizioni di successo della disciplina di legge (di cui l'AAI è solo un imparziale custode). Qualche esempio, tratto proprio nei nostri campi di attenzione: nella prevenzione della corruzione fondata sull'adozione di modelli organizzativi che riducano il rischio di comportamenti anomali, l'ANAC vigila sull'effettiva adozione dei piani e sulla loro qualità, ma non può certo intervenire sulle condizioni operative delle amministrazioni o sul progressivo impoverimento delle competenze tecniche che le amministrazioni soffrono da tempo. Nella trasparenza l'ANAC vigila sul rispetto degli obblighi di pubblicazione, ma non spetta a lei garantire che le amministrazioni dispongano di adeguate risorse informatiche per la digitalizzazione dei documenti e dei dati da esse detenuti. Nei contratti pubblici il rispetto di normative che sono e sono destinate a restare complesse, su cui vigila l'ANAC, dipenderà in grandissima parte dalla qualità amministrativa e tecnica delle stazioni appaltanti, non a caso al centro del "progetto" del codice del 2016.

5. L'organizzazione della nuova ANAC

5.1 Profili diacronici

Veniamo ora ad una schematica ricostruzione dell'organizzazione dell'ANAC, cioè della progressiva configurazione degli apparati necessari allo svolgimento delle funzioni prima richiamate.

Dalla data di entrata in vigore della legge n. 190 (novembre 2012) a quella dell'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 90 (agosto 2014), CIVIT/ANAC e AVCP restavano enti separati con distinte funzioni. Il d.l. n. 90, nel sopprimere (art. 19) l'AVCP e nel disporre la fusione tra gli apparati di CIVIT/ANAC e AVCP nella nuova Autorità nazionale anticorruzione, che viene ricompresa espressamente tra le Autorità amministrative indipendenti (art. 22), non attribuisce, come ci si sarebbe atteso, a quest'ultima l'autonomia regolamentare sulla propria organizzazione e sul personale che è tratto proprio delle AAI. Né prefigura alcun inquadramento del personale secondo il modello della legge n. 481 del

1995, vale a dire il modello delle carriere della Banca d'Italia, adottato con la legge richiamata per l'Autorità *antitrust* e, attraverso essa, per tutte le AAI⁶⁷.

Gli obiettivi fondamentali del decreto legge erano, da un lato, la più *sollecita unificazione* organizzativa dei due precedenti apparati e, dall'altro, presentare l'operazione come una razionalizzazione organizzativa che produceva un *risparmio di spesa*, tanto che veniva imposto proprio all'ANAC un duplice vincolo finanziario: la «riduzione non inferiore al venti per cento del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti» (art. 19, comma 3, lettera b)) e la «riduzione delle spese di funzionamento non inferiore al venti per cento» (comma 3, lettera c))⁶⁸.

Questi obiettivi dovevano essere raggiunti con uno inedito strumento, anche sul piano della fonte normativa: un «Piano di riordino», proposto dal Presidente dell'ANAC e approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; un «atto complesso ineguale», in cui si confondevano tratti di autoorganizzazione e tratti di disciplina eteronoma. Il Piano doveva essere presentato entro il 31 dicembre 2014. Il Presidente dell'ANAC ha presentato il Piano di riordino il 30 dicembre del 2014, con un atto monocratico (non approvato con delibera del Consiglio dell'Autorità), i cui contenuti corrispondevano però a scelte già compiute dall'organo collegiale, in particolare sulla prima definizione di un nuovo modello organizzativo (di cui si dirà più avanti). All'approvazione del Piano si arriva, nonostante l'urgenza, solo dopo oltre un anno dalla sua presentazione, con D.P.C.M. 1° febbraio 2016. Motivo del ritardo il «braccio di ferro» tra ANAC e Presidenza sul tema dell'inquadramento del personale, con l'Autorità che spingeva per l'adozione immediata del modello della legge n. 481 del 1995 mentre il Governo ha resistito sul mantenimento del riferimento alla disciplina del personale della Presidenza del Consiglio, motivando la sua posizione con l'assenza nel d.l.

⁶⁷ Questo mancato allineamento alle altre AAI non attenua la scelta di fare dell'ANAC un'autorità indipendente. È, semmai, giustificata dalla prevalente esigenza del risparmio di spesa, che ha condizionato, come vedremo, l'intera operazione.

⁶⁸ Questi vincoli erano paralleli a quelli stabiliti per le altre AAI da varie disposizioni dell'art. 22 del dl. n. 90 del 2014. Per l'ANAC il piano di riordino ritenne che queste ulteriori limitazioni non gravassero sull'ANAC, già oggetto di vincoli specifici.

n. 90 di qualsiasi previsione che consentisse di adottare un regolamento governativo di delegificazione^{69 70}.

Solo nel 2017, con l'art. 52-*quater* del d.l. n. 50⁷¹, viene riconosciuta all'ANAC autonomia regolamentare in materia di organizzazione degli uffici e di personale, cui viene esteso, ma non con effetto immediato, il trattamento giuridico ed economico del modello della legge n. 481 del 1995⁷².

Inquadrate e retribuito il personale secondo il modello delle altre AAI, esso ha continuato ad operare negli uffici dell'Autorità così come organizzati secondo il modello iniziale (prime delibere del 2014 e Piano di riordino), fino al giugno 2021, quando l'organizzazione degli uffici è stata modificata, in modo significativo.

5.2 *Il modello organizzativo*

Mentre per la CIVIT, considerata l'assoluta esilità della struttura (30 dipendenti non inquadrate in un ruolo dell'agenzia), non si può neanche parlare di un modello organizzativo, quello della soppressa AVCP presentava caratteri molto marcati, con alcuni difetti tipici di molte amministrazioni ordinarie.

In primo luogo, un numero eccessivo di dirigenti (58 su una dotazione organica di 336 unità di personale). In secondo luogo, un numero pariamente eccessivo di uffici dirigenziali (6 uffici dirigenziali generali più 52

⁶⁹ La motivazione era fondata sul piano giuridico, ma l'argomento vero stava nell'esigenza del risparmio di spesa, che sarebbe stato vanificato da un immediato nuovo inquadramento secondo il modello della legge n. 481 del 1995. Poteva farsi valere l'argomento della sicura copertura della relativa spesa con le risorse derivanti dall'autonomia finanziaria dell'Autorità, ma l'intero d.l. n. 90 era ispirato all'obiettivo di imporre risparmi anche alle AAI.

⁷⁰ Il Piano di riordino, approvato come allegato del D.P.C.M. del 1° febbraio 2016, è pubblicato sul sito dell'Autorità. Se ne consiglia una attenta lettura perché in esso si trova una compiuta e chiara illustrazione di tutte le problematiche organizzative e delle scelte compiute dall'ANAC. Sulla prima fase della riorganizzazione dell'ANAC e sul ruolo del Piano si veda A. BIANCONI, C. BOVA, *Il piano di riordino dell'ANAC: un nuovo modello per una gestione efficiente*, in R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità*, cit.

⁷¹ Convertito in legge 21 giugno 2017, n. 96.

⁷² È stato previsto un periodo di due anni per l'entrata a regime. In tal modo gli effetti giuridici dell'inquadramento disposto con il regolamento del personale (approvato con delibera n. 919, del 16 ottobre 2019) sono decorsi dal 1° gennaio 2019, mentre quelli economici dal 1° gennaio 2020.

uffici dirigenziali non generali⁷³), numero che si doveva all'applicazione del criterio, spesso ricorrente nelle amministrazioni, di costruire gli uffici intorno ai dirigenti in servizio, alcuni dei quali con contratto a tempo determinato. In terzo luogo, una forte gerarchizzazione degli uffici intorno a sei dirigenti generali.

Il modello che la nuova ANAC ha adottato, già con una prima delibera del settembre 2014⁷⁴, era totalmente ribaltato: si conservavano in servizio solo 2 dirigenti generali con compiti di coordinamento per le distinte aree della "regolazione" e della "vigilanza"⁷⁵; si dimezzavano gli uffici dirigenziali (un totale di 25 uffici tra i 10 uffici di *staff*, al Presidente e al Segretario generale, e i 15 uffici di *line*), attribuendo ai dirigenti in servizio non titolari di ufficio compiti di studio o compiti ispettivi⁷⁶.

Gli scopi che questo nuovo modello si prefiggeva erano: 1) una maggiore compattezza della struttura (una dimensione più accettabile dei singoli uffici, una minore dispersione) coerente con l'obiettivo di una vera fusione tra funzioni e apparati distinti; 2) il riequilibrio in termini numerici tra uffici e personale dedicato alle funzioni anticorruzione/trasparenza e uffici competenti per i contratti pubblici; 3) il risparmio di spesa; 4) un diverso rapporto tra uffici (e loro dirigenti) e il Consiglio dell'Autorità. L'ultimo punto merita qualche ulteriore approfondimento. Nelle AAI l'indipendenza (e la qualità tecnica delle decisioni) è garantita dai componenti dell'organo di governo⁷⁷. Ciò comporta un'individuazione di competenze in cui tutte le decisioni, anche quelle di gestione, sono riservate al collegio dell'Autorità. L'attività istruttoria dell'ufficio non è preordinata

⁷³ Di cui ben 6 solo per occuparsi delle sanzioni.

⁷⁴ Delibera n. 143 del 30 settembre 2014, seguita da un Atto di organizzazione del 29 ottobre dello stesso anno.

⁷⁵ Ciò era possibile perché quattro dei dirigenti generali operavano sulla base di un incarico *pro tempore*, senza un inquadramento nella fascia superiore. Il coordinamento era concepito come assai più "leggero" e gerarchico del precedente.

⁷⁶ La riduzione degli uffici, oltre a corrispondere ad una precisa idea dei rapporti tra uffici e Consiglio (di cui si dirà subito), era funzionale all'obiettivo del risparmio di spesa, ma rispondeva anche a criteri prudenziali. Era infatti in atto un annoso contenzioso (poi risoltosi, dopo diverso tempo, a favore dei dirigenti) sugli esiti di un concorso, interno, per 8 dirigenti, che all'epoca era stato annullato in via definitiva dal Consiglio di Stato.

⁷⁷ Sul punto si veda B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e potere amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012.

all'adozione di un provvedimento di competenza del dirigente, bensì di una delibera consiliare. Un modello organizzativo orizzontale, che non prevede strutture intermedie di coordinamento forte dell'attività degli uffici e consente un'interlocuzione diretta e una migliore qualità degli atti da portare all'approvazione del Consiglio⁷⁸.

In questo modello non solo si elimina l'intermediazione dei dirigenti generali, ma si rivedono anche le competenze del Segretario generale. Questo assicura il buon funzionamento complessivo degli uffici (anche attraverso uffici di *staff* per competenze organizzative generali e trasversali, quali il bilancio, il personale, il supporto conoscitivo e informatico, gli approvvigionamenti di beni e servizi), ma non coordina direttamente l'attività degli uffici nel merito, né è direttamente responsabile delle proposte che gli uffici presentano in Consiglio.

Gli scopi indicati sono stati in gran parte raggiunti, salvo uno, non di poca rilevanza, il *riequilibrio tra le funzioni*, poiché già nel primo riordino gli uffici competenti in materia di anticorruzione/trasparenza erano solo 3⁷⁹ contro i 12 competenti in materia di contratti pubblici. Un dato significativo, che in ogni caso smentisce tutte le "preoccupazioni" sollevate sulla presunta subordinazione dei contratti all'anticorruzione, e semmai conferma il grande impegno profuso dall'Autorità quando è stata chiamata a dare attuazione al Codice dei contratti del 2016.

Il nuovo modello organizzativo adottato nel giugno 2021⁸⁰ è stato considerato da alcuni come un "rafforzamento" dell'ANAC, anche in virtù dell'affidamento di nuovi compiti all'Autorità, soprattutto nel settore dei

⁷⁸ Il Regolamento sul funzionamento del Consiglio, oggi ricompreso all'interno del più generale Regolamento di organizzazione dell'ANAC, è stato impostato su un rapporto che vede la proposta del dirigente, la relazione del consigliere relatore, la decisione del Consiglio. Quando questo non concordi con la proposta del dirigente, la modifica direttamente, se questo è possibile, altrimenti la rinvia al dirigente per una riformulazione coerente con l'orientamento espresso.

⁷⁹ Di cui uno si occupava della regolazione per entrambe le materie (compresa la redazione del PNA) e due di vigilanza, distinti per le due materie.

⁸⁰ Poi confermato con successive delibere (contenenti modifiche secondarie) fino all'ultima delibera, la n. 187 del 5 aprile 2022. Sul sito dell'Autorità è possibile trovare il testo consolidato del «Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità nazionale anticorruzione».

contratti pubblici⁸¹ ⁸². Vi è più di un motivo per dubitarne, anche alla luce della ridefinizione delle competenze contenuta nel Codice del 2023. Intanto si consolida lo squilibrio organizzativo tra le grandi funzioni dell'ANAC⁸³. Il numero complessivo degli uffici dirigenziali torna a crescere significativamente (da 25 a 35), in virtù di nuovi compiti ma anche del vecchio criterio di costituire tanti uffici quanti sono i dirigenti in servizio. A ciò si aggiunga una nuova verticalizzazione del modello, intorno alla figura del Segretario generale, che viene concepito come capo dell'amministrazione e coordinatore diretto dell'attività dei dirigenti, per tutti gli uffici, anche di *line*. Un ritorno ad un'amministrazione tradizionale (il Segretario generale assomiglia molto a quello di un ente locale), che, però, non può essere letto come l'applicazione all'ANAC del principio di distinzione tra politica e amministrazione, tra indirizzo e gestione⁸⁴ che nelle AAI non ha ragione di esistere.

Quanto alle nuove competenze nel settore dei contratti pubblici che l'ANAC dovrà organizzare a partire dalla data di efficacia del nuovo Codice (1° luglio 2023), ci si devono attendere ulteriori modificazioni del ruolo e dell'assetto organizzativo dell'Autorità. Si considerino solo le competenze relative al rafforzamento della BDNCP, che assume su di sé tutte le esigenze conoscitive pubbliche del settore, gestisce direttamente i dati, la loro elaborazione, l'accesso da parte delle altre amministrazioni

⁸¹ Vedi A. MARRA, *Il regolamento sull'organizzazione*, cit. Le nuove competenze che il regolamento del 2021 organizza sono quelle assegnate con diversi provvedimenti legati all'attuazione del PNRR.

⁸² Fa eccezione la competenza sulla tutela del *whistleblowing*, per la quale l'ANAC è stata autorizzata a reclutare nuove unità di personale: vedi l'art. 11 dello schema di decreto legislativo che attua la legge delega n. 127 del 2022 (approvato in via preliminare dal Governo e all'esame delle Commissioni parlamentari). Il decreto costituisce attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e reca disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali.

⁸³ Nel primo riassetto, come si è visto, sul totale degli uffici di *line* (15) i 3 dedicati a anticorruzione e trasparenza costituivano il 20%. Nel corso degli anni, con la costituzione di nuovi uffici (imparzialità dei funzionari pubblici, *whistleblowing*) si era arrivati a 5 uffici su 18 (pari al 28%). Nell'ultimo organigramma pubblicato sul sito dell'ANAC, rappresentativo dell'assetto delineato dal Regolamento nella versione consolidata del 2022, vi sono 7 uffici, ma su un totale di 25 (pari al 24%).

⁸⁴ Per questa lettura del Regolamento del 2021, si veda A. MARRA, *Il regolamento sull'organizzazione*, cit.

e la conoscenza del cittadino (a fini di trasparenza) mediante la pubblicazione nella Banca Dati dei dati trasmessi dalle amministrazioni; che gestisce, attraverso una apposita sezione, il fascicolo virtuale dell'operatore economico (con tutte le problematiche di qualità delle informazioni da utilizzare nelle procedure di gara). Si consideri il nuovo generale potere sanzionatorio connesso alla vigilanza ordinaria dell'ANAC per il quale l'accertamento dei comportamenti, la valutazione dell'elemento soggettivo, la quantificazione delle sanzioni, nel rispetto di tutte le garanzie procedurali previste dalla legge n. 689 del 1981, comporteranno un relevantissimo impegno organizzativo. Dal punto di vista del ruolo in prospettiva futura si configura un'ANAC di cui si curano meno i profili regolatori, di accompagnamento delle amministrazioni nell'adozione di misure, organizzative, preventive di riduzione dei rischi di corruzione e cattiva amministrazione e sempre più i profili della vigilanza e della sanzione. Un'Autorità amministrativa indipendente tendenzialmente più vicina al modello tradizionale delle AAI, che rischia di perdere alcuni tratti di innovatività.

5.3 *Il personale*

Anche la disciplina del personale è stata fortemente segnata dagli obiettivi di sollecita fusione dei precedenti apparati nella nuova Autorità e del risparmio di spesa. Vediamo i passaggi essenziali. La fusione del personale di CIVIT/ANAC e AVCP è stata realizzata per tappe. Dall'entrata in vigore del d.l. n. 90 del 2014 fino all'approvazione del Piano di riordino, nell'ANAC riunificata dal punto di vista organizzativo (un solo complesso di uffici, un solo Consiglio) ha operato un personale con diversa disciplina e trattamento economico: quelli delle amministrazioni di appartenenza per i funzionari ex CIVIT/ANAC e quello della PCM per i funzionari ex AVCP. Il piano di riordino, che riunificava anche il personale in un ruolo unico, ha "risolto" il problema dell'inquadramento, applicando per tutti il modello PCM. Questa soluzione ha permesso all'ANAC di conseguire gli obiettivi di riduzione della spesa del personale (competenze accessorie e spese di funzionamento in generale), riduzione che si è protratta dal 2014 a tutto il 2019, creando le condizioni per la creazione di un cospicuo *avanzo di amministrazione*, derivato dalla differenza tra spesa, nella sostanza congelata, e le entrate autonome dell'Autorità, che seguivano

l'andamento del mercato dei contratti pubblici, assicurando volumi di entrata sostanzialmente stabili e superiori alle spese, nel frattempo ridotte. Nel 2017, con il richiamato art. 52-*quater* del d.l. n. 50, il legislatore consente all'ANAC di disciplinare in autonomia (con propri regolamenti) il trattamento giuridico ed economico del personale, secondo il modello delle AAI⁸⁵, ma, consapevole del rilevante impatto economico che questo modello comporta⁸⁶, stabilisce una scansione temporale per giungere al risultato economico non immediatamente, ma a partire dal 1° gennaio 2020. Per concludere, sul punto: l'ANAC dispone ormai di un modello di inquadramento del personale definitivo, quello delle altre AAI. Nel costruire il proprio personale, l'Autorità non ha avuto, a lungo, a disposizione lo strumento del reclutamento di nuove competenze tecniche (giuridiche e non), destinato a potenziare le nuove competenze (soprattutto nei campi della prevenzione della corruzione e della trasparenza) e a garantire il necessario ricambio, ma ha organizzato il personale delle due precedenti strutture. Personale, generalmente di buona qualità, proveniente da esperienze anche significativamente diverse⁸⁷. Solo dal 2017 ha potuto, superata la fase dei risparmi forzosi e del blocco del *turn over*, effettuare tempestivamente un solo processo di reclutamento per funzionari, con un concorso per giovani laureati, che ha comportato l'immissione di forze fresche e fortemente motivate. Una strada obbligata per il futuro.

⁸⁵ Questo modello, oltre a consentire l'applicazione delle tabelle retributive del contratto della Banca d'Italia, comporta una "ri-pubblicizzazione" del personale, che rientra tra quelli non privatizzati ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001. La sede per la definizione del trattamento giuridico ed economico diventa il Regolamento del personale, definito dall'Autorità (approvato con delibera del Consiglio), previa contrattazione sindacale.

⁸⁶ Il personale viene inquadrato nelle distinte categorie dei dirigenti, dei funzionari e degli impiegati, ciascuna delle quali prevede tabelle di progressione retributiva molto articolate in numerosi livelli, cui si accede sulla base di processi valutativi che nelle AAI in genere non sono molto selettivi. Le retribuzioni medie sono, pertanto, notevolmente superiori a quelle dei comparti di contrattazione, a partire dalla stessa PCM. Se, quindi, nel periodo precedente i limiti posti dal legislatore hanno prodotto un avanzo di amministrazione (comunque non utilizzabile per coprire i fabbisogni del nuovo trattamento economico), per il futuro il sommarsi delle retribuzioni, in rapida progressione, e del trattamento previdenziale, può portare ad una spesa per il personale non solo preponderante nel bilancio complessivo dell'Autorità, ma a rischio di copertura con le sole entrate autonome dell'ANAC.

⁸⁷ Nella CIVIT era stato assunto, previa attenta valutazione delle competenze professionali, personale comandato da altre amministrazioni; nell'AVCP, almeno nella fase iniziale, funzionari provenienti dalla Corte dei conti e dall'allora Ministero dei lavori pubblici.

6. *Qualche conclusione*

A distanza di dieci anni dall'avvio di una vera politica di prevenzione della corruzione la vicenda organizzativa dell'ANAC ha segnato molti punti a favore della costruzione di un presidio indipendente e autorevole in materie decisive per il buon funzionamento del sistema amministrativo italiano. Una vicenda che avrebbe meritato un'attenzione molto maggiore, perché istruttiva delle difficoltà incontrate, che risiedevano nella complessità in sé di un'operazione di fusione a freddo di precedenti realtà organizzative attraversate da debolezze e insufficienze, ma soprattutto nel contesto generale in cui la stessa ANAC ha dovuto operare per il suo consolidamento, dominato dall'applicazione indiscriminata, pedissequa, della regola dell'invarianza finanziaria (laddove l'investimento nell'Autorità era destinato a produrre più imparzialità, più funzionalità, più trasparenza, più concorrenza, quindi un risparmio significativo per il Paese). Un contesto segnato da un sotterraneo e diffuso timore⁸⁸ di un'eccessiva espansione di funzioni e poteri (il fantasma del "gendarmone", la pretesa "deriva penalistica", la presunta "s subordinazione" della trasparenza e dei contratti all'anticorruzione), dalla ricorrente tentazione di uffici governativi (il Ministro della pubblica amministrazione e il DFP) di recuperare funzioni e poteri trasferiti all'ANAC, dall'incapacità storica di Governi e legislatori di riformare le amministrazioni investendo nella loro qualità al fine di operare secondo buon andamento e imparzialità. Un contesto nel quale il legislatore da un lato ha dato (l'istituzione dell'ANAC, le sue funzioni, l'acquisita indipendenza) dall'altro ha tolto (la spinta alla riduzione degli obblighi di trasparenza, la delegittimazione costante della disciplina dei contratti con soluzioni emergenziali e deroghe, la sfiducia nelle amministrazioni), sempre incerto sul da farsi. Una vicenda "di successo", se guardiamo al favore con il quale è stata seguita da tutte le organizzazioni internazionali che si occupano di corruzione, ma tutt'altro che conclusa, esposta com'è al rischio di ritorni al passato.

⁸⁸ Da sempre presente nel mondo politico, poi alimentato anche da analisi impressionistiche in sede scientifica (vedi E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico*, cit.).

I conflitti di interessi: tendenze e problemi aperti

Angelo Lalli

L'articolo illustra le evoluzioni più significative registratesi dall'approvazione della legge n.190/2012 ad oggi della normativa, della prassi applicativa dell'ANAC, della giurisprudenza e dei maggiori orientamenti dottrinari sul tema del conflitto di interessi e sulla connessa disciplina relativa agli incarichi nell'amministrazione pubblica. In particolare, si affrontano le questioni della nozione rilevante di conflitto di interessi, della tassatività delle fattispecie e della natura del vizio che colpisce l'atto adottato in violazione del divieto di agire in una situazione di conflitto. Viene dedicata attenzione all'evoluzione del sistema di vigilanza sull'accertamento dei conflitti di interessi e delle fattispecie di inconferibilità e incompatibilità, con particolare riferimento ai ruoli del responsabile della prevenzione della corruzione e dell'ANAC. Si discute la questione del conflitto degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico e si descrive la disciplina peculiare che riguarda i contratti pubblici, esponendo le novità contenute nel nuovo codice in corso di adozione. Infine, si evidenziano alcune criticità e lacune e si propongono alcune possibili soluzioni.

1. *Premessa*

Dall'entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190 si è assistito al progressivo consolidamento della disciplina sul conflitto di interessi nell'ambito dell'organizzazione e dell'attività amministrative¹.

¹ Restano estranei alla presente trattazione le discipline dei conflitti di interessi dei titolari di carica governativa, dei parlamentari e dei magistrati che non sono state incise, se non margi-

Come noto, la legge ricordata, inserendo l'art. 6-*bis* nella legge 7 agosto 1990, n.241, poneva per la prima volta una normativa di principio² valevole in generale per l'amministrazione pubblica. Successivamente, in attuazione delle deleghe contenute nella medesima legge n.190/2012, sono state disciplinate con il d.lgs. 8 aprile 2013, n.39, le fattispecie delle incompatibilità rispetto agli incarichi pubblici e delle inconfirmità dei medesimi. Si tratta di una regolamentazione esplicitamente volta alla prevenzione dei conflitti di interesse in occasione dell'attribuzione o dello svolgimento di incarichi nell'amministrazione o anche nel momento dell'assunzione di incarichi in ambito privatistico per chi abbia appena lasciato un incarico pubblico. Rilevante poi è stata l'introduzione di norme specifiche sul conflitto di interessi nel D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici e di una norma *ad hoc* anche nel codice dei contratti pubblici adottato, in attuazione delle direttive europee (art. 42 del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50).

In questo decennio, giurisprudenza e dottrina hanno concorso ad affinare l'istituto e particolarmente importante è stata l'attività applicativa e interpretativa dell'ANAC che ha positivamente contribuito a rendere effettivo questo strumento di tutela anticipata nei confronti di fenomeni corruttivi. La trattazione che segue sarà dedicata a illustrare gli approdi più significativi e le maggiori problematicità ancora non risolte, dando per acquisito il quadro normativo di contesto e le questioni non controverse³.

nalmente, dalla legge n. 190 del 2012.

² Esistevano – ed esistono – disposizioni in tema all'art. 78, del d.lgs. n. 267/2000; all'art. 11, Dpr, 9 maggio 1994, n. 487, Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi e ovviamente l'art. 51 del c.p.c. che, come si vedrà, devono oggi essere interpretate in modo sistematico con il citato art.6-bis della legge n.241 del 1990.

³ Sul tema in generale, A. PERTICI, *Il conflitto d'interessi*, Torino, Giappichelli, 2002; S. CASSESE, *Conflitti d'interesse: il fiume di Eraclito*, in Riv. dir. priv., 2004, p.235 ss; si consenta il rinvio anche A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico. Una rassegna, Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, pp. 155-188.

2. La nozione generale di conflitto di interessi giuridicamente rilevante e le conseguenze della violazione del dovere di astenersi per chi si trovi in conflitto

La netta separazione tra interessi pubblici e interessi privati è connaturata con i principi di fondo dei moderni stati di diritto. Pur non prevedendosi nella nostra Costituzione un richiamo esplicito all'istituto del conflitto di interessi, esistono alcune disposizioni da cui si ricava il principio della doverosa irrilevanza degli interessi personali del titolare di un ufficio pubblico, nel senso che tali interessi non devono in nessun modo influire nell'esercizio delle funzioni pubbliche a esso affidate.

Viene in considerazione in primo luogo l'art. 97 che, come noto, afferma che l'organizzazione dei pubblici uffici deve essere definita in modo da assicurare, oltre al buon andamento, l'imparzialità⁴. Questa costituisce pacificamente il contenuto di un principio regolatore anche dell'attività amministrativa⁵. Direttamente strumentale a garantire l'imparzialità è la disciplina positiva volta a evitare che la presenza in concreto di interessi personali del funzionario pubblico possa alterare o anche solo turbare l'esercizio della funzione pubblica ad esso affidata. Questa deve essere esclusivamente rivolta alla protezione di quegli interessi - pubblici e privati - che la legge ritiene rilevanti nelle varie fattispecie, tra i quali non rientrano mai gli interessi personali del funzionario⁶; l'occasionale presenza di questi ultimi impone anzi la predisposizione e l'attivazione di rimedi volti a garantire l'imparzialità anche in queste evenienze. La disciplina di contrasto ai conflitti di interessi è rivolta a tutelare anche l'immagine di imparzialità della pubblica amministrazione⁷: l'amministrazione deve essere ma anche apparire imparziale. L'esistenza di un conflitto di interessi in capo a un funzionario pubblico lede il prestigio

⁴ L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 254 ss. La Corte costituzionale ha ritenuto legittime solo le esclusioni dall'accesso alle cariche in nome di interessi di rilievo costituzionale. Si vedano le sentenze 3 marzo 1988, n. 235; 15-30 novembre 1989, n. 510; 23 aprile 6 maggio 1996, n. 141.

⁵ A. CERRI, *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, Diritto on line, 2013.

⁶ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973.

⁷ R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886 sottolineano che la prevenzione del conflitto di interessi è volta più in generale a tutelare l'immagine di imparzialità dell'amministrazione.

dell'amministrazione che è condizione affinché i cittadini possano confidare nell'amministrazione pubblica⁸ e, per tale ragione, essa è un bene giuridico immateriale autonomamente tutelato.

Occorre ricordare poi l'art. 98, che afferma l'esclusività del servizio dei pubblici impiegati alla Nazione, che è stato letto in continuità con l'art. 54 che, come noto, stabilisce il peculiare dovere di fedeltà alla Repubblica in capo ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche i quali, inoltre, hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore.

Più recentemente, ha acquisito uno specifico rilievo fondante delle discipline dei conflitti di interessi⁹ anche il principio costituzionale della tutela della concorrenza. Poiché l'esercizio di una funzione pubblica da parte di chi versi in situazione di conflitto di interessi può comportare anche l'alterazione del corretto funzionamento del mercato concorrenziale. Si pensi alla gestione di una procedura di appalto pubblico da parte di un funzionario che abbia interessi personali connessi con quelli di una delle imprese partecipanti. In questo caso, la vitale tensione concorrenziale si allenta e perde la sua funzione duplice di strumento per il conseguimento del miglior risultato per l'amministrazione stessa e di selezione delle imprese più efficienti. Un simile esito oggi è in contrasto palese con il valore dell'efficienza proprio del mercato concorrenziale riconosciuto nella Costituzione¹⁰.

Rileva, infine, l'art. 51 che afferma il diritto di tutti i cittadini di accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. La disposizione, nel garantire il più ampio accesso alle cariche pubbliche, consente al contempo quelle limitazioni necessarie per attribuire tutela ai principi sopra ricordati e, in particolare, consente la previsione di limiti all'accesso alle funzioni pubbliche e di cautele per il loro svolgimento anche allo scopo di prevenire e comunque gestire adeguatamente i conflitti di interessi.

⁸ Cfr. F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale*, in *Rivista interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, 3/2020, p. 20 e ss.

⁹ I. NICOTRA, *Il conflitto di interessi come declinazione del principio costituzionale d'imparzialità*, *Rivista AIC*, 3, 2020, p. 2 ss.

¹⁰ C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, 1, 2014.

L'ampia e interconnessa trama normativa espressa dalle disposizioni e dai principi illustrati costituisce il puntuale fondamento costituzionale delle discipline sull'etica pubblica in generale e, quindi, sulla prevenzione e gestione dei conflitti di interessi¹¹.

Un vincolo a istituire e mantenere un'adeguata disciplina sui conflitti di interessi deriva infine anche dall'41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione ove si afferma il diritto di ogni individuo a che le questioni che lo riguardano siano trattate, tra l'altro, in modo imparziale ed equo. Dunque, la disciplina in parola riceve oggi anche un puntuale fondamento sovranazionale.

La disciplina del conflitto di interessi nell'attività amministrativa poggia sull'art. 6-*bis* della legge n.241/1990, a mente del quale, giova ricordare: «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 potenziale».

La disposizione in realtà non descrive le fattispecie di conflitto¹², tuttavia la giurisprudenza maggioritaria¹³ e la dottrina¹⁴ prevalente hanno aderito a un'interpretazione secondo la quale essa deve essere letta in connessione con le altre norme presenti nell'ordinamento che hanno ad oggetto il medesimo tema, stante il rapporto di reciproca complementarietà che è stato ritenuto sussistere tra le stesse, come si chiarirà.

Giova premettere che la formulazione normativa ricalca le ampie definizioni di conflitto di interessi che provengono dalle istanze sovrana-

¹¹ V. CERULLI IRELLI, in *Etica pubblica e amministrazione* (intervento al convegno) «Etica pubblica e amministrazione», Roma, 16 novembre 2006, 2 ss.; G. SIRIANNI, *I profili costituzionali: una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in *La corruzione amministrativa: cause prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, Passigli, 2010, pp. 129-134.

¹² S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 683 -684.

¹³ Cons. Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, parere 31 gennaio 2019, n. 667 relativo allo Schema di Linee guida ANAC aventi ad oggetto «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici», in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁴ F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 30 e ss. E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 40 ss.

zionali e dalla normativa dell'Unione europea¹⁵ che presentano tutte un approccio definitorio assai esteso ed elastico.

L'orientamento della Commissione europea, in un contesto normativo che, come detto, prevede una definizione di conflitto ampia, appare tuttavia di recente divenuto più sensibile alla necessità di predeterminare con maggiore puntualità le situazioni che danno luogo ai conflitti rilevanti¹⁶. Questa sensibilità appare da sempre molto spiccata nel Consiglio di Stato¹⁷ che ha ritenuto che una nozione eccessivamente ampia si porrebbe «fuori dalla nostra tradizione giuridica che richiede una precisa individuazione dei casi di conflitto» e ha proposto la seguente definizione: «un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto giuridico sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui (così detto interesse funzionalizzato) ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare (*de iure vel de facto*) di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato. Non rileva particolarmente se tale interesse derivi da situazioni affettive o familiari o economiche». Al fine di determinare in concreto le situazioni di conflitto rilevanti, come si avvertiva, è quindi stato proposto di interpretare sistematicamente tra di loro gli articoli, 6-bis della legge n.241/90; 51 del c.p.c., 6, 7, 13, 14 e 16 del d.P.R. n. 62/2013 e 42 del d.lgs. 50/2106. Le ipotesi tipiche sono state rintracciate nel primo comma dell'art. 51 del c.p.c e nelle disposizioni del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d.P.R. n. 62/2013). Le diverse situazioni descritte da queste norme integrano l'art. 6-bis della legge n. 241/1990 e, per questa via, divengono fattispecie generali di conflitto di interessi rilevanti nell'attività

¹⁵ Si veda ad esempio la definizione ampia presente sia nelle Raccomandazioni Consiglio d'Europa n. 10/2000 relativa ai Codici di comportamento dei funzionari e nelle linee dell'OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service*, Pubblicazioni OECD Parigi, 2004 e anche il regolamento Ue n. 966/2012 per la redazione del bilancio generale dell'Unione Europea sul quale si veda F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale*, cit., p. 23 ss.

¹⁶ Commissione europea, Comunicazione sugli Orientamenti sulla prevenzione e sulla gestione dei conflitti d'interessi a norma del regolamento finanziario (2021/C 121/01). Si v. il p. 3.2.1. della Comunicazione: «Un conflitto d'interessi può sorgere anche se la persona non trae un beneficio effettivo dalla situazione, in quanto è sufficiente che le circostanze compromettano l'esercizio obiettivo e imparziale delle sue funzioni. Tali circostanze devono tuttavia avere un determinato legame identificabile e individuale con aspetti concreti della condotta, del comportamento o dei rapporti della persona o avere un impatto su tali aspetti».

¹⁷ Cons. Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, parere n. 667 del 2019 cit.

amministrativa. In questa logica, si è data una interpretazione restrittiva alla clausola residuale e in fondo aperta espressa dall'inciso «potenziale» presente nell'art. 6-*bis*. Quest'ultima espressione è stata letta, infatti, come sovrapponibile a «le gravi ragioni di convenienza» di cui fa parola il secondo comma dell'art. 51 del c.p.c. Di entrambe le proposizioni, proprio per evitare una non tollerabile estensione delle situazioni che danno luogo a conflitto, si è affermata una lettura che circoscrive le ipotesi di conflitti apprezzabili mediante il riferimento alle situazioni tipizzate dal primo comma dell'art. 51 c.p.c. Le predette clausole hanno l'effetto di consentire un'interpretazione analogica delle situazioni di conflitto tipizzate. In altri termini, non sarebbe possibile qualificare conflitto di interessi situazioni che fossero del tutto scollegate dalle ipotesi descritte dal primo comma dell'art. 51 c.p.c. In questa logica, appare condivisibile la posizione¹⁸ che ritiene non legittima un'interpretazione dell'inciso «ogni situazione di conflitto» di cui all'art. 6-*bis* della legge n. 241/90 tale da ritenere rilevante anche il conflitto c.d. apparente che ricorrerebbe quando un estraneo all'amministrazione potrebbe essere indotto a supporre, ragionevolmente, ma erroneamente, l'esistenza di interessi personali del funzionario.

Se, dunque, sul piano della tipicità delle situazioni rilevanti, si è consolidata un'interpretazione attenta a contenere un'indiscriminata estensione delle fattispecie, la nozione di conflitto rilevante è stata nondimeno svincolata dalla necessità che sia integrato – e quindi provato in sede applicativa – anche un danno effettivo e concreto alla funzione pubblica. La situazione di conflitto di interessi rilevante, quindi, non consiste in un comportamento del funzionario che debba necessariamente pregiudicare uno degli interessi pubblici o privati di cui legittimamente egli deve tenere conto nell'esercizio della specifica funzione pubblica, ma essa è data dalla mera compresenza, nella situazione considerata, dell'interesse personale del funzionario che deve appartenere a una delle categorie normativizzate.

¹⁸ F. GAFFURI, *Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale*, cit., p. 26.

La giurisprudenza amministrativa¹⁹ ha affermato in modo consolidato che la sussistenza del conflitto ricorre indipendentemente dal realizzarsi di un qualsivoglia vantaggio e/o svantaggio per la funzione pubblica o per taluno dei soggetti pubblici o privati implicati nella vicenda. Esso è stato inteso, infatti, come una «condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di danno» che rileva in quanto mero rischio; «il conflitto di interessi esiste a prescindere che a esso segua o meno una condotta impropria. Ontologicamente esso è, dunque, definito dalla categoria della potenzialità»²⁰.

In ultima analisi, il conflitto rilevante è stato inteso essere quella situazione concreta nella quale, del tutto occasionalmente, il funzionario si trovi a dover agire in presenza di interessi particolari a lui riferibili sul piano personale – individuati dal riferimento alle tipologie definite – e che possono essere incisi dalla sua azione amministrativa. Quando ciò accade, l'ordinamento presume che il processo valutativo e decisionale che il funzionario è tenuto compiere subisca un'alterazione rispetto allo schema legale tipico: l'interesse personale, infatti, come notato, non è considerato mai rilevante ai fini dell'esercizio della pubblica funzione; anzi esso è ritenuto sempre idoneo di per sé, per il mero fatto di esistere, a inquinare l'esercizio.

Non è stata dunque accolta la lettura secondo la quale per aversi conflitto di interessi sarebbe necessario accertare un danno ovvero un concreto pregiudizio alla funzione pubblica. Tale lettura si sarebbe – in ipotesi – potuta fondare sul richiamo all'art.3 della legge n. 20 luglio 2004, n. 215 che, con riguardo ai titolari di carica governativa, dichiara sussistere conflitto quando: «... l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate, secondo quando previsto dall'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con danno per l'interesse pubblico»²¹. Ma la disposizione è sempre

¹⁹ Da ultimo si v. Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2022, n. 2069.

²⁰ Cons. Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, parere n. 667 del 2019 cit. Sul punto, B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 90.

²¹ Su tale disposizione si v. C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, Milano, Giuffrè, 2013, p.40 e ss; M. ARGENTATI, *La disciplina italiana del conflitto di interessi in*

stata esclusa dall'interpretazione del conflitto valevole per tutto il resto della pubblica amministrazione.

Conclusivamente, il diritto vivente ha confermato, da un lato, che non è ammissibile una indiscriminata estensione delle situazioni che integrano il conflitto di interessi e, dall'altro, che il conflitto rileva nel momento in cui si verifica la situazione della compresenza dell'interesse personale dell'agente pubblico nella vicenda su cui deve operare, del tutto a prescindere dalla necessità di verificare l'effettiva incidenza concreta sulla decisione assunta.

Il dibattito pare, invece, ancora non del tutto sopito con riguardo al tema delle conseguenze dell'accertamento di una situazione di conflitto rilevante. Come visto, il conflitto è una situazione che si presenta indipendentemente dalla stessa volontà del funzionario. Il caso fa sì che egli si possa trovare in concreto ad avere un interesse personale che è connesso con l'esercizio della funzione che è chiamato svolgere. In presenza di questa situazione, la legge – sia l'art. 6 bis, sia l'art 42 del Codice dei contratti – lo obbliga a segnalare il conflitto e ad astenersi dal provvedere.

La sussistenza del conflitto apre dunque la questione della sua gestione²². Dalla situazione di conflitto derivano due obblighi di comportamento in capo al funzionario agente: la segnalazione all'amministrazione stessa – secondo i diversi ordinamenti o al superiore gerarchico o al responsabile – e l'astensione dall'esercizio la funzione nel caso di specie. Nulla dice la legge su che cosa accada all'atto amministrativo eventualmente adottato dal funzionario che si trova in conflitto e che non si sia astenuto.

Meramente teorica sembra rimasta la possibilità di qualificare l'atto in conflitto di interessi come nullo²³, in quanto le fattispecie previste dall'art.

una prospettiva di diritto comparato, in «Diritto pubblico», 3/2009, p. 957 e ss.

²² Come ricorda il GRECO nel 22nd General Activity Report (2021), p.12: «The system for managing conflicts of interest should be supplemented with clear provisions and guidance regarding (i) a requirement for persons exercising top executive functions to disclose conflicts ad hoc, and (ii) clear procedures, responsibilities and deadlines for solving situations of conflict of interest, including following complaints by the public or by other institutions».

²³ S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, cit., p. 694 ss., G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 44 e ss.

21-*septies* della legge n.241/1990 come causa di nullità sono tassative e tra esse non rientra il conflitto di interessi.

È, quindi, ampiamente diffuso l'orientamento che ritiene l'atto adottato in situazione di conflitto annullabile. Ci si divide però sulla corretta qualificazione della causa dell'annullabilità. Sono state sostenute tutte le possibili ipotesi. L'atto adottato in situazione di conflitto è stato ritenuto viziato da incompetenza e/o difetto di legittimazione del soggetto agente²⁴; è stato poi inteso costituire espressione di eccesso di potere o, infine, è apparso come una mera violazione di legge²⁵. La qualificazione come atto adottato in difetto di competenza sembra non aderire alla realtà del peculiare vizio in esame, poiché il conflitto di interessi non incide tanto sulla competenza generale dell'organo, che non è in discussione, ma sulla situazione concreta dell'agente titolare dell'organo. L'eccesso di potere neanche appare adeguato a qualificare il vizio in parola poiché, come sopra illustrato, non dovrebbe essere necessario indagare sull'effettiva incidenza del conflitto sulla valutazione e sulla decisione del funzionario. L'atto dovrebbe essere considerato illegittimo a prescindere da ogni indagine ulteriore sul processo conoscitivo o valutativo dell'amministrazione. Più adeguato sembra quindi il richiamo ad una violazione di legge, in quanto l'atto adottato da chi nel concreto aveva il dovere giuridico di astenersi viola una essenziale disposizione legislativa di natura organizzativa.

In disparte il problema qualificatorio, il nodo concreto di maggiore rilevanza da sciogliere pare essere quello relativo all'esistenza di un onere di dimostrare l'effettiva disparità di trattamento al fine di poter ottenere o statuire l'annullamento.

Sul punto storicamente si sono fronteggiate due tesi principali. Da un lato, c'è chi sostiene che l'interessato all'annullamento dell'atto avrebbe l'onere di dimostrare in giudizio l'influenza della situazione di conflitto sul contenuto dell'atto e, quindi, la effettiva divergenza di quest'ultimo

²⁴ A CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.* 1993, p. 206.

²⁵ Sulle diverse qualificazioni date si v. E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 154, il quale propende per l'eccesso di potere.

dall'interesse pubblico²⁶. Dall'altro lato, si sostiene che l'esistenza del conflitto e la sua mancata previa soluzione mediante l'astensione del funzionario determinino, invece, di per sé un vizio insanabile della funzione. Questa seconda soluzione ha avuto un risalente - e però superato - autorevole avallo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁷, sul presupposto che l'esistenza del conflitto lede in ogni caso la stessa immagine dell'amministrazione pubblica, al di là del pregiudizio eventualmente recato agli interessi coinvolti nella sua azione.

Il primo ordine di considerazioni apparirebbe più coerente con l'idea che il contenuto della pretesa all'annullamento fatta valere dal ricorrente non sia - e non possa essere - l'astratta legalità dell'organizzazione e dell'attività amministrative, ma debba sempre e comunque essere connesso alla lesione effettiva di un interesse privato, giuridicamente tutelato. Se nella specie l'atto non ha effettivamente pregiudicato alcun interesse del ricorrente perché non si è realizzata a suo danno alcuna disparità di trattamento, non si vede a che titolo il medesimo potrebbe invocare la tutela giurisdizionale. Infatti, accedendo alla tesi secondo cui il privato potrebbe comunque far valere in tali casi l'interesse all'annullamento di un atto non concretamente lesivo nei suoi confronti, si ammetterebbe una sorta di azione esercitata nell'interesse oggettivo della legge, che appare distonica con il quadro del nostro ordinamento improntato sempre più a una dimensione soggettiva della tutela giurisdizionale²⁸.

D'altro canto, il secondo orientamento afferma con maggiore forza la cogenza delle norme in materia di conflitto di interessi. Infatti, esso evidenzia che simile disciplina non è posta soltanto a salvaguardia degli interessi privati, ma a protezione dell'interesse pubblico eminente a che l'esercizio della funzione pubblica non solo sia imparziale, ma appaia anche come tale: è in gioco, come già notato, anche l'immagine dell'imparzialità dell'amministrazione.

²⁶ S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 108, già sottolineava l'oscillazione della giurisprudenza sul punto; L. FERRARA, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 919 e ss. In questa linea di pensiero, si domanda quale pretesa farebbe valere il privato se non fosse tenuto a dimostrarla una lesione effettiva dei suoi interessi per disparità di trattamento derivante dal conflitto.

²⁷ Cons. Stato Ad. plen., 30 giugno 1958, n. 6.

²⁸ M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 19 ss.

La giurisprudenza amministrativa più recente²⁹ sembra essersi assestata su una via mediana tra le due opposte tesi³⁰: si profila una soluzione secondo la quale il ricorrente avrebbe l'onere di dimostrare solo l'esistenza del conflitto giuridicamente rilevante, nel senso visto, mentre l'amministrazione pubblica – ed eventuali controinteressati – avrebbero una facoltà di dimostrare che nella specie il conflitto non avrebbe dato luogo a una lesione di alcun interesse - né pubblico, né privato - in gioco. Il vizio è esplicitamente definito come illegittimità procedimentale che, quindi, inciderebbe sull'atto solo in via derivata, ma non atterrebbe all'atto in quanto tale.

Per quanto concerne gli atti vincolati, un simile orientamento può giovare della regola stabilita dal comma 2 dell'art.21-*octies* della legge n.241/1990³¹. Per gli atti discrezionali, invece, la lettura giurisprudenziale ricordata può destare perplessità, in quanto sembra introdurre una valutazione giudiziale *ex post* sulla correttezza dell'assetto sostanziale degli interessi, non espressamente consentita dalla disposizione ricordata in tali evenienze.

Probabilmente la soluzione più lineare e più coerente anche con gli orientamenti sovranazionali ricordati sulla nozione del conflitto e sulla *ratio* della sua disciplina è quella di considerare la scelta discrezionale

²⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 22.03.2022, n. 2069, cit., “La mancata astensione del funzionario comporta una illegittimità procedimentale che refluisce sulla validità dell'atto finale, a meno che non venga rigorosamente dimostrato (dall'Amministrazione procedente) che la situazione d'incompatibilità del funzionario non ha in alcun modo influenzato il contenuto del provvedimento facendolo divergere con il fine di interesse pubblico”; così anche CdS, VI, 18.10.2022 n.8845; Sez. III, 20.08.2020 n. 5151.

³⁰ Questa posizione di mediazione è criticata da G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 163 ss.

³¹ F. FRACCHIA, M. OCCHIANA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in: www.giustamm.it, p. 24 e ss; E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, fasc. 6/2005, p. 625, ss.; F. SAITTA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, ultimo comma, e 21-*octies*, 2° comma, della legge n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, p. 2295; D.U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo articolo 21-*octies* della legge n. 241/90*, in: Giustamm.it; L. FERRARA, *La partecipazione tra “illegittimità” e “illegaltà”*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 103; P. LAZZARA, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-*octies*, l. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, p. 190; F. TRIMARCHI, *Rilevanza condizionata dei vizi di illegittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1117.

in ogni caso viziata - per definizione - dall'esistenza di un conflitto rilevante in capo al decidente e al ricorrente si può imporre il solo limitato onere di dimostrare l'astratta idoneità causale del conflitto, ma non la consumazione della disparità³². Tale conclusione è avvalorata proprio dalla lettera dell'art.6-*bis* della l. 241/90 citato che dà rilievo al conflitto anche potenziale.

Da questa ricostruzione, emerge un regime composito delle conseguenze derivanti dal conflitto di interessi non risolto con la comunicazione dello stesso e con l'astensione.

Nei confronti del funzionario scattano sempre e comunque le sue responsabilità disciplinari ed eventualmente amministrative³³. Nei confronti dell'atto amministrativo, invece, occorre valutare la concreta situazione e i margini per applicabilità dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990. Tale assetto appare del tutto coerente con l'esigenza di affermare la piena effettività della disposizione che vieta in generale il conflitto di interessi, tenendo conto delle parimenti tutelate esigenze di efficienza della pubblica amministrazione³⁴.

3. La vigilanza sull'accertamento dei conflitti di interessi e delle fattispecie di inconferibilità e incompatibilità: i distinti e contigui ruoli del responsabile della prevenzione della corruzione e dell'ANAC

La legge ha disciplinato un sistema di applicazione delle disposizioni che definiscono i conflitti di interessi rilevanti che conosce le distinte competenze delle amministrazioni procedenti, del responsabile del procedimento, del responsabile della prevenzione della corruzione e della stessa ANAC. L'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 e l'art. 42 del Codice dei Contratti devono essere applicati dai rispettivi responsabili del procedimento e, su queste disposizioni, l'ANAC si limita a svolgere una funzione

³² Così puntualmente, I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in *Pa Persona e Amministrazione*, 2020, p. 81.

³³ Una recente e completa trattazione è in E. TRAVERSARI, *Il conflitto di interessi e l'inconferibilità degli incarichi extraistituzionali nel pubblico impiego italiano e nelle istituzioni europee*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2, 2020, p. 22 ss.

³⁴ Così anche C. CONTESSA, *Circa la nozione in senso funzionale di "conflitto di interesse" nel nuovo "Codice dei contratti"*, in *Urb. app.*, 2017, p. 829.

di supporto ai responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza (di seguito anche solo RPCT) e alle stazioni appaltanti³⁵. L'*enforcement* dei divieti connessi alle fattispecie di inconfiribilità e di incompatibilità, delineati dal d.lgs. n.39 del 2013, spetta in prima battuta al responsabile della prevenzione della corruzione. Tuttavia, proprio con riguardo a tali specifiche situazioni, si sono affermati nella pratica e sono stati convalidati dalla giurisprudenza alcuni poteri dell'Autorità sui quali quale vale la pena intrattenersi.

Giova ricordare sinteticamente che il d.lgs. n. 39 del 2013 tipizza alcune situazioni di conflitti di interessi e ne stabilisce una regolamentazione peculiare con riguardo all'assunzione e all'espletamento degli incarichi di vertice nella pubblica amministrazione e negli enti pubblici e di diritto privato sottoposti a controllo pubblico. La stessa legge delega (art. 1, commi 49 e 50 della legge 6 novembre 2012, n. 190) dichiara la *ratio* di questa disciplina, richiedendo la previsione esplicita dei casi di non conferibilità di incarichi dirigenziali, ad esempio, per 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 codice penale; per coloro che per un congruo periodo di 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; per i soggetti estranei alle amministrazioni che, per un 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. Inoltre, la legge delega ha anche stabilito che siano determinati i casi di incompatibilità tra i predetti incarichi amministrativi, una volta conferiti, e lo svolgimento

³⁵ Così la Delibera dell'ANAC n.25 del 2020: «Indicazioni per la gestione di situazioni di conflitto di interessi a carico dei componenti delle commissioni giudicatrici di concorsi pubblici e dei componenti delle commissioni di gara per l'affidamento di contratti pubblici» dove a pag. 3 si legge: «In materia di conflitto di interessi, come più volte evidenziato (si veda il PNA per l'anno 2019, pp. 49 e 50 e la Relazione al Parlamento dell'ANAC del 2018, p. 83), questa Autorità non dispone di specifici poteri di intervento e sanzionatori. L'intervento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha una funzione preminentemente collaborativa; si svolge, cioè, in forma di ausilio all'operato degli RPCT di ciascun ente. Le singole amministrazioni e le singole stazioni appaltanti restano sempre competenti a prevenire e vigilare, nonché risolvere gli eventuali conflitti di interessi che riguardano i propri funzionari».

to di attività, retribuite o no, presso enti di diritto privato sottoposti a regolazione, a controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che ha conferito l'incarico; o lo svolgimento in proprio di attività professionali, se l'ente o l'attività professionale sono soggetti a regolazione o finanziati da parte dell'amministrazione; o l'esercizio di cariche negli organi di indirizzo politico. Dai criteri di delega emerge la *ratio* evidente di regolamentazione volta non solo a sterilizzare eventuali conflitti di interesse nel senso detto, ma anche a riaffermare la dovuta separazione e distinzione tra l'attività amministrativa e quella di indirizzo politico.

In merito alle conseguenze del mancato rispetto della disciplina, come segnalato, la legge dispone che gli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni del decreto e i relativi contratti sono nulli (art. 17 del d.lgs. 39/2013); sono previste sanzioni in capo a coloro che conferiscano incarichi pubblici in spregio del divieto che possono integrare ipotesi di responsabilità disciplinare, erariale e la perdita della facoltà di attribuire incarichi per un tempo determinato (art.18 del d.lgs. 39/2013). In caso di svolgimento degli incarichi in una delle situazioni di incompatibilità delineate, la legge poi stabilisce la decadenza dall'incarico e la risoluzione del relativo contratto, di lavoro subordinato o autonomo, decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione all'interessato, da parte del responsabile del piano anticorruzione, dell'insorgere della causa di incompatibilità (art.19 del d.lgs. 39/2013). I procedimenti di accertamento delle eventuali violazioni ai divieti posti dal d.lgs. n. 39/2013 sono stati disciplinati dall'ANAC³⁶.

Il responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza (RPCT) è il soggetto titolare del potere di contestare le situazioni di inconferibilità o incompatibilità eventualmente accertate (art. 15 del d.lgs. n. 39/2013). Questi ha anche il compito di segnalare le violazioni del d.lgs. n. 39/2013 all'Autorità nazionale anticorruzione, alla Autorità garante della concorrenza e del mercato e alla Corte dei conti.

Con specifico riferimento all'accertamento della fattispecie di inconferibilità, l'ANAC, nelle Linee guida di cui alla delibera n. 833 del 2016, ha dedotto dalla norma sopra citata che il procedimento viene avviato

³⁶ Cfr. delibera n. 833 del 2016, contenente le Linee guida in materia di accertamento delle inconferibilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi.

dal RPCT, non appena quest'ultimo sia venuto a conoscenza del conferimento di un incarico in violazione delle norme del d.lgs. n. 39/2013 ed è instaurato fin da subito tanto nei confronti del soggetto cui è stato conferito l'incarico, quanto nei confronti dell'organo conferente.

La contestazione costituisce l'atto iniziale del procedimento che, di regola, viene svolto dal RPCT e comprende due distinti accertamenti: il primo, che comporta un mero riscontro del fatto che è stato conferito un incarico ad una persona cui la legge vietava di assumerlo; il secondo, che segue eventualmente, ha ad oggetto la valutazione della sussistenza dell'elemento soggettivo, dolo o colpa, anche lieve, in capo al soggetto che ha conferito l'incarico vietato, ai fini dell'eventuale applicazione della sanzione interdittiva di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 39/2013. Infatti, malgrado il legislatore sembra aver costruito come automatica la sanzione inibitoria, essa non può essere irrogata - pena la sua incostituzionalità per contrasto ai principi di razionalità e pari trattamento, di cui all'art. 3 Cost., con altre sanzioni amministrative del diritto di difesa di cui all'art. 24 e di legalità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione e ai principi della convenzione EDU ed in particolare all'art. 6 come più volte interpretato dalla Corte di Strasburgo - senza che sia apprezzato anche il profilo psicologico di cd. colpevolezza da parte dell'autore. Questa è la conclusione cui è giunta l'ANAC confortata dalla giurisprudenza³⁷. L'art. 17 del d.lgs. n. 39/2013 prevede espressamente, quale effetto dell'accertamento della sussistenza di una causa di inconferibilità dell'incarico, la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico e del relativo contratto. La nullità del contratto produce effetti prevalentemente nei confronti del soggetto incaricato e riguardano anche la retribuzione percepita in relazione allo svolgimento dell'incarico, che dovrà essere restituita, nei limiti stabiliti dall'articolo 2126 c.c.

La nullità dell'atto di conferimento dell'incarico pone il problema di valutare la validità degli atti adottati dal funzionario. Invero, il soggetto cui è stato conferito l'incarico in sé nullo è da assimilare alla figura del funzionario di fatto. Egli, in quanto privo di un valido titolo di legittima-

³⁷ Cfr. Delibera dell'ANAC n. 68/2015 e TAR Lazio Roma, 8 giugno 2016, n. 6593 con cui è stata confermata la legittimità della delibera, in materia di inconferibilità degli incarichi di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 39 del 2013.

zione a ricoprire l'incarico, agisce come un privato che non è mai stato investito del potere di agire in nome dell'ente pubblico. In ragione delle esigenze di garanzia della certezza delle relazioni di diritto pubblico e di tutela dell'affidamento dei terzi è da ritenere però, con la giurisprudenza prevalente³⁸, che la nullità della nomina di un funzionario per inconfiribilità non si comunichi agli atti da esso adottati, i quali devono intendersi non nulli, ma solo annullabili per difetto di legittimazione del titolare apparente dell'organo. E, pertanto, restano efficaci se l'atto di attribuzione dell'incarico – nullo di per sé – non sia impugnato insieme alle determinazioni assunte dal funzionario da parte di chi vi possa avere interesse.

Circa il soggetto competente alla dichiarazione della nullità degli atti di conferimento di incarichi, adottati in violazione delle disposizioni del d.lgs. n. 39/2013, e dei relativi contratti, non vi è alcuna specifica indicazione di legge. L'ANAC, dunque, in via interpretativa³⁹, ha affermato che tale competenza spetta al RPCT. L'orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui è attribuito «al R.P.C. dell'ente interessato (...) qualora ritenga configurabile una violazione del d.lgs. n. 39/2013, il compito, ai sensi dell'art. 15, di accertare che la nomina sia inconfiribile o incompatibile e, con specifico riferimento alle fattispecie di inconfiribilità, di dichiarare la nullità, nonché di valutare se alla stessa debba conseguire l'applicazione delle misure inibitorie di cui all'art. 18»⁴⁰. La dichiarazione di nullità da parte del RPCT, secondo l'interpretazione dell'ANAC e della giurisprudenza amministrativa, «individua un'ipotesi di potere vincolato, che obbliga il responsabile della prevenzione della corruzione a dichiarare la nullità degli atti di conferimento nelle ipotesi in cui ravvisi la violazione delle norme in tema di inconfiribilità»⁴¹. In altri termini, l'intervento ripristinatorio degli interessi pubblici violati ha natura vincolata, è correlato al mero riscontro della inconfiribilità

³⁸ Cons. Stato, Sez. V, sentenza 6 novembre 2017, n. 5092.

³⁹ Delibera dell'ANAC n. 68/2015.

⁴⁰ Tar Lazio, Roma, 8 giugno 2016, n. 6593, cit.

⁴¹ Tar Lazio, Roma, 8 giugno 2016, n. 6593, cit.

dell'incarico e risponde all'esigenza di rimuovere il pregiudizio arrecato ai preminenti interessi pubblici.

Anche per quanto concerne il procedimento di accertamento della fattispecie di incompatibilità, il RPCT lo avvia contestando all'interessato la situazione di incompatibilità. Dalla data della contestazione decorrono i 15 giorni che impongono, in assenza di un'opzione da parte dell'interessato, l'adozione di un atto, su proposta del RPCT, con il quale viene dichiarata la decadenza dall'incarico.

Il ruolo e i poteri dell'ANAC non sono delineati in modo esaustivo dalla normativa sulle inconferibilità e incompatibilità⁴², anche se la legge riconosce all'Autorità una forma di vigilanza generale.

In virtù dell'art. 16 del d.lgs. n. 39/2013, l'Autorità infatti «vigila sul rispetto da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi». Il secondo comma, dell'art. 16 prevede, ancora, la possibilità, per «l'Autorità nazionale Anticorruzione, a seguito di segnalazione (della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica) o d'ufficio, di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico con un proprio provvedimento che contiene osservazioni o rilievi sull'atto di conferimento dell'incarico nonché segnalare il caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'amministrazione, ente pubblico o ente privato in controllo pubblico che intenda procedere al conferimento dell'incarico deve motivare l'atto tenendo conto delle osservazioni dell'Autorità». Inoltre, all'ANAC è attribuita un'ulteriore competenza, richiamata espressamente al comma 3 dell'art. 16, consistente nel rilascio di pareri obbligatori sulle direttive e le circolari ministeriali concernenti l'interpretazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 39/2013, nonché l'applicazione di dette disposizioni alle diverse fattispecie di inconferibilità degli incarichi e di incompatibilità. In definitiva, dall'impianto normativo descritto, emerge che il potere di vigilanza dell'Autorità si esprime: nella potestà di accertare l'inconferibilità

⁴² Cfr. La segnalazione in merito a tali criticità della stessa Autorità al Governo e al Parlamento n. 5 del 9 settembre 2015.

o l'incompatibilità, nell'ambito dell'esercizio del potere dell'Autorità di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico (art. 16, comma 2); e nell'eventuale accertamento di singole fattispecie di inconfiribilità e incompatibilità (art. 16, comma 1) che prescindono anche dall'attivazione del potere di sospensione.

L'intervento sospensivo consente all'Autorità di procedere a una prima valutazione della situazione segnalata. Si tratta di una misura di tipo cautelare e collaborativo che serve a richiamare l'amministrazione sul rispetto della disciplina in materia di inconfiribilità e incompatibilità. Ciò è confermato dal fatto che l'amministrazione può comunque procedere al conferimento dell'incarico, previa adeguata motivazione che tenga conto delle osservazioni e dei rilievi dell'ANAC, la quale non potrà però attivare alcuna ulteriore iniziativa. Il potere riconosciuto all'Autorità di sospendere la procedura di conferimento dell'incarico si concretizza in un provvedimento contenente osservazioni e rilievi sul predetto atto di conferimento, nonché nella segnalazione del caso alla Corte dei conti per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative. L'Autorità, inoltre, disposta la sospensione del procedimento del conferimento, delibera che non deve darsi luogo alla sottoscrizione del contratto individuale di lavoro.

Dall'analisi della prassi provvedimentale dell'Autorità, è emerso che questo tipo di provvedimento, definito nelle Linee guida in materia di accertamento delle inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi amministrativi come «parere anticipato» è assai meno frequente dell'intervento *ex post* dell'Autorità.

Come ricordato, l'Autorità, ai sensi dell'art. 16, comma 1, ha il potere di procedere all'accertamento di singole e specifiche fattispecie di illegittimo conferimento degli incarichi. Detto potere può attivarsi su segnalazione di terzi, in occasione della richiesta di pareri da parte delle amministrazioni, su segnalazione dello stesso RPCT (ai sensi dell'art. 15, comma 2), ovvero d'ufficio. L'accertamento riguarda casi di incarichi già conferiti. L'Autorità, nelle citate Linee guida di cui alla delibera n.833 del 2016, ha affermato che il procedimento di accertamento è svolto nel rispetto del principio del contraddittorio, con una interlocuzione che si svolge con il RPCT dell'amministrazione interessata. L'accertamento si svolge sulla base dei documenti messi a disposizione dell'Autorità, con la possibilità,

ove si riveli necessario, di procedere all'audizione degli interessati (RPCT, organo conferente, soggetto incaricato), secondo quanto disposto dal «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari», approvato il 29 marzo 2017 dall'ANAC.

Il soggetto sulla cui posizione l'Autorità è chiamata a deliberare, a norma dell'art. 12 del Regolamento ANAC sopracitato, deve essere informato dell'avvio di un procedimento di vigilanza ed è legittimato a partecipare alla fase istruttoria. In relazione al rispetto del termine per la comunicazione di avvio del procedimento previsto dall'art. 12, comma 2, del Regolamento, l'ANAC ha fornito un'interpretazione della citata disposizione affermando che la stessa consente di ritenere ordinatorio il termine di avvio del procedimento, laddove prevede che «Il termine per la comunicazione di avvio del procedimento a seguito di segnalazione, decorrente dalla data di ricevimento della stessa, è, di norma, di 60 giorni⁴³». La lettura non contrasterebbe con la disposizione di cui all'art. 7, comma 3, del medesimo Regolamento laddove prevede una archiviazione tacita della segnalazione nel caso in cui l'Autorità non proceda alla comunicazione di avvio al procedimento nel termine previsto. Invero, la disposizione andrebbe letta in combinato disposto con la disposizione di cui al successivo comma quarto, che, in ogni caso, consente l'esercizio dell'attività di vigilanza in caso di sopravvenuti elementi di fatto o di diritto, ovvero di diversa e ulteriore valutazione dell'Autorità, anche rispetto a segnalazioni già oggetto di archiviazione.

Dalla lettura del dato normativo sembrerebbe che l'Autorità non sia tenuta a comunicare all'interessato il provvedimento finale adottato; l'art. 20, comma 1 del Regolamento sopra citato individua, infatti, quali soggetti destinatari della comunicazione dell'atto adottato il RPCT, l'amministrazione interessata e i soggetti che abbiano presentato la segnalazione. È bene evidenziare, in ogni caso, che, dalle delibere in materia, si evince solitamente che il diretto interessato risulta essere anch'esso destinatario del provvedimento adottato dal Consiglio dell'Autorità.

⁴³ Delibera dell'ANAC n. 159 del 2019.

Nella prassi si è posto il problema del rapporto tra i descritti poteri dell'ANAC e le competenze del RPCT.

L'ANAC⁴⁴ ha sostenuto la lettura secondo la quale, in virtù dell'esplicita attribuzione alla stessa, ad opera dell'art. 16, comma 1 del d.lgs. n. 39/2013, del potere di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi in violazione di legge, tale accertamento sarebbe anche idoneo a superare eventuali diverse valutazioni dell'amministrazione conferente l'incarico e del suo RPCT. Secondo l'Autorità, se la stessa viene chiamata, per volontà dell'amministrazione o su segnalazione di terzi, ad accertare specifiche fattispecie di incarichi già conferiti, questo accertamento non potrebbe che essere destinato 'a fare stato'. Quindi, nei casi di accertamento compiuto dall'Autorità, al RPCT si dovrebbe ritenere preclusa ogni altra ulteriore attività di accertamento delle violazioni delle norme del d.lgs. n. 39 del 2013. In capo al RPCT, peraltro, secondo questa lettura residuerebbero funzioni non secondarie e pacificamente non attribuite all'ANAC, quali: prendere atto dell'accertamento compiuto dall'Autorità e della conseguente automatica nullità dell'atto di conferimento, ovvero diffidare l'interessato ad optare tra incarichi dichiarati incompatibili; avviare il procedimento sanzionatorio, ai fini dell'accertamento delle responsabilità soggettive e dell'applicazione della misura interdittiva prevista dall'art. 18 del d.lg. n. 39/2013 (per le sole inconfiribilità).

In una logica di efficace collaborazione tra soggetti chiamati a contrastare fenomeni di corruzione, il RPCT dovrebbe intervenire a completare l'attività di *enforcement* avviata dall'ANAC con l'accertamento di una situazione di inconfiribilità o incompatibilità. E ciò dovrebbe fare dichiarando senz'altro la nullità dell'incarico inconfiribile, ovvero diffidando l'interessato ad optare per l'incarico preferito; inoltre, nelle sole ipotesi di inconfiribilità, dovrebbe anche verificare la sussistenza del criterio di imputazione soggettivo, presupposto indispensabile per l'irrogazione della sanzione inibitoria di cui all'art. 18 del d.lg. n. 39/2013.

La legge, tuttavia, non stabilisce che cosa accada nelle ipotesi in cui il RPCT non intenda aderire alle valutazioni effettuate dall'ANAC nell'accertamento iniziale.

⁴⁴ Delibera n. 146 del 2014 e nel Regolamento di vigilanza, cit.

Dal canto suo, l'Autorità ha ritenuto di poter argomentare l'esistenza in capo ad essa di una sorta di potere di ordine. Ove l'ANAC abbia adottato atti di accertamento di situazioni di inconferibilità e incompatibilità, questi sarebbero dotati di efficacia prevalente con la conseguenza che l'amministrazione destinataria e il suo RPCT sarebbero obbligati all'adozione degli atti conseguenti all'accertamento. Qualora non vi provvedessero, l'Autorità, cui non sono attribuiti poteri di tipo sostitutivo, potrebbe esercitare il proprio potere di ordinare all'amministrazione e all'RPCT di adottare gli atti conseguenti di loro competenza.

Il giudice amministrativo non ha accolto questa lettura⁴⁵, pur avendo ritenuto sussistente in capo all'Autorità in questo settore un potere di accertamento che non si esaurisce in una «mera ricognizione di situazioni in fatto e in diritto» ma si esprime in «un provvedimento di accertamento costitutivo di effetti giuridici (come tale impugnabile in giustizia amministrativa): tanto che ne possono derivare iniziative conseguenti»⁴⁶.

Nondimeno, che l'ANAC sia titolare di un potere di ordine in senso tecnico è stato escluso. Secondo i giudici amministrativi, in modo condivisibile, non è possibile fondare un simile potere sull'art. 1, comma 3, della l. n. 190/2012. Quest'ultima norma si riferisce al diverso caso dell'inerzia delle pubbliche amministrazioni nell'adozione degli atti e dei provvedimenti che sono previsti dai piani di prevenzione della corruzione (comma 5, lett. a)), dagli atti generali, di coordinamento delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione (comma 4, lett. a)), dagli atti contenenti norme e metodologie comuni per la prevenzione della corruzione (comma 4, lett. b)), o, infine, dai modelli standard delle informazioni e dei dati occorrenti per il conseguimento degli obiettivi di prevenzione della corruzione (lett. d)). Un potere di ordine non può essere ricavato neanche postulando l'esistenza di un rapporto gerarchico. Infatti, non sussiste alcun rapporto di sovraordinazione gerarchica

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126; si vv. in particolare, i par. 11.5.1, 11.5.2 e 11.5.3; nella specie l'ANAC, dopo aver accertato la sussistenza dell'ipotesi di inconferibilità, aveva disposto l'annullamento dell'atto di archiviazione adottato dal Responsabile per la prevenzione della corruzione e ordinato di avviare il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 18, comma 2, d.lgs. n. 39 del 2013 nel termine di trenta giorni. Tale principio è stato ribadito da Cons. Stato, 9 aprile 2019, n. 2325, in sede di ottemperanza della sentenza n. 126/2018.

⁴⁶ Cons. Stato, n. 126/2018, cit.

o para-gerarchica tra l'ANAC e le altre pubbliche amministrazioni. Non sussiste poi neanche un rapporto di vigilanza, specifico e tipizzato, non potendo ammettersi forme non nominate e non espressamente definite dalla legge di ingerenza dell'Autorità nell'attività di altre pubbliche amministrazioni. Né, infine, un potere di ordine può essere considerato implicito nel generale potere di regolazione e vigilanza attribuito dal d.lgs. n.39/2013, poiché nella specie una simile lettura comporterebbe l'invasione di competenze espressamente attribuite dalla legge ad altri soggetti di amministrazione – il RPCT – in contrasto palese con il principio di legalità dell'azione amministrativa.

L'Autorità appare essersi conformata all'orientamento, limitandosi nella sua prassi a richiamare genericamente il RPCT al rispetto della legge⁴⁷. Si potrebbe pensare, *de iure condendo*, ad estendere la legittimazione attiva dell'Autorità a contestare l'eventuale atto del RPCT – o la sua inerzia – quando non conformi ai propri accertamenti in materia di inconferibilità e incompatibilità.

A opposte conclusioni giunge la giurisprudenza amministrativa riguardo il distinto potere dell'ANAC di accertare le ipotesi di incompatibilità successiva di cui all'art. 53, comma 16-ter del d.lgs. n. 165 /2001, richiamata nel testo del d.lgs. n. 39/2013. Si tratta del c.d. divieto di '*pan-touflage*', finalizzato a prevenire il rischio che coloro che esercitino poteri autoritativi o negoziali alle dipendenze di un'amministrazione pubblica possano avvantaggiarsi della propria posizione attuale per precostituirsi il vantaggio di un futuro incarico dal soggetto privato destinatario dell'attività della medesima amministrazione pubblica. L'istituto mira a evitare che determinate posizioni lavorative, subordinate o autonome, possano essere anche solo astrattamente occasione di possibili fenomeni corruttivi, limitandosi per un tempo ragionevole, l'autonomia negoziale del funzionario dopo la cessazione del rapporto di servizio con la pubblica amministrazione.

⁴⁷ Cfr. nota dell'ANAC del 6 luglio 2018 prot. n. 059765, nella quale l'Autorità invita il RPCT a conformare il proprio comportamento a quanto precedentemente deliberato dalla stessa, evidenziando che, in difetto procederà ad interessare la magistratura contabile per gli aspetti di competenza.

L'affermazione del potere dell'Autorità di accertare la violazione del divieto in esame appare particolarmente rilevante, in quanto il soggetto nei cui confronti avviene l'accertamento è ormai uscito dall'organizzazione amministrativa pubblica e opera in un contesto privato. In una simile situazione, nel silenzio della legge, escludere il potere dell'Autorità avrebbe comportato l'assenza di qualsiasi forma di vigilanza pubblica. In tal caso, la giurisprudenza⁴⁸ ha ritenuto che il potere dell'Autorità sussista in quanto del tutto coerente con la *ratio* della disposizione di divieto. La sanzione della nullità del contratto, conseguente alla violazione del divieto di *pantouflage* è posta a tutela della funzione di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. Da ciò si fa derivare la configurabilità di un chiaro «nesso finalistico fra la norma assistita dalla sanzione amministrativa e le funzioni attribuite all'Autorità» con la conseguenza che: «... si deve convenire che, nella specie, per le peculiari ragioni logico-sistematiche ora esposte, l'art. 13 del d.lgs. n. 39/ 2013 sancisce una specifica, ancorché non testuale, attribuzione di competenza in favore dell'ANAC anche in ordine all'accertamento della nullità dei contratti di cui si tratta (in quanto naturale e coerente predicato dell'attribuzione della competenza ad accertare le violazioni del sistema)»⁴⁹.

4. Il conflitto di interessi nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici; il rapporto tra il d.lgs. n. 39/2013, il TUEL e la normativa precedente; il conflitto di interessi degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico

Una puntuale disciplina del conflitto di interessi, come anticipato, è stata accolta anche nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici, adottato ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 165/ 2001, così come sostituito dall'art. 1, comma 44 della l. n. 190 del 2012, al comma 1. Tale codice indica le norme di comportamento generalmente applicabili nel pubblico impiego privatizzato e costituisce la base minima e indefettibile di ciascun codice di comportamento adottato dalle varie amministrazioni.

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2019, n. 7411.

⁴⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 7411/2019, cit.

Ciascuna amministrazione deve adottare, infatti, un proprio codice di comportamento anche come misura di azione preventiva della corruzione a livello decentrato⁵⁰. La disciplina posta da tale codice si giova del rango regolamentare⁵¹ che deve essere ad esso attribuito, a differenza dei precedenti codici di comportamento del pubblico impiego⁵², e non è quindi necessario che il dipendente lo approvi con la firma del contratto⁵³. La violazione dei doveri contenuti nel Codice di comportamento è fonte di responsabilità disciplinare; è rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile e costituisce elemento di valutazione anche in sede di misurazione della *performance*. Il coordinamento tra il codice e il sistema di misurazione e valutazione della *performance* è garantito dagli Organismi Indipendenti di Valutazione.

L'attuale codice di comportamento assolve quindi a una funzione anche repressiva⁵⁴ oltre che preventiva, essendo previste specifiche sanzioni al ricorrere di violazioni che, se reiterate e gravi, possono giustificare anche l'applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare.

Il Codice ha un ambito di applicazione molto vasto, estendendosi anche a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico, ai titolari di organi o incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche e, infine, a coloro che collaborano con imprese fornitrici di beni o servizi operanti al servizio dell'amministrazione.

⁵⁰ Si vedano, in tal senso, le «Linee guida in materia di codici di comportamento delle pubbliche amministrazioni», contenute nella delibera n. 75 del 2013, adottate dalla Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche.

⁵¹ Il codice è stato emanato nelle forme previste per i regolamenti governativi dall'art. 17 l. n. 400/1988, con l'approvazione con d.P.R. previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

⁵² E. CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2002, pp. 319 – 361 evidenzia la debolezza formale del precedente Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni adottato con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione pubblica, 28 novembre 2000 e facendo comunque rinvio alla contrattazione collettiva.

⁵³ Così S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 1/2015.

⁵⁴ B.G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2013, pp. 928-929; F. MERLONI, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2013, p.365 e ss; E. CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *Law. p.a.*, 2017, p. 160.

Esso, come anticipato, ha contribuito a definire le tipologie di conflitti di interesse e i legami del pubblico dipendente rilevanti a tali fini; stabilisce, infatti, che il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici; le tipologie di legami considerati sono quelli del coniuge, dei conviventi, dei parenti e degli affini entro il secondo grado; per quanto concerne gli interessi finanziari, il dipendente è tenuto, in ogni caso, a comunicare tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati, in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni (art.6).

In questo turno di tempo che ci separa dall'approvazione della legge n.190/2012 e delle altre fonti attuative, si è posta un'interessante questione relativamente al rapporto tra il d.lgs. n. 39/2013, le norme del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (il c.d. TUEL) e le leggi regionali, eventualmente con il primo contrastanti. L'ANAC ha ritenuto in generale⁵⁵ che le norme contenute nel decreto legislativo n.39/2013 debbano prevalere, realizzandosi un fenomeno di abrogazione implicita e ha riaffermato l'orientamento in occasione del rilascio di un parere ritenendo che dovesse essere ritenuta abrogata anche la legge regionale che consentiva i comportamenti vietati dal predetto d.lgs. n.39/2013⁵⁶. Viene attribuita al dl.gs. n.39/2013 la natura di disciplina generale e di principio che, quindi, si impone nei confronti di norme di pari rango ad essa precedenti e, in assenza di disposizioni di abrogazione esplicita,

⁵⁵ Atto di segnalazione n. 7/2015.

⁵⁶ AG 60/2015/AC del 2015. La questione riguardava la possibilità di nominare, nell'ambito di consorzi industriali provinciali istituiti ai sensi dell'art. 31, comma 4, TUEL, alcuni rappresentanti degli enti locali, costituenti i predetti consorzi, a presidente e componenti dei relativi C.d.A., così come previsto da una legge regionale. L'Anac ha osservato che a differenza del TUEL, il d.lgs. n. 39 del 2013 è stato emanato in virtù della necessità di evitare il conferimento di incarichi, anche nel caso in cui l'attribuzione sia avvenuta ex lege, in potenziali situazioni di conflitto d'interesse – che possono crearsi fra controllore (organo politico) e controllato (amministrazione o società controllata) – ovvero di evitare che fra tali soggetti possano sussistere fenomeni d'eccessiva contiguità, in grado di agevolare l'elusione dell'obiettivo dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa e, in generale, dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa.

è da ritenere anche nei confronti di quelle di pari rango successive. La giurisprudenza amministrativa sembra confermare tale impostazione⁵⁷. In origine la legge n.190/ 2012 non conteneva espressi riferimenti al tema della prevenzione della corruzione riguardo le società partecipate dai pubblici poteri. Tuttavia, indicazioni normative specificamente rivolte alla prevenzione della corruzione nel settore, si sono avute nel d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, adottato in attuazione della l. n. 114/2014. Il d.lgs. n. 97/2016, per il tramite dell'art. 3, ha inserito nel d.lgs. n. 33/2013 l'art. 2-*bis*, inerente all'ambito soggettivo di applicazione, che è stato esteso appunto alle società partecipate di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (c.d. Testo unico società partecipate), con la sola esclusione delle società pubbliche quotate nei mercati regolamentati. L'art. 41 del d.lgs. n. 97/2016, invece, ha modificato la l. n. 190/2012 introducendo un comma 2-bis nell'art. 1; così facendo, nel novero dei soggetti destinatari del PNA, sono state incluse anche le società pubbliche.

La successiva normativa ha quindi imposto anche alle società partecipate dai pubblici poteri l'osservanza delle misure anticorruzione, sebbene con modalità semplificate; infatti, alle società pubbliche viene consentito di non adottare un piano triennale di prevenzione della corruzione, ma di integrare opportunamente i propri modelli di organizzazione e gestione ex d.lgs. n.231/2001.

Tale quadro normativo presenta, tuttavia, una criticità. L'art. 11, comma 8 del d.lgs. n. 175/2016, che stabilisce il divieto per gli amministratori delle società a controllo pubblico di essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti, ricalca quanto previsto dall'art. 9, comma 1 del d.lgs. n. 39/2013, ma avendo la prima disposizione carattere di specialità è da ritenere che prevalga su quest'ultima disposizione. Ora, mentre le violazioni dell'art. 9, comma 1 del d.lgs. 39 /2013 restano sotto la vigilanza dell'ANAC, le violazioni – di identico contenuto – dell'art. 11, comma 8 del d.lgs. n.175/2016 fuoriescono dall'ambito della suddetta vigilanza.

In questo settore, perciò l'Autorità si è limitata ad effettuare valutazioni a titolo meramente collaborativo⁵⁸. Al momento, infatti, risulterebbero

⁵⁷ Tar Sardegna, 29 luglio 2015, n. 972.

⁵⁸ Cfr. Delibera n. 1203 del 2017, dove l'Autorità ha ribadito la natura collaborativa dei propri accertamenti all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 11, comma 8 del d.lgs. n. 175/2016.

competenti ad applicare l'art. 11, comma 8, citato solo le rispettive amministrazioni controllanti in quanto titolari dei pacchetti azionari e tramite l'esercizio dei poteri dell'azionista.

5. Il conflitto di interessi c.d. 'strutturale' e dei titolari dei collegi delle Autorità indipendenti

Emerge dalla prassi dell'ANAC una figura di conflitto non tipizzato da fonti normative e nei confronti dei quali, *a fortiori*, l'Autorità non è dotata di formali poteri di accertamento che possano conseguire effetti giuridici cogenti. Si tratta di situazioni che rientrano nella nozione generale di conflitto di interessi, sopra ricostruita, ma che non sono risolvibili con la mera astensione dell'interessato.

Si possono richiamare alcuni esempi.

È stato ritenuto esservi conflitto tra la carica di presidente di un ente pubblico economico e quella di amministratore unico della società *in house* controllata dal primo, nel momento in cui il bilancio di quest'ultima società doveva essere approvato dall'ente controllante⁵⁹; un conflitto è stato individuato tra le cariche presso un'Autorità portuale, implicanti l'esercizio di poteri di controllo, e le posizioni presso soggetti privati legati da un rapporto strumentale all'Autorità portuale stessa⁶⁰; un conflitto è stato profilato tra la carica di presidente di un ente pubblico non economico e quella di presidente di una società privata vigilata, regolata e controllata dal primo⁶¹.

In tutti questi casi l'Autorità ha ravvisato «un rapporto di immedesimazione tra ente controllore e ente controllato, il tutto a scapito dell'imparzialità che deve permeare l'*agere* dell'amministratore pubblico»; pertanto, su

Inoltre, con l'Atto di segnalazione n. 2 del 7 febbraio 2018, contenuto nella delibera n. 134 approvata nel medesimo anno, l'Autorità ha escluso la sussistenza di una propria competenza di vigilanza per violazioni della norma poc'anzi richiamata in virtù dell'impossibilità di un'interpretazione analogica del regime previsto dall'art. 16 del d.lgs. n. 39/2013; a sostegno di tale posizione, l'Autorità ha posto il carattere eccezionale delle norme di cui al d.lgs. n. 175 del 2016 rispetto al d.lgs. n. 39/2013. L'applicazione dell'art. 11, comma 8 del d.lgs. n. 175/2016 è avvenuta anche nella delibera n. 465 del 2017.

⁵⁹ V. il parere dell'Autorità n. AG 76/15/AC del 2015.

⁶⁰ V. la Delibera n. 179 del 2017 e la delibera n. 378 del 2016.

⁶¹ V. la delibera n. 756 del 2017.

tale presupposto, nonché in virtù del carattere generale e permanente del conflitto, non è stato ritenuto sufficiente il rimedio dell'astensione ex art. 6-bis della l. n. 241/1990, istituto applicabile esclusivamente in casi di conflitti di interessi episodici.

In questo ambito, rientra anche il caso dell'affermato conflitto tra il ruolo di presidente della Consob e lo *status* di azionista di una società britannica operante nei mercati finanziari⁶².

Quest'ultimo caso è anche paradigmatico per illustrare un'altra lacuna normativa che riguarda l'assenza di efficaci rimedi ai conflitti di interessi dei titolari degli organi decisionali delle Autorità indipendenti.

Nel caso ricordato, l'ANAC ha specificato che l'amministrazione competente a individuare un possibile conflitto di interessi era – e a legislazione vigente è – esclusivamente la Consob, così come del resto accade anche per le altre Autorità indipendenti, e si è limitata, dunque, ad affermare la situazione di conflitto di interessi sotto un duplice profilo. Un primo profilo emergeva in considerazione del caso in cui la società in questione e gli strumenti finanziari dalla stessa emessi sul mercato fossero rientrati nella sfera di esercizio dei poteri di regolazione e di vigilanza di Consob. Sebbene, invero, nella specie la Consob avesse affermato di non aver mai esercitato poteri nei confronti della società stessa, l'ANAC ha, correttamente, ritenuto di non poter escludere che l'attività del fondo di investimento in questione avrebbe potuto un giorno essere svolta anche sul mercato italiano e, pertanto, sarebbe potuta rientrare nella sua sfera di controllo. L'Autorità ha, tuttavia, anche precisato che questa prima tipologia di conflitto di interessi, derivante dalla immedesimazione tra il controllore e il controllato si configura come un conflitto puntuale, limitato a singole decisioni del controllore nei confronti del soggetto controllato al quale è legato da un interesse attinente alla sfera privata e che è neutralizzabile con il rimedio dell'astensione del controllore. La seconda tipologia di conflitto di interesse, invece, veniva invece evidenziata con riferimento alla possibilità per il presidente di Consob di avere accesso a informazioni riservate utili per la gestione del fondo stesso, a prescindere del tutto quindi dall'esercizio concreto della vigilanza da par-

⁶² V. la delibera n. 192 del 2019.

te della stessa Consob sul fondo stesso. Ferma restando la configurabilità di fattispecie illecite penali o amministrative conseguenti all'utilizzo di tali informazioni, la mera possibilità del funzionario pubblico, titolare di interessi privati in società che operano quotidianamente nell'ambito dei mercati azionari, di acquisire informazioni riservate relative ai medesimi mercati, in virtù dell'esercizio del proprio *munus*, a opinione dell'ANAC, evidenzia una situazione di conflitto di interessi strutturale non risolvibile con l'astensione.

L'episodio, come premesso, illustra una situazione comune a tutti i collegi delle autorità indipendenti ai quali certamente si applicano le norme generali in materia di conflitti di interessi, ma in relazione a cui non sussistono poteri di vigilanza di alcuna autorità esterna e diversa dai collegi medesimi. Si tratta, infatti, sempre di una forma di autovigilanza. In definitiva, nelle ipotesi illustrate, l'ANAC ha ritenuto, a ragione, integrate ipotesi di conflitti di interessi che, seppur non previste espressamente dal dettato normativo sono in grado di influenzare l'esercizio indipendente, imparziale e obiettivo della funzione pubblica rivestita e, per tale ragione, quindi sarebbe forse auspicabile una normativa *ad hoc*.

6. Il conflitto di interessi nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.50/2016) e nel nuovo Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78

Ai sensi dell'art. 42, comma 2, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.50/2016) «Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62».

La giurisprudenza, come già ricordato al paragrafo 1, ha avuto modo di chiarire che l'ipotesi di conflitto d'interessi, in questo settore, «deve

essere supportata da elementi da elementi concreti, specifici ed attuali»⁶³ e, con riferimento all'art. 42, comma 2 citato, ha affermato che «per le sue descritte caratteristiche funzionali, la disposizione in parola è quindi da intendersi come norma *lato sensu* “di pericolo”, in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare»⁶⁴.

Si è già chiarito al paragrafo 1 come sia invalsa un'interpretazione sistematica dell'art. 42 d.lgs. n. 50/2016 con le altre fonti normative che disciplinano il conflitto di interessi e che ha condotto al risultato di ritenere che anche le fattispecie non tipizzate dovrebbero sempre essere circoscrivibili a situazioni almeno analoghe a quelle tipizzate.

L'art. 42 citato ha costituito una novità nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. La previsione è in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁵ che attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici un ruolo attivo nell'applicazione dei principi di aggiudicazione degli appalti pubblici. Secondo tali orientamenti, l'amministrazione aggiudicatrice è, in ogni caso, tenuta a verificare la sussistenza di eventuali conflitti di interessi e ad adottare le misure adeguate al fine di prevenire, di individuare i conflitti e di porvi rimedio.

Il legislatore nazionale ha previsto che, qualora il soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante versi in una delle ipotesi di cui al comma 2 dell'art.42, questi ha l'obbligo di darne comunicazione alla stazione appaltante e di astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione. La mancata osservanza, fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, costituisce fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico.

L'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 42 del vigente Codice dei contratti pubblici si estende a tutte le procedure di aggiudicazione di

⁶³ Cons. St, Sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581.

⁶⁴ Così Cons. Stato, Sez. III, n. 355 del 2019 e Sez. V, n. 3048 del 2020; Sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151 e 29 marzo 2022, n. 2309.

⁶⁵ Corte giust., 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radioteleorasis e Ypourgos Epikrateias*, punto 45; Corte giust., Sez. V, 12 marzo 2015, C538/13 *eVigilo Ltd c. Priešgaisrines apsaugos ir gelbejimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*.

appalti e concessioni nei settori ordinari, sopra e sotto soglia; agli appalti nei settori speciali, in quanto compatibile, e agli appalti assoggettati al regime particolare di cui alla parte II, titolo VI, in forza dell'articolo 114, comma 1 del Codice; nonché ai contratti esclusi dall'applicazione del Codice medesimo, i quali, in virtù dell'art. 4, del medesimo Codice devono essere, in ogni caso, affidati nel rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento⁶⁶.

In riferimento all'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 42, la giurisprudenza amministrativa ha specificato che con l'espressione «personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi» di cui alla norma in questione, debbano intendersi non solo i dipendenti in senso stretto (lavoratori subordinati dei soggetti giuridici ivi richiamati), ma anche tutti coloro che, in base a un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, siano in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna⁶⁷. In definitiva, dunque, l'articolo 42 si applica ai soggetti che siano coinvolti in una qualsiasi fase della procedura di affidamento o che possano influenzarne in qualsiasi modo l'esito in ragione del ruolo ricoperto all'interno dell'ente⁶⁸.

L'articolo 42 del Codice dei contratti pubblici deve essere coordinato con l'articolo 80, comma 5, lettera d) del medesimo Codice, secondo il quale l'operatore economico è escluso dalla gara quando la sua partecipazione determini una situazione di conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 42, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, che non sia diversamente risolvibile.

⁶⁶ Cfr. Linee Guida dell'ANAC n. 15, approvate con delibera n. 494 del 2019, «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici», par. 3 «Ambito di applicazione oggettivo dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici». Il testo delle Linee Guida è stato elaborato tenendo conto delle istruzioni operative fornite dalla Commissione Europea - Ufficio Europeo per la lotta antifrode (OLAF) nella guida pratica per i dirigenti recante «Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali», adottate nel novembre del 2013 e dei contributi pervenuti dai soggetti intervenuti alla consultazione pubblica eseguita dall'ANAC a partire dal 18 ottobre 2019 ed è stato sottoposto al parere del Consiglio di Stato n. 667/2019 datato 05/03/2019.

⁶⁷ V. Cons. Stato, Sez. V, n. 3415/2017, e nello stesso senso, TAR Campania, Salerno, n. 524/2018.

⁶⁸ Cfr. il Piano nazionale anticorruzione per il 2022 in corso di approvazione.

Per dare un'applicazione costituzionalmente orientata alla lett. d) del comma 5 dell'art. 80, l'esclusione del concorrente dalla gara, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera d) del codice, deve essere una misura da disporre solo come *extrema ratio* quando sono assolutamente e oggettivamente impossibili sia la sostituzione del funzionario dipendente che versa nella situazione di conflitto di interessi, sia l'avocazione dell'attività al responsabile del servizio, sia il ricorso ad altre formule organizzative alternative. Inoltre, l'impossibilità di sostituire il dipendente, di disporre l'avocazione dell'affare o di ricorrere a formule alternative dovrebbe essere assoluta, oggettiva, motivata e dimostrata.

Merita un richiamo la disciplina relativa alla composizione della commissione aggiudicatrice contenuta nell'art.77 del Codice dei contratti pubblici e sistematizzata dall'Autorità in specifiche Linee Guida cui la giurisprudenza amministrativa sembra avere espressamente aderito.

Ai sensi dell'art. 77, comma 9 del Codice, incombe sui commissari di gara l'obbligo di dichiarare, al momento dell'accettazione dell'incarico, o in una fase antecedente, l'inesistenza di cause di incompatibilità o di astensione⁶⁹. L'assenza delle stesse deve persistere per tutta la durata dell'incarico e presuppone la sussistenza di un interesse attuale e diretto per potersi ravvisare un obbligo di astensione, imponendo, inoltre, l'allegazione di concreti elementi dai quali desumere l'effettiva incompatibilità, non potendo farsi riferimento ad elementi presuntivi e generici. Tali cause sono contemplate dai commi 4, 5 e 6 dello stesso articolo.

I commissari devono dichiarare di non aver svolto, né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, ai sensi del comma 4; di non aver ricoperto cariche di pubblico amministratore (componente di organo amministrativo, incarichi amministrativi di vertice), nel biennio antecedente alla procedura di aggiudicazione per l'amministrazione che ha indetto la gara, ai sensi del comma 5; e, in particolare, per quanto in questa sede interessa, l'assenza di qualsiasi causa di conflitto di interessi di cui all'art. 42 del Codice degli appalti, in virtù del rinvio operato allo stesso dal comma 6.

⁶⁹ Tale obbligo dichiarativo è stato interpretato dalla giurisprudenza amministrativa in termini alquanto stringenti Cons. Stato, Sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299.

I principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di nomina di commissari incompatibili nella commissione aggiudicatrice sono stati di recente estesi anche alle ipotesi di commissari in conflitto di interessi. Anche in tali casi, il Consiglio di Stato⁷⁰ ha ritenuto non ammissibile la semplice sostituzione di un componente in capo al quale sussiste un conflitto di interessi, affermando la necessità della sostituzione di tutti i commissari, così scongiurando ogni possibile influenza che l'attività di uno dei commissari in conflitto possa aver avuto nei confronti degli altri commissari durante le operazioni di gara. Quanto poi agli effetti di tale sostituzione sugli atti anteriori, la medesima giurisprudenza ha affermato che vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi alla nomina della commissione sostituita, ma non anche gli atti anteriori, in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle e non nei confronti degli atti a monte.

Inoltre, i giudici amministrativi⁷¹, anche con riferimento all'accertamento della sussistenza dell'eventuale conflitto di interessi dei commissari, hanno ribadito il ruolo attivo che deve caratterizzare l'operato dell'amministrazione appaltante, normativamente previsto dall'art. 77, comma 9, del Codice degli appalti. Invero la circostanza che il soggetto designato presidente della commissione non abbia compiutamente e preventivamente rappresentato alla stazione appaltante l'esistenza di una situazione di potenziale conflitto di interessi non è idonea ad evitare che possa essere poi invalidata la determinazione di nomina della commissione ovvero l'intera procedura di gara.

Infine, deve essere richiamata la disciplina sulle consultazioni di mercato disposta dall'articolo 67 del d.lgs. n. 50/2016 perché è volta a contrastare situazioni di possibile vantaggio a favore degli operatori economici che abbiano partecipato alla consultazione preliminare o alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto. Le consultazioni preliminari sono un istituto di uso facoltativo da parte della stazione appaltante

⁷⁰ V. Cons. Stato, n. 6299/2018 cit., ove si rinvia ai principi espressi da Cons. Stato, Sez. III, 6 agosto 2018, n. 4830.

⁷¹ V. Cons. Stato, n. 7170/2018, par. 4.3. Lo stesso principio è stato affermato dal Cons. Stato, n. 6299/2018, laddove si legge che «il fatto che il rilievo di eventuali legami sia rimesso all'auto-dichiarazione dei commissari medesimi, non rende il motivo di incompatibilità meno stringente o vincolante per l'Amministrazione, cui comunque è rimesso il controllo».

che risponde all'esigenza di consentire ad essa l'acquisizione di informazioni di mercato utili soprattutto per il caso di appalti aventi ad oggetto una spiccata componente tecnologica o innovativa. L'art. 66 del d.lgs. 50 del 2016 chiarisce che la consultazione del mercato avviene prima dell'avvio della procedura al fine di preparare l'appalto, di predisporre i requisiti e le specifiche dello stesso. In sede di parere sulle Linee Guida ANAC n. 14, il Consiglio di Stato ha chiarito che «*la naturale collocazione dell'istituto è nella fase successiva alla programmazione anche per evitare che si possa influire, in modo più o meno trasparente, proprio sull'atto di programmazione che, come è noto, è cruciale per la successiva attività della stazione appaltante*»⁷².

Un simile istituto, spesso molto utile alla stazione appaltante, non può produrre l'effetto di falsare la concorrenza tra i potenziali candidati. E perciò l'art.67 stabilisce che la stazione appaltante è chiamata ad adottare misure «adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso» e il comma 2 dell'art. 67 precisa che «qualora non sia in alcun modo possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura» (cfr. art. 80, comma 5, lett. e) d.lgs. n.50/2016). L'esclusione del candidato o dell'offerente deve intendersi come una *extrema ratio*⁷³.

Questione delicata e controversa è quella di stabilire quando in concreto possa considerarsi legittima l'esclusione di un offerente che abbia partecipato alle consultazioni preliminari di mercato. Un criterio di orientamento è quello secondo il quale la stazione appaltante dovrebbe procedere a escludere l'operatore economico che ha intenzionalmente influenzato l'esito dell'indagine di mercato⁷⁴, «non potendosi imputare all'operatore

⁷² Cons. Stato, parere 14 febbraio 2019, n. 445.

⁷³ La norma applica l'art. 41 della direttiva 2014/24/UE che ha positivizzato il principio affermato dalla Corte di giustizia, nella sentenza 3 marzo 2005, C-217/03, in base al quale l'aver partecipato ad una consultazione preliminare o alla preparazione della procedura non deve pregiudicare la partecipazione alla gara se l'operatore economico non ne ha ottenuto un vantaggio concorrenziale rispetto agli altri offerenti; ciò a patto che l'amministrazione sia in grado di garantire, attraverso misure adeguate, che la concorrenza non sia falsata. Sul punto si v. anche le Linee guida ANAC n.14, delibera del 161 del 6 marzo 2019, punto 4.4.

⁷⁴ Così le linee guida Anac n.14.

economico l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza a titolo di responsabilità oggettiva». In questa logica è stata ritenuta illegittima l'esclusione disposta ai danni di un offerente per il semplice fatto di aver partecipato alla fase di predisposizione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, in assenza nella motivazione di qualsiasi valutazione dell'esclusione riguardo l'apporto partecipativo concretamente addebitabile e suscettibile di influenzare il risultato finale⁷⁵. Coerentemente si è ritenuto necessario che il ricorrente interessato all'esclusione dell'aggiudicatario che ha partecipato alle consultazioni debba dimostrare che la partecipazione abbia procurato al medesimo aggiudicatario un concreto vantaggio concorrenziale⁷⁶. In ogni caso, deve sempre essere data agli interessati la possibilità di dimostrare che la loro partecipazione alla fase di consultazioni non abbia falsato la concorrenza⁷⁷.

In definitiva, la disciplina illustrata sembra profilare una fattispecie peculiare di conflitto di interessi derivante dall'indebito vantaggio concorrenziale ottenuto a causa della partecipazione alle consultazioni, ma che non si può esaurire nel mero fatto della partecipazione. Infatti, in questa fattispecie – a differenza di quanto visto riguardo alle situazioni di conflitto di interessi disciplinate come tali – l'illegittimità procedimentale – e quindi l'annullabilità dell'atto – si determina solo se si dimostra che dalla partecipazione alla consultazione è derivato un vantaggio concorrenziale concreto.

Il nuovo codice dei contratti, adottato in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici, di cui allo stato si conosce la versione in corso di esame parlamentare, stabilisce all'art. 16 la nuova disciplina del conflitto di interessi nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Nel testo attuale la nuova disposizione recita: «1. Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo,

⁷⁵ TRGA Trentino-Alto Adige, Bolzano, Sez. I, 20 aprile 2020, n. 98.

⁷⁶ TAR Molise, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 31.

⁷⁷ Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2023, 561.

il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia concreta ed effettiva alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione.

2. In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 1 ne dà comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e si astiene dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione».

La disposizione recepisce e consolida gli orientamenti giurisprudenziali ricordati al paragrafo 2. È stato un intento dichiarato dei codificatori quello di «perimetrare e rendere tassativa la nozione comunitaria, recependo gli insegnamenti della giurisprudenza nazionale in materia»⁷⁸ ciò in ragione del fatto che le situazioni di conflitto di interessi determinano gravi conseguenze giuridiche per l'interessato e per la pubblica amministrazione. Quanto al primo, incombe su di esso l'obbligo di dichiarazione che, se non assolto, integra una violazione di rilievo disciplinare e penale (323 c.p.). Per questa ragione, riprendendo alcuni spunti contenuti nel parere del Consiglio di Stato n. 667 del 5 marzo 2019 (reso sulle Linee guida ANAC in materia di conflitto di interessi), il nuovo comma 2 precisa che un conflitto di interessi si determina le volte in cui a un soggetto sia affidata la funzione di cura di un interesse altrui ed egli si trovi, al contempo, ad essere titolare di un diverso interesse la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato. È, quindi, riaffermato il principio secondo cui il conflitto di interessi non consiste in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di

⁷⁸ Relazione illustrativa allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", elaborato dalla Commissione presso il Consiglio di Stato, 7 dicembre 2022.

siffatti comportamenti, un rischio di danno. L'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione restano sono due aspetti distinti. Peculiare attenzione merita la connessione tra il nuovo principio di fiducia (anch'esso positivizzato nel nuovo codice all'art. 2⁷⁹), il principio di efficienza dell'azione amministrativa e la definizione di un inedito e specifico onere probatorio che incombe su chi invoca il conflitto. Questi deve dimostrare la minaccia all'imparzialità e all'indipendenza sulla base di presupposti specifici e documentati e deve riferirsi ad interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro.

Va avvertito che sul punto il nuovo testo potrebbe in astratto presentarsi a letture restrittive con ciò depotenziandosi l'efficacia dell'istituto. Il testo in corso di esame, infatti, soprattutto per gli oneri probatori che impone rischia di introdurre nel delicato settore dei contratti pubblici una nozione di conflitto più ristretta di quella esposta nell'art. 6-*bis* della legge n.241/1990 e che potrebbe essere in contrasto con le direttive europee⁸⁰. Si osserva che il problema potrebbe essere particolarmente acuto in considerazione della ribadita affermazione dell'esigenza di disciplinare adeguatamente il conflitto di interessi che si trova nel Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Ad oggi non esiste nel nostro ordinamento una disciplina specifica del conflitto di interessi

⁷⁹ Cfr. Articolo 2. del nuovo Codice dei contratti pubblici: «Principio della fiducia.

1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività».

⁸⁰ Particolarmente critica sul testo è l'ANAC. Si vedano le Osservazioni di ANAC in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19: «Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici» (articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78) depositate nel febbraio 2023.

per le attività finanziate sul PNRR alle quali, dunque, si applicano le regole generali illustrate⁸¹: sarà pertanto fondamentale che le nuove regole in corso di approvazione non inducano una dequotazione del divieto di agire in conflitto. In caso di mancata modifica del testo esaminato, spetterà, pertanto, alle amministrazioni appaltanti e alla giurisprudenza mantenere l'effettività del divieto che sino ad oggi è stata garantita.

7. Conclusioni

A dieci anni dalla legge n.190/2012, si può affermare che la disciplina del conflitto di interessi abbia raggiunto nell'ordinamento un elevato grado di compiutezza ed effettività. L'attività applicativa e interpretativa dell'ANAC e della giurisprudenza amministrativa, sopra ricordate, hanno contribuito a definire la fisionomia dell'istituto e a delineare le conseguenze della violazione del divieto di agire in conflitto sia per il funzionario e sia per l'attività amministrativa da esso compiuta. Importanti affermazioni giurisprudenziali hanno poi riguardato i poteri dell'Autorità stessa nell'ambito del d.lgs. n.39/2013.

Nondimeno, è possibile evidenziare alcune criticità anche alla luce della prassi applicativa dell'ANAC.

La disciplina generale del conflitto di interessi di cui all'art. 6-*bis* della legge n.241/90 non è stata accompagnata da una disciplina altrettanto

⁸¹ Si v. il Decreto ministeriale dell'11 ottobre 2021, Procedure relative alla gestione finanziaria delle risorse previste nell'ambito del PNRR di cui all'articolo 1, comma 1042, della legge 30 dicembre 2020, n. 178. Il d.l. n. 77 del 2021 recante "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure" (conv. con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021, n. 108) prevede all'art. 8 che le Amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR provvedano al coordinamento, monitoraggio, rendicontazione e controllo delle relative attività di gestione. A tal fine, dette amministrazioni possono avvalersi di una struttura di livello dirigenziale generale di riferimento, scelta fra quelle esistenti, o istituire un'apposita unità di missione di livello dirigenziale generale fino al completamento del PNRR. Il comma 4 della disposizione in esame, prevede poi che tale Struttura/Unità di missione "vigila sulla regolarità delle procedure e delle spese e adotta tutte le iniziative necessarie a prevenire, correggere e sanzionare le irregolarità e gli indebiti utilizzi delle risorse. Adotta le iniziative necessarie a prevenire le frodi, i conflitti di interesse ed evitare il rischio di doppio finanziamento pubblico degli interventi". Il funzionamento del sistema di gestione e controllo è sottoposto al controllo dell'Unità di Audit del PNRR istituita presso il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato (RGS).

Sul punto poi interviene anche il nuovo Piano nazionale anticorruzione del 2022 in corso di approvazione.

generale della ricusazione del funzionario pubblico incompatibile per conflitto di interessi⁸². Il superamento di tale lacuna potrebbe essere utile per garantire un più soddisfacente equilibrio tra garanzia di imparzialità e tutela dell'efficienza e della continuità dell'attività amministrativa, sollecitando il privato a operare in via preventiva e collaborativa.

Si registra poi un'incoerenza tra l'attribuzione all'Autorità del potere di accertare la nullità di un atto di conferimento dell'incarico in violazione delle regole poste dal d.lgs. n.39 del 2013 – accertamento qualificato come costitutivo di effetti giuridici – e la possibilità per il RPCT stesso di non conformarsi a tale accertamento. Una soluzione, tuttavia, potrebbe consistere nel riconoscere all'Autorità una legittimazione speciale ad agire innanzi al giudice amministrativo per far accertare l'eventuale illegittimità dell'attività – o dell'inerzia – del RPCT.

Manca poi una norma di chiusura del sistema che consenta di intervenire nei confronti dei c.d. 'conflitti strutturali', come anche non appare adeguatamente risolto il conflitto di interessi dei componenti dei collegi delle Autorità indipendenti. Infine, il nuovo codice dei contratti pubblici in corso di approvazione ridisciplina l'istituto. La lettera delle disposizioni, specialmente in tema di onere probatorio posto in capo al ricorrente, potrebbe in astratto prestarsi a letture restrittive che depotenzierebbero l'istituto: questo esito è da scongiurare.

⁸² In merito, si v. N. PAOLANTONIO, *Ricusazione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1, 2019, p. 53 ss.

La direttiva europea sul *whistleblowing* e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano (d.lgs. n. 24/2023)

Marco Magri

Il saggio propone una riflessione critica in merito alla direttiva (UE) n. 1937/2019, attuata in Italia con il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione. Dopo qualche cenno alla situazione attuale delle procedure di trasposizione nei 27 Stati membri dell'Unione, il contributo affronta le premesse culturali della direttiva e s'interroga sulla legittimità della sua base giuridica, sulla estraneità del modello da essa accolto ai principi delle due convenzioni internazionali contro la corruzione attuate dalla legge 190/2012, nonché sul possibile (già avvenuto) esaurimento della sua funzione. Le conclusioni si riannodano al tema della "effettività" del whistleblowing e alla dottrina (minoritaria) sull'importanza di vederlo pienamente affermato nonostante l'assenza dei whistleblowers.

1. La costruzione politica del whistleblower europeo

Il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, di attuazione della direttiva 1937/2019, verrà probabilmente accolto come un nuovo inizio della strategia di coinvolgimento dei lavoratori nella lotta alla corruzione, che la l. 6 novembre 2012, n. 190 aveva sintetizzato nella disciplina del *whistleblowing*, dando però l'idea di non essersi attrezzata a dovere: una munizione, si scrisse, in una legge con poche armi¹; ed ancora oggi, per i più, una figura che stenta a trasformarsi in una concreta prassi collaborativa.

Quando, nel 2018, la Commissione europea ha pubblicato la comunicazione nella quale ha annunciato al Parlamento europeo ed al Consiglio

¹ A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, in *Forum Quad. Cost.*, 29 marzo 2016.

di voler definire un «quadro strategico» per rafforzare la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione², l'Italia era uno dei dieci su ventotto Stati membri ad avere una legge sul *whistleblowing* (tra l'altro già assoggettata nel 2014 ad un primo «correttivo» e nel 2017 ad un'integrale riforma). Soltanto il Regno Unito, poi uscito dall'Unione europea, precedeva il nostro Paese, avendo emanato il *Public Interest Disclosure Act* nel 1998³.

La proposta della Commissione è poi scaturita, come sappiamo, nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2019 n. 1937, il cui recepimento si è perfezionato con il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, emanato in base all'art. 13 della l. 4 agosto 2022, n. 127 (legge di delegazione europea 2021), a seguito di apertura del procedimento di infrazione da parte della Commissione europea⁴.

Che la legge italiana dovesse essere riscritta in funzione della direttiva, era chiaro fin dalla proposta⁵. Che occorresse l'avvio di una procedura d'infrazione e poi un secondo atto di delegazione legislativa europea, scaduto inutilmente il primo (2019-2020)⁶, era più difficile da prevedere. Ma la vicenda che ha visto la direttiva largamente trascurata ha un respiro più ampio di quello nazionale.

Nessuno degli attuali ventisette Stati membri dell'Unione ha provveduto spontaneamente alla trasposizione entro il termine stabilito (17 dicembre 2021)⁷. Subito dopo la scadenza (gennaio 2022) ventiquattro Stati membri sono stati messi in mora dalla Commissione ai sensi dell'art. 258 TFUE. Ne è derivata l'emanazione di nuove leggi sulla tutela dei *whistleblowers* in

² Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, 23 aprile 2018, COM (2018) 214, *Rafforzare la protezione degli informatori a livello di Unione europea*, p. 1, nota 5.

³ Escluso il Regno Unito, gli altri Stati membri in possesso di una legge sulla tutela degli informatori erano Francia (2016), Ungheria (2013), Irlanda (2014), Lituania (2019), Malta (2013), Paesi Bassi (2016), Svezia (2016), Slovacchia (2019).

⁴ Procedimento n. 0106/2022 (lettera del 27 gennaio 2022).

⁵ M. MAGRI, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge n. 179 del 2017 sarà (a breve) da riscrivere?*, in *Federalisimi.it*, 2 ottobre 2019, n. 18/2019, p. 1 ss.

⁶ Art. 23, l. 22 aprile 2021, n. 53 (legge di delegazione europea 2019-2020).

⁷ Per le imprese con più di 50 e meno di 250 lavoratori, il termine di recepimento è il 17 dicembre 2023.

Francia⁸, Croazia, Cipro, Danimarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Portogallo e Svezia. Negli ultimi tempi le procedure di trasposizione della direttiva hanno registrato un'evoluzione in Germania⁹ ed in Spagna¹⁰ e sono in corso in tutti gli altri Stati dell'Unione. Soltanto l'Ungheria mantiene, per ora, la legge previgente¹¹.

L'inerzia delle democrazie europee nel recepimento della direttiva si è quindi trasformata in un generalizzato sommovimento dei quadri ordinamentali interni. D'altra parte persiste la scarsa utilizzazione dell'istituto e la mancanza di un'apprezzabile casistica giurisprudenziale.

Ci troviamo perciò davanti a un panorama normativo in trasformazione¹², in cui l'unico dato certo è che sono state gettate le basi di una disciplina armonizzata dell'istituto: è in cantiere la costruzione di un "whistleblower europeo" ed è su questo che conviene portare l'attenzione.

Nell'assumere tale angolo di visuale, fatta la debita parte alla novità e all'importanza dell'iniziativa, non ritengo però che il ragionamento possa farsi risalire a una ragione politica unificante, nel senso che in tanto prenderebbe consistenza la problematica attorno alla direttiva 1937/2019, in quanto si potesse imputarla a un meccanismo di produzione simile a quello degli Stati federali, come se si trattasse della creazione di una figura analoga (ammesso che esista) a quella del "whistleblower statunitense". Accostamento, come sappiamo, praticabile entro limiti ristrettissimi e per finalità soltanto descrittive. Eppure la giustapposizione è effettuata, talvolta forse inconsapevolmente, con il richiamo a quell'ordinamento quale patria, luogo di provenienza, campione esemplare della disciplina di cui si tratta. La problematica attorno al *whistleblowing* condivide con

⁸ Dov'è stata emanata la *loi* n. 2022-401 del 22 marzo 2022, finalizzata a migliorare la protezione dei *lanceurs d'alert* (attraverso la modifica della *loi* n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016, c.d. *Sapin II*).

⁹ Attualmente in una situazione di stallo: il testo della nuova legge (*Hinweisgeberschutzgesetz*) era stato approvato dal *Bundestag* il 16 dicembre 2022; ma è stato respinto il 10 febbraio 2023 dal *Bundesrat*.

¹⁰ *Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (121/000123), approvato dal Senato il 9 febbraio 2023 e rinviata alla Camera dei deputati.

¹¹ I dati provengono dalla piattaforma <https://www.whistleblowingmonitor.eu/>

¹² F. TUCCARI, *A informação como instrumento de prevenção do fenômeno corruptivo*, in *Ambiente Diritto*, 3, 2022, p. 23.

altri ambiti della politica anticorruzione (il FOIA, per stare all'esempio più celebre) la presupposizione che negli Stati Uniti, o negli ordinamenti di *common law*, esista un "istituto", una "cosa" chiamata *whistleblowing*, alla quale andrebbe tributato il ruolo di "modello", non trapiantabile *sic et simpliciter*, ma nella sostanza fecondo di indicazioni anche di ordine giuridico dommatico, potendo essere almeno nel suo nucleo essenziale – e con i doveri distinguo – adattabile a qualsiasi Stato di diritto. Intuizione nella quale ci sono elementi davvero prolifici, tranne la premessa, da cui è *bene* subito prendere le distanze: che il *whistleblowing* sia un "istituto" o una "cosa" dai contorni approssimativamente percepibili, e tanto meno un "cappello" che, una volta indossato dal lavoratore, gli conferisce la qualità di guardiano, di vedetta civica, di strumento di benessere della società democratica, con i suoi valori di legalità, integrità, trasparenza, oggi sempre più permeati dai loro contrappunti capitalistici (*compliance, due diligence, risk assessment, integrity management* e altri simili). A me pare che l'elemento paradigmatico degli Stati Uniti sia proprio la scarsa tenuta di simili suggestioni, così come di qualsiasi schema precostituito "unificante". L'esistenza di leggi federali sul *whistleblowing*, la loro utilizzazione da parte dei lavoratori e la casistica giurisprudenziale americana è per tradizione più ricca di quella dell'Unione europea (almeno nell'Unione a ventisette, escludendo il Regno Unito). La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti continua ad offrire un contributo costante all'interpretazione delle varie leggi federali sul *whistleblowing*. Di conseguenza anche la riflessione degli studiosi, potendosi concentrare su casi concretamente controversi, ha occasioni di sviluppo e di dibattito su tematiche che nel nostro ordinamento non si sono mai poste¹³. Ma non è solo questione di maturità dell'uno o dell'altro sistema. Occorre guardare alla diversità della Costituzione, della forma di Stato, della legislazione statunitense, federale e non, che come in tutti gli ordinamenti

¹³ Il 6 dicembre 2022, per esempio, si è tenuta dinanzi alla Corte Suprema l'udienza di discussione di una controversia (*Polansky v. Executive Health Resources, Inc.*) nella quale si discute se ed in che limiti il *Department Of Justice* (DOJ) intervenuto in una causa civile promossa con azione surrogatoria dal *whistleblower* per conto del Governo (ai sensi del *False Claims Act*, v. nota successiva), abbia il diritto di ottenere dal giudice l'archiviazione del caso senza offrire alcuna motivazione (contro la volontà del segnalante), dopo aver inizialmente rifiutato di procedere contro il responsabile delle violazioni; questione risolta dalla *District Court* a favore del Governo (<https://www.law.cornell.edu/supct/cert/21-1052>).

di *common law* tende a ripiegare su esigenze pratiche e non bada più di tanto a principi unificatori. Non può stupire che negli Stati Uniti non esista una disciplina organica del *whistleblowing*, ma un insieme di leggi settoriali, ciascuna con il proprio ambito d'applicazione e il proprio regime di condizionalità. Secondo alcune leggi, ad esempio, i canali di segnalazione interna devono essere attivati prima di quelli esterni, in altre è previsto l'esatto opposto. Nel 2018 la Corte Suprema degli Stati Uniti¹⁴, chiamata ad applicare una legge federale che imponeva al lavoratore di indirizzare la segnalazione ad un'autorità amministrativa federale (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 2010), ha stabilito che l'inosservanza di tale formalità impedisce al lavoratore stesso, in caso di atto ritorsivo, di invocare la speciale tutela del *whistleblower*. Il che non si rinviene in altre leggi statunitensi, come il *Sarbanes Oxley Act*, là dove al contrario, come nella direttiva europea 1937/2019, per il *whistleblower* è d'obbligo anzitutto cercare protezione presso il proprio datore di lavoro, mentre la segnalazione all'autorità federale è considerata un rimedio residuale. Alcune leggi federali prevedono premi per il *whistleblower*, talvolta accordandogli la tutela processuale tipica di un diritto a contenuto patrimoniale, come nel caso del *False Claims Act*, che permette di citare in giudizio, in nome del Governo, il responsabile di una frode, per ottenerne la condanna e, in tal caso, vedersi riconosciuta una percentuale sulla somma recuperata¹⁵. Ma incentivi e ricompense non sono sempre stabiliti e non possono ritenersi un principio generale dell'ordinamento statunitense¹⁶. Lo stesso fenomeno si riproduce nei rapporti con gli Stati federati, le cui leggi sul *whistleblowing* non sono armonizzate o ravvicinate (né dovrebbero esserlo) e non garantiscono, pertanto, un livello di protezione omogeneo. Questo può creare problemi d'interpretazione, anche delicati, che di solito si risolvono nella massima

¹⁴ U.S. Supreme Court, *Digital Realty Trust, Inc. v. Somers*, No. 16-1276, 21 febbraio 2018. Per qualche altra considerazione sul caso (e più ampiamente, sul tema), M. MAGRI, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata*, cit., p. 11.

¹⁵ 31 U.S. Code § 3730.

¹⁶ Per qualche indicazione, C. HICKEY, *Incentivizing Whistleblowing in the United States Qui Tam, Anti-Retaliation and Cash-For-Information, Neue Kriminalpolitik*, 2015, p. 388 ss.; G.C. RAPP, *Beyond Protection: Invigorating Incentives for Sarbanes-Oxley Corporate and Securities Fraud Whistleblowers*, in *Boston University Law Review*, 2007, p. 91 ss.

per cui le *whistleblowing laws* federali prevalgono in applicazione della c.d. *supremacy clause*. Sempre a proposito di norme sul *whistleblowing* ricavate dalla Costituzione statunitense, la Corte suprema non dubita che il diritto del lavoratore di esprimersi su questioni d'interesse generale possa beneficiare della protezione del Primo emendamento della Costituzione¹⁷. Anche qui però occorre intendersi, poiché, se talvolta si è reso necessario il ricorso alla *first amendment clause*, nella maggior parte dei casi le controversie chiamano le leggi federali ad operare secondo la loro funzione tipica, che è quella di valutare se sia esonerato da responsabilità un comportamento del lavoratore che, per sua natura giuridica, sarebbe da qualificarsi come comportamento illecito, in quanto tenuto in violazione dei doveri di segretezza. Voglio dire, anche se può apparire banale, che la tutela contro l'atto ritorsivo è assicurata anche al lavoratore che abbia trasmesso la segnalazione ad un'autorità (o l'abbia resa di pubblico dominio) senza esprimere una propria *opinione* in merito alle circostanze¹⁸. Naturalmente, muoversi in un tale groviglio può complicarsi enormemente; difatti esiste una consolidata tradizione anche in termini di supporto, guida e consulenza esterna per i lavoratori che intendono segnalare illeciti.

Altre cose bisognerebbe ricordare; ma qui non stiamo studiando il sistema americano. Premeva sottolineare la sua peculiarità e la sua frammentazione; tanto pronunciata da rendere semplificante persino l'affermazione, ovunque ripetuta, che in esso stia *l'origine del whistleblowing*.

Ho insistito su questi aspetti perché vi si trova un utile indizio per la valutazione della direttiva 1937/2019. Gli atti di diritto derivato dell'Unione europea non possono ispirarsi a una *supremacy clause*. Possono far valere il loro primato sugli ordinamenti nazionali soltanto se e nei limiti in cui rispettino la ripartizione di competenze stabilita dai Trattati¹⁹.

¹⁷ S. STILL, *A Public Concern: Protecting Whistleblowers Under the First Amendment*, in *Fordham L. Rev.* 88(4), 2020,, p. 1543 ss.

¹⁸ Del resto, come nota A. MANSBACK, *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia*, in D. LEWIS W. VANDEKERCKHOVE (a cura di), *Whistleblowing and Democratic Values*, p. 12 ss., 15, strumenti di *whistleblowing* possono esistere sia in regimi democratici che in regimi non democratici (e non necessariamente per "bene pubblico").

¹⁹ M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, To-

Ora, s'intuisce nella direttiva 1937/2019 un'incrinatura di questo schema, una sorta d'imitazione del sistema statunitense, non perché l'atto voglia copiare il "modello" statunitense del *whistleblowing*, che non esiste – e non sarebbe comunque quello accolto dalla direttiva – ma per il *metodo* con il quale l'Unione ha proceduto, facendosi portatrice di una sorta di *preemption doctrine* che in effetti ricorda il comportamento di uno Stato centrale in un ordinamento federale.

Al di là del ricorso alla formula dell'armonizzazione minima²⁰ – che di per sé, com'è noto, ha dato prova di non poter esprimere una precisa misura di competenza²¹ – la reale portata preclusiva dell'atto nei confronti degli Stati membri dipende dallo spazio che l'Unione vuole pragmaticamente occupare, da quanto potere le sue «norme minime di tutela» sottraggono concretamente agli ordinamenti nazionali. Nel caso della direttiva sul *whistleblowing*, l'Unione si prende il terreno che le serve, rispetto agli Stati membri, con un classico e nemmeno troppo mascherato esercizio di sovranità: concedere protezione in cambio di obbedienza e fedeltà: lo Stato garantirà alla soffiata un elevato livello di tutela, se sarà denunciata una violazione del diritto dell'Unione. Ma poiché l'Unione non appartiene al genere degli ordinamenti nazionali, anzi è un singolare accorpamento di elementi nazionali e sovranazionali, essa non afferma la sua autonomia con il linguaggio dello Stato unitario, né con quello dello Stato federale, bensì, coerentemente alla sua natura di *unicum* storico, individuando direttamente i lavoratori europei come beneficiari di un livello di tutela *standard*, correlato ad un "ruolo" che gli Stati membri non possono intralciare: il ruolo di "base" o "vedetta" dell'Unione; non un lavoratore come tutti gli altri, ma una sorta di avamposto degli strumenti di verifica della *primauté* del diritto comunitario. Torna in mente la dottrina della Corte di giustizia sull'effetto diretto, affermata fin dalla sentenza *Van Gend & Loos*: «la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere

rino, Giappichelli, 2005, p. 185 ss., 192.

²⁰ Gli Stati membri possono introdurre o mantenere «disposizioni più favorevoli ai diritti delle persone segnalanti» (art. 25); disposizione prescritta anche dall'art. 13, comma 1, lett. c) della legge di delegazione (n. 127/2022).

²¹ A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, p. 171.

nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, *ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini*²². Su tale dottrina l'atto in esame costruisce una perfetta logica di scambio: il lavoratore che porti a conoscenza delle autorità – o, nel caso in cui queste ultime omettano di ascoltarlo, divulghi all'opinione pubblica – violazioni o altri fatti che frustrino l'effettività del diritto dell'Unione, avrà garantito dagli Stati membri un livello minimo di protezione, calibrato sulla falsariga degli schemi di tutela dei diritti umani, segnatamente della "libertà di espressione"²³. La raffinatezza con la quale la direttiva definisce, il lavoratore, «persona segnalante», è tutta in questa sfera²⁴.

Sembra invece di secondaria importanza agli occhi dell'Unione che gli Stati membri salvaguardino l'unità dell'ordinamento giuridico del lavoro. Non solo perché è data agli Stati membri la potestà di creare regimi differenziati tra il lavoratore fedele all'ordinamento nazionale e il lavoratore fedele all'ordinamento Unione – di stabilire, cioè, che solo la segnalazione o la divulgazione di violazioni del diritto dell'Unione benefici del livello di protezione stabilito dalla direttiva, lasciando ad altra legge le denunce di violazione del diritto nazionale, non di derivazione comunitaria – ma anche per la facoltà degli Stati membri di esonerare dall'obbligo d'istituire canali di segnalazione interna i comuni con meno di 10.000 abitanti e le imprese con meno di 50 lavoratori²⁵. Spetta dunque

²² Corte giust., 5 febbraio 1963, C-26/62, *Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend&Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*. Si leggano in proposito le considerazioni di R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, Franco Angeli, 2021, p. 145 ss.

²³ Cfr. D. SANTORO, M. KUMAR, *Speaking Truth to Power – A Theory of Whistleblowing*, Springer, 2018; per un'esemplare esaltazione del modello, G. FASANO, *La vigilanza collettiva interna nella politica di prevenzione della corruzione: l'interesse all'integrità della pubblica amministrazione qualifica una posizione giuridica attiva azionabile dal singolo. Prospettive di riforma della disciplina verso un nuovo modello di pubblico impiego*, in *Federalismi.it*, 14, 2020, p. 138 ss.

²⁴ M. VITALETTI, *La direttiva europea in materia di whistleblowing. Effetti e ricadute sulla tutela della 'persona' nel diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2, 2020, p. 447 ss., in part. 449.

²⁵ Rimane la facoltà degli Stati membri, richiamata dal considerando n. 49, «di incoraggiare» questi soggetti «a istituire canali interni per la segnalazione e il relativo seguito, anche prevedendo per detti canali requisiti meno prescrittivi rispetto a quelli stabiliti dalla presente direttiva, purché tali requisiti garantiscano la riservatezza e il seguito diligente della segnalazione». Il problema dell'effetto potenzialmente discriminante della direttiva non è però, solo per ciò, attenuato. Non sorprende che la Corte dei Conti U.E., nel parere sulla proposta di direttiva (n. 4/2018,

agli Stati membri il compito di evitare che l'attuazione della direttiva porti alla creazione di regimi differenziati, dai quali possano derivare, non appena si trascorra al concreto dell'esperienza giuridica, disparità di trattamento dei lavoratori rispetto al medesimo "diritto" di agire come *whistleblowers*, che sarebbero di assai dubbia compatibilità con l'art. 3 Cost.²⁶. Identiche osservazioni andrebbero svolte in merito alla facoltà degli Stati membri, concessa dall'art. 8.1. della direttiva, di escludere le parti sociali dall'istituzione di canali e procedure di segnalazione interna (lo strumento della previa «consultazione» o dell'«accordo» è obbligatorio solo «se previsto dal diritto nazionale»); prerogativa che, se fosse esercitata, entrerebbe probabilmente in tensione con lo stesso art. 3 e con i principi costituzionali sulla tutela del lavoro e delle libertà sindacali²⁷. La tutela del *whistleblower* europeo è insomma una garanzia che l'Unione offre ai lavoratori come "cittadini europei", senza preoccuparsi troppo né della loro fedeltà o appartenenza ad una nazione, né del sistema di relazioni sociali e industriali in cui essi concretamente vivono²⁸.

in G.U.E. 9 novembre 2018, C/405/1 ss.), sia arrivata a ipotizzare che clausole di esonero come l'art. 8.9. possano «ridurre significativamente la protezione concessa alle persone segnalanti».

²⁶ Il che sembra potersi evitare solo creando un regime unico di tutela per la segnalazione delle violazioni, siano esse del diritto dell'Unione o del diritto nazionale; come ha fatto – non è un caso – il Governo italiano nel d.lgs. n. 24/2023. In dottrina si era d'altronde già osservato che evitare il "doppio regime" facoltizzato dalla direttiva 1937/2019 fosse la strada più conforme al principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.), per gli effetti «nefasti» che si produrrebbero se si «tutelasse in modo differenziato il lavoratore che segnala un illecito consistente nella violazione del diritto UE rispetto a quello che si "limiti" a segnalare un illecito interno, magari più grave» (G. ARMONE, *Whistleblowing e direttiva 1937/2019/UE: questioni lavoristiche e non*, in *Diritti lavori mercati*, 2021, p. 573 ss., 584). Confermata è invece, nell'art. 2 lett. q) d.lgs. n. 24/2023, l'esclusione dall'ambito di applicazione del *whistleblowing* dei soggetti privati con meno di 50 dipendenti (alcune notazioni critiche si trovano nel *Position Paper* di Confindustria, in *Giur. Penale Web*, 25 gennaio 2023, <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2023/01/position-paper-confindustria.pdf>, p. 1); mentre una distinta previsione sembra foriera di problemi di non piccola portata: si tratta della possibilità, che la direttiva prevede per i soggetti del settore privato con un numero di lavoratori compreso tra 50 e 249 (art. 8.6) di «condividere le risorse per il ricevimento delle segnalazioni e delle eventuali indagini da svolgere» (cfr. doc. ult. cit., p. 5), anche questa facoltà è contemplata dal d.lgs. n. 24/2023 (art. 4 comma 4), estesa ai Comuni diversi dai Capoluoghi di Provincia.

²⁷ Già può suscitare qualche perplessità la scelta del d.lgs. n. 24/2023 di limitarsi (art. 4) a prescrivere che siano «sentite» le rappresentanze o le organizzazioni sindacali di cui all'articolo 51 d.lgs. n. 81/2015.

²⁸ Sull'ampissimo e fondamentale argomento, che qui incidentalmente si tocca, mi sia consentito di rinviare a M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato*, Modena, Adapt University Press, 2019 (dottrina *ivi* citata).

2. Dubbi sulla base giuridica della direttiva 1937/2019

Così concepita, la nuova figura resta peraltro assai sfocata; e non solo per vicende legate al tardivo adempimento di tutti gli Stati membri agli obblighi derivanti dalla direttiva. I problemi vengono anche dall'interno del diritto dell'Unione. Una prima, importante questione – sulla quale si è, a me pare, finora ingiustamente sorvolato – riguarda proprio la base giuridica della direttiva stessa.

Il *whistleblower* “europeo” è una costruzione politica, ma giuridicamente l'Unione può agire solo nei limiti delle competenze attribuitele dai Trattati (art. 5 TUE). Può darsi che la base giuridica dell'atto in esame sia desumibile in modo implicito²⁹, ma il dubbio resta: su quali norme dei Trattati si fonda la competenza alla «tutela delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione»?

Il preambolo della direttiva ne richiama un numero anormalmente elevato: dodici, di cui undici del TFUE (articoli 16, 43.2, 50, 53.1, 91, 100, 114, 168.4, 169, 192.1, 325.4) e una del Trattato Euratom (art. 31), non connesse, né tra di loro, né alle disposizioni sostanziali del testo.

Le disposizioni sostanziali della direttiva, come s'è anticipato, vogliono realizzare un'armonizzazione “minima” delle legislazioni nazionali («norme minime comuni») a protezione dei lavoratori che segnalano le violazioni descritte dall'art. 2.1. (ambito di applicazione materiale dell'atto).

Tali violazioni si presentano suddivise in tre categorie. Il gruppo di cui alla lettera a) riguarda le violazioni di atti emanati dall'Unione nei dieci «settori» ivi elencati, precisamente: (i) appalti pubblici; ii) servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; iii) sicurezza e conformità dei prodotti; iv) sicurezza dei trasporti; v) tutela dell'ambiente; vi) radioprotezione e sicurezza nucleare; vii) sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; viii) salute pubblica; ix) protezione dei consumatori; x) tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei

²⁹ In ogni caso, che vi fosse un problema di base giuridica della direttiva sembra essere in qualche modo emerso in sede legislativa. Si veda il parere della Commissione Giuridica del Parlamento Europeo del 26 novembre 2018, nel corso dei lavori preparatori, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398_IT.html#_section3 (illustrato dal Pres. On. P. Svoboda) su alcuni emendamenti alla base giuridica, poi non accolti da Parlamento, ma significativi di una certa difficoltà di individuazione delle norme del TFUE da indicare nel preambolo dell'atto.

sistemi informativi. Alla lettera b) vengono richiamate le violazioni «che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui all'articolo 325 TFUE»³⁰. Alla lettera c) figurano le violazioni «riguardanti il mercato interno, di cui all'articolo 26, paragrafo 2, TFUE»³¹.

Il comportamento del *segnalare*, nella direttiva, acquista il significato di *rivolgersi all'interno dell'organizzazione o interpellare un'autorità esterna competente a ricevere la denuncia*; il *divulgare* è invece rendere di dominio pubblico le informazioni sulle violazioni acquisite nell'ambito delle proprie attività professionali. La direttiva non distingue tra dipendente pubblico e privato, né tra lavoratore subordinato (pubblico o privato) e lavoratore autonomo o imprenditore (art. 49 TFUE). Prevede inoltre il «facilitatore», persona (fisica) che «assiste» il segnalante, a cui vengono garantite le stesse misure di protezione previste dal capo VI (tutela contro gli atti ritorsivi, misure di sostegno, clausole d'esonero da responsabilità).

Il significato del termine *violazione* è oggetto di una nozione ampia, che affianca agli «illeciti» i comportamenti che semplicemente «vanificano l'oggetto o la finalità delle norme».

Le informazioni denunciabili includono i «*fondati sospetti*» su violazioni anche «*potenziali*» che si sono verificate o che «*molto verosimilmente potrebbero verificarsi*». L'avverbio *verosimilmente* sembra sottintendere che la verità dei fatti può essere anche una verità «putativa». Il criterio della verità putativa è richiamato al considerando n. 32, che dichiara protetto dalla direttiva chi abbia «ragionevoli motivi» di ritenere che i fatti da lui segnalati siano veri: mentre esclude «le segnalazioni dolose e futili o infondate» provenienti da chi ha «fornito deliberatamente e scientemente informazioni errate o fuorvianti».

Si noti però che la condizione posta dall'art. 21 per l'esonero del lavoratore da responsabilità non è legata alla verità, obbiettiva o putativa, ma alla circostanza che il *whistleblower* abbia fondati motivi di ritenere che

³⁰ «E ulteriormente specificate nelle pertinenti misure dell'Unione».

³¹ «Comprese violazioni delle norme dell'Unione in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, nonché violazioni riguardanti il mercato interno connesse ad atti che violano le norme in materia di imposta sulle società o i meccanismi il cui fine è ottenere un vantaggio fiscale che vanifica l'oggetto o la finalità della normativa applicabile in materia di imposta sulle società».

la segnalazione o divulgazione sia «*necessaria per rivelare una violazione ai sensi della direttiva*»³². Ciò significa che, se da un lato rimane ferma l'esclusione delle segnalazioni «dolose e futili o infondate», d'altro lato il *whistleblower* "europeo" non ha un dovere di ricerca della verità. È protetta insomma qualsiasi segnalazione in buona fede, al limite anche l'illazione non verificata; l'importante è che si dimostri frutto di una prognosi diligentemente condotta in merito alla proficuità del *whistleblowing*. È invece indispensabile, nella logica accolta dal legislatore comunitario, che la segnalazione o divulgazione sia fatta «conformemente alla presente direttiva» sotto il profilo del rispetto della scala di priorità tra segnalazione e divulgazione. Il lavoratore non beneficia di clausole di esonero da responsabilità per erronee valutazioni "interstiziali", quelle sul soggetto *al quale rivolgersi*: all'interno dell'organizzazione, ad un'autorità esterna, o se rendere l'informazione di pubblico dominio.

In merito alle modalità con cui fare la segnalazione, la direttiva obbliga gli Stati membri ad assicurarsi che gli enti pubblici e i soggetti privati (con almeno 50 lavoratori³³) istituiscano canali di segnalazione interna³⁴ progettati, realizzati e gestiti in modo tale da garantire la riservatezza dell'identità della persona segnalante e la protezione degli eventuali terzi, nonché a verificare che la segnalazione abbia un seguito. Viene così previsto un meccanismo di autocontrollo che dovrebbe precedere³⁵ l'uso dei canali di segnalazione esterna, ma solo se la denuncia può essere efficacemente trattata a livello interno e non vi è il rischio di ritorsioni (valutazione che spetta ovviamente in prima battuta al denunciante).

La segnalazione esterna, cioè la comunicazione scritta od orale alle autorità competenti, è quindi concepita come strumento tendenzialmente sussidiario (articoli 10 ss.).

³² Art. 21.

³³ Art. 8.3.

³⁴ Gli Stati membri possono esonerare da tale obbligo i comuni con meno di 10.000 abitanti o con meno di 50 lavoratori (art. 8.9). Dal combinato disposto dei paragrafi 7 e 9 si evince che, per i soggetti giuridici del settore privato con meno di 50 lavoratori, gli Stati membri possono far dipendere l'obbligo di istituire canali e procedure di segnalazione interna da un'analisi del livello di rischio dell'attività, in particolare per l'ambiente e la salute pubblica.

³⁵ Gli Stati membri devono «incoraggiarlo» (art. 7.2.).

Quanto alla divulgazione pubblica dell'informazione, essa consente al lavoratore di beneficiare della protezione prevista dalla direttiva se egli, prima di rendere l'informazione di dominio pubblico, ha effettuato la segnalazione interna ed esterna, senza che ciò abbia sortito alcun seguito. Il diritto alla tutela c'è però anche quando il lavoratore aveva fondati motivi di ritenere che la violazione potesse costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse o che sussistesse il rischio di ritorsioni o, ancora vi fossero scarse prospettive che la violazione venisse affrontata efficacemente³⁶.

Proprio come la sussidiarietà dell'art. 118 Cost., il rapporto tra le diverse vie (segnalazione interna, segnalazione esterna, divulgazione pubblica) è quindi sempre bilanciato da un canone di adeguatezza e di proporzionalità, che in definitiva rimette la scelta al prudente apprezzamento della persona segnalante. Si ripete che, mentre può andare esente da responsabilità il segnalante che dice il falso, credendo di dire la verità, non lo è il segnalante che dice il vero, commettendo però un errore sul «canale» di segnalazione o credendo erroneamente sussistenti i presupposti della divulgazione.

Infine, viene l'obbligo degli Stati membri di vietare gli atti ritorsivi³⁷ e di provvedere affinché i *whistleblowers* abbiano accesso a misure di sostegno (art. 20). L'art. 21 è interamente dedicato alle diverse discipli-

³⁶ «Come nel caso di occultamento o distruzione di prove oppure il caso in cui l'autorità potesse essere collusa con l'autore della violazione o coinvolta nella violazione».

³⁷ La cui tipologia è specificata dall'art. 19: il «licenziamento, la sospensione o misure equivalenti; b) la retrocessione di grado o la mancata promozione; c) il mutamento di funzioni, il cambiamento del luogo di lavoro, la riduzione dello stipendio, la modifica dell'orario di lavoro; d) la sospensione della formazione; e) note di merito o referenze negative; f) l'imposizione o amministrazione di misure disciplinari, la nota di biasimo o altra sanzione, anche pecuniaria; g) la coercizione, l'intimidazione, le molestie o l'ostracismo; h) la discriminazione, il trattamento svantaggioso o iniquo; i) la mancata conversione di un contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro permanente, laddove il lavoratore avesse legittime aspettative di vedersi offrire un impiego permanente; j) il mancato rinnovo o la risoluzione anticipata di un contratto di lavoro a termine; k) danni, anche alla reputazione della persona, in particolare sui social media, o la perdita finanziaria, comprese la perdita di opportunità economiche e la perdita di reddito; l) l'inserimento nelle liste nere sulla base di un accordo settoriale o industriale formale o informale, che possono comportare l'impossibilità per la persona di trovare un'occupazione nel settore o nell'industria in futuro; m) la conclusione anticipata o l'annullamento del contratto per beni o servizi; n) l'annullamento di una licenza o di un permesso; o) la sottoposizione ad accertamenti psichiatrici o medici».

ne dei casi in cui i lavoratori «non incorrono in alcuna responsabilità», anche penale (par. 7), per avere segnalato o, secondo i casi, divulgato le informazioni «conformemente alla direttiva».

Ripercorso per sommi capi il contenuto dell'atto, la valutazione della base giuridica imporrebbe adesso di chiedersi qual è il suo scopo (o il suo scopo *preponderante*), per cercare di comprendere se trovi o meno corrispondenza nelle norme del TFUE indicate nel preambolo.

Si può intanto sorvolare sull'art. 1, che pure dovrebbe essere il più significativo, perché questa norma non esprime nozioni riscontrabili nel Trattato: lo scopo della direttiva viene fatto coincidere con l'ideale politico di «rafforzare l'applicazione del diritto e delle politiche dell'Unione». Inutile dilungarsi a spiegare, tant'è visibile, il motivo per cui non può esistere una competenza dell'Unione ad adottare un atto legislativo per consolidare la *primauté* del proprio ordinamento: per «rafforzare» – come recita l'art. 1 – «l'applicazione del diritto e delle politiche dell'Unione».

La dottrina della preminenza dell'ordinamento comunitario – intesa di nuovo, per capirci, al modo in cui l'ha elaborata la giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos* – è un famoso teorema sulla limitazione dei poteri sovrani degli Stati membri.

Ma la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione, non su costrutti teorici. Tanto basta per concludere che l'art. 5 TUE impedisce al Parlamento europeo ed al Consiglio di assumere quella dottrina “come norma” e di adottare atti legislativi con il pretesto di «rafforzare» il diritto e le politiche dell'Unione. Consolidare la *primauté* è un *obiettivo*, non una *competenza*.

Si potrebbe precisare che scopo della direttiva è rafforzare il diritto dell'Unione «*in specifici settori*» (art. 1). Tuttavia nemmeno le disposizioni che definiscono i settori, richiamate nel preambolo, autorizzano l'adozione di una direttiva con norme minime comuni per la protezione delle persone che segnalano violazioni: art. 16 (protezione dei dati personali), art. 43.2 (politica comune dell'agricoltura e della pesca), art. 50 (libertà di stabilimento); art. 53.1 (professioni autonome); art. 91 e 100 (trasporti); art. 168.4 (protezione della salute), art. 169 (protezione dei consumatori); art. 191.1 (tutela dell'ambiente). Lo stesso dicasi per le disposizioni autorizzative nelle basi giuridiche degli atti legislativi settoriali, assoggettati alla disciplina del *whistleblowing* in quanto richiamati dall'art. 2.1. lettera a) della direttiva 1937/2019.

Qui, tuttavia, un argomento più consistente potrebbe essere addotto. Si accennava poco sopra al fatto che la competenza dell'Unione a regolare il *whistleblowing* potrebbe ritenersi "implicita" in quella di regolazione dei settori ai quali la direttiva si applica. Prendiamo per esempio gli appalti, i trasporti, la tutela dell'ambiente. In tali materie – si potrebbe osservare – direttive e regolamenti hanno autonome basi giuridiche e queste ultime comprendono già in loro stesse la potestà d'introdurre regole ulteriori finalizzate a renderne più effettiva l'applicazione. Il che, se fosse vero, spiegherebbe le disposizioni del preambolo, nessuna delle quali attribuisce *espressamente* all'Unione competenze in materia di lavoro – non viene citato l'art. 153 TFUE, per esempio, che sembrerebbe ovviamente la base più appropriata – ma che tutte si allacciano in qualche misura all'art. 2.1. Allora, è sufficiente che la competenza dell'Unione sia, senza far troppe questioni, "percepita", cioè "sottintesa"? Forse su questo confida il legislatore dell'Unione³⁸. Non pare tuttavia che, ad una corretta analisi, si possa dar credito a un simile modo di risolvere il problema.

Il tema dei poteri impliciti dell'Unione è troppo ampio per poter essere qui anche solo ripreso per sommi capi. Mi limito a tre considerazioni. La prima è che soprattutto dopo Lisbona il principio di attribuzione pone limiti più stringenti alla potestà dell'Unione di agire al di fuori di una formale investitura rispetto al tempo in cui fu elaborata la dottrina dei poteri impliciti. Tanto che la giurisprudenza della Corte di giustizia è nel senso di richiedere persino agli atti legislativi dell'Unione, qualora abbiano un duplice scopo o una pluralità di componenti (espliciti), di «basarsi su un solo fondamento giuridico» e di farsi carico della precisione necessaria a sciogliere eventuali ambiguità in merito alle norme dei Trattati dalle quali ritengono di essere supportati. In questi casi l'atto deve avere «una sola base giuridica (...) quella richiesta dallo scopo o dalla componente principale o preponderante»³⁹. Se quindi resta innega-

³⁸ Qualche forzatura in tal senso si percepisce dalle considerazioni di cui al punto 2.3 della relazione della Commissione (23 aprile 2018, p. 6 del doc.), nella proposta di direttiva; là dove si afferma che gli articoli indicati nel preambolo costituiscono una base giuridica appropriata in quanto «introducono nuove disposizioni in materia di protezione degli informatori (...); mirano a garantire livelli elevati e coerenti in materia di protezione degli informatori».

³⁹ Corte giust., Grande Sezione, 3 dicembre 2019, C-482/17; in merito a questa pronuncia, anche sul tema della base giuridica plurima e del principio del «centro di gravità dell'atto», C.

bile, ed in fondo connaturata al sistema delle competenze dell'Unione, l'esistenza determinati "meccanismi di flessibilità"⁴⁰, appare oggi ridotto lo spazio in cui può operare la dottrina dei poteri impliciti. Comunque, non dovrebbe esservi dubbio sul fatto che, per il Parlamento europeo e per il Consiglio, non esista più un potere "libero" di disporre della base giuridica dei propri atti legislativi in funzione di esigenze d'opportunità politica (il che vorrebbe dire, in ultima analisi, disporre della forza giuridica del Trattato).

La seconda considerazione è che nessuna delle disposizioni del TFUE richiamate dalla direttiva, né quelle indicate nel preambolo, né quelle assunte dagli atti legislativi settoriali ai quali rimanda l'art. 2.1 lettera a), "implica" (razionalmente parlando) la potestà di adottare una direttiva sulla tutela delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione. Ciò può valere forse per gli articoli 114 e 325 TFUE (v. *infra*) non per gli articoli 16, 43.2, 50, 53.1, 91, 100, 168.4, 169, 192.1, dal cui testo non si evincono le condizioni del ragionamento inferenziale tipico dei poteri impliciti. La riprova si ha considerando alcuni atti legislativi settoriali appartenenti al *corpus* di direttive o regolamenti richiamati all'art. 2.1. lettera a), dove la tutela dei *whistleblowers* è prevista espressamente, come attesta la stessa direttiva 1937/2019, riservando a sé stessa in questi casi un'applicazione sussidiaria (art. 3 e Allegato 1, seconda parte). La terza considerazione è che *whistleblowing* è una parola che non designa nulla di preciso e di classificabile all'interno dell'ordinamento comunitario. Anche se si accogliesse la teoria dei poteri impliciti, il discorso verrebbe quasi subito a perdere del rigore logico necessario, stanti le difficoltà insormontabili di messa a fuoco dell'oggetto di cui si tratta. Chiedersi su quale norma dei Trattati si fondi implicitamente la competenza ad emanare norme sulla tutela dei *whistleblowers* non è

PONTI, *La direttiva dell'Unione europea sulle armi da fuoco in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 1, 2020, p. 82 ss., in part. 84.

⁴⁰ Li si trova riassunti ad esempio in O. PORCHIA, *Competenze dell'Unione europea*, in *Diritto on line* (2017), Treccani, Roma. Si noti a tale proposito che la direttiva 1937/2019 non richiama la "clausola di flessibilità" codificata all'art. 352 TFUE (se «un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate»).

come chiedersi, ad esempio, su quale norma dei Trattati si fondi la competenza dell'Unione ad assumere un impegno internazionale⁴¹: l'obbligo degli Stati membri resta poco determinato, appunto perché non si può dire con certezza cosa sia, a quale scopo serva, cosa renda necessario, a quale concetto vada ricondotto il *whistleblowing*.

Queste considerazioni si dovrebbero senza dubbio approfondire. Mi pare tuttavia che esse, sia pure così sommariamente svolte, siano sufficienti a giustificare, se non altro, il dubbio sulla possibilità di ricavare da semplici presupposizioni la base giuridica della direttiva 1937/2019.

Il discorso può essere differente, semmai, per il titolo di competenza indicato dalla direttiva all'art. 2.1, lettera b). Qui si menziona l'114 TFUE, relativo al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno⁴². Su questo piedistallo, lo scopo di *private enforcement* indicato all'art. 1 della direttiva accenna veramente a prendere consistenza⁴³. Per rendersi conto subito di quanto la protezione delle persone segnalanti abbia ricadute positive sul funzionamento del mercato unico, si pensi solo alle informazioni che possono portare alla scoperta e alla repressione di violazioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici, di concorrenza e aiuti di Stato o in altre materie consimili. Più in generale, l'apertura di determinati settori alla concorrenza rende necessario un aumento degli strumenti di garanzia, per evitare che la diversità dei meccanismi di controllo all'interno degli Stati membri si converta in indebiti vantaggi per le organizzazioni che violano il diritto dell'Unione (è questa, ad esempio, la principale ragione della "direttiva ricorsi" in materia di appalti pubblici: la facilità e l'ampiezza del diritto di rivolgersi al giudice, quando sono in gioco aggiudicazioni illegittime perché disposte in violazione del

⁴¹ Il riferimento è alla celebre sentenza *Aets* (Corte giust., 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione delle comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee*), su cui v. O. PORCHIA, *op. cit.*,

⁴² T.M. MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Bari, Cacucci, 2018.

⁴³ L'esperienza è del resto testimone di simili interventi; ad esempio la direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, sulla base dell'art. 100A del Trattato CEE.

diritto comunitario, rende anche e prima di tutto più effettivo il diritto comunitario). D'altra parte, la *ratio* di un intervento di armonizzazione può sostanziarsi anche nella tutela armonizzata di «un interesse di natura non economica (ad esempio, la salute pubblica) che, in assenza di ravvicinamento, gli Stati membri potrebbero invocare per limitare la libera circolazione⁴⁴; interessi del genere si ritrovano, in parte, nell'elenco di cui all'art. 2.1, lettera a) della direttiva. I famosi *whistleblowers* che hanno permesso di scoprire operazioni tese a conseguire agevolazioni fiscali o violazioni delle normative sulla tutela dell'ambiente (*Luxemburg Leaks, Panama e Paradise Papers, Dieselgate*) – che la Commissione europea, nella Comunicazione del 23 aprile 2018, non ha mancato di richiamare – sono d'altronde notoriamente descritti come protagonisti di rivelazioni che hanno fatto bene al mercato unico. Di nuovo, però, occorre intendersi. Il fatto che il funzionamento del mercato interno possa essere rafforzato da una direttiva sulla tutela dei *whistleblowers* non significa che tutto l'ambito di applicazione materiale della direttiva 1937/2019 possa essere “sorretto” dall'art. 114 TFUE. Il rischio, qui, è di accogliere una nozione eccessivamente dilatata di “mercato interno”⁴⁵. Le violazioni «di cui all'art. 26, paragrafo 2, TFUE», rappresentano – secondo l'art. 2.1, lettera c) della direttiva – solo una sottocategoria degli ambiti materiali racchiusi nell'art. 2.1. Inoltre, l'Allegato 1 contiene molti atti legislativi la cui base giuridica non si radica nell'art. 114 e che non sono stati adottati per obiettivi di «libera circolazione». Ecco dove si perde il legame tra tutela dei *whistleblowers* e protezione del mercato interno, salvo appunto assumere di questo concetto un'accezione tanto estesa da farne una sorta di nucleo essenziale ed irriducibile di qualsiasi norma del Trattato. Aggiungo che lo scopo di «ravvicinamento», necessariamente riferito al solo art. 114, potrebbe avere caratteristiche proprie rispetto ad obiettivi di «armonizzazione» o «coordinamento» ispirati ad altre norme

⁴⁴ A. ARENA, *op. cit.*, p. 165; C. PONTI, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁵ Per quanto ampio e non determinabile a priori (ma soltanto in base allo stato concreto del processo di integrazione), il conetto di mercato interno non è illimitato, osserva R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni in diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 456 ss., in part. 474.

del Trattato⁴⁶; il che rende ancor più opaca la scelta della direttiva in favore un base giuridica “plurima”.

Non è tutto, peraltro. Si deve soggiungere che, secondo il costante insegnamento della Corte di giustizia, la semplice constatazione di disparità tra le normative nazionali non è sufficiente a giustificare il ricorso all'articolo 114 TFUE. Torniamo per un attimo alla Comunicazione della Commissione europea del 23 aprile 2018. C'è qui un passo molto significativo, che sintetizza buona parte degli “ostacoli” per cui l'Unione si è mossa nella direzione del ravvicinamento o dell'armonizzazione delle legislazioni.

Si permetta di trascriverlo in tutta la sua ampiezza.

«Nel complesso», riportava la Commissione, «la protezione di cui godono gli informatori nell'Unione europea è attualmente frammentata tra i diversi Stati membri e disomogenea tra i vari settori strategici. I recenti scandali con effetti transfrontalieri portati alla luce dagli informatori mostrano come un livello di protezione insufficiente in un dato paese possa non solo ripercuotersi negativamente sul funzionamento delle politiche dell'UE in tale paese, ma avere anche effetti di ricaduta in altri paesi e nell'UE nel suo insieme. Secondo l'indagine speciale Eurobarometro 2017 sulla corruzione, circa un europeo su tre (29%) ritiene che la riluttanza dei cittadini nel riferire episodi di corruzione possa essere imputabile al fatto che non viene garantita alcuna protezione a chi li segnala. Nella consultazione pubblica condotta dalla Commissione nel 2017, il timore di conseguenze legali e finanziarie è stata la ragione più frequentemente addotta per la mancata segnalazione di illeciti da parte dei lavoratori. Il timore di atti di ritorsione è spesso ampiamente giustificato. Secondo l'indagine mondiale 2016 sull'etica nel mondo del lavoro (Global Business Ethics Survey) sugli oltre 10.000 lavoratori del settore privato, pubblico e senza fini di lucro, intervistati in 13 paesi, il 33% è stato testimone di una negligenza, il 59% l'ha segnalata e, di questi, il 36% ha subito

⁴⁶ Sulla non necessaria coincidenza di questi termini la dottrina sembra concorde; v. ad esempio le considerazioni di F. POCAR, *Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella Comunità Economica Europea*, in M. MISTRI, A. PAPISCA (A CURA DI), *La sfida europea*, Padova, Cedam, 1984, pp. 93 ss., in part. 96. Comunque, anche per ulteriori indicazioni dottrinali, T.M. MOSCHETTA, *op. cit.*, p. 47 ss.; C. AMALFITANO, *Ravvicinamento delle legislazioni [dir. UE]*, in *Diritto on line*, Treccani, (2015)

ritorsioni. La mancanza di fiducia nell'utilità delle segnalazioni emerge dai risultati dell'indagine speciale Eurobarometro 470, che evidenzia le due principali ragioni dell'omessa segnalazione di casi di corruzione: i) la difficoltà nel presentare elementi di prova (45%) e ii) il fatto che i responsabili non verrebbero puniti (32%), persino in presenza di elementi probatori. Inoltre, gli informatori potenziali che sono testimoni di casi di attività illegali, pur sentendosi sicuri nel segnalarle, potrebbero decidere di non farlo semplicemente perché non sanno dove né come effettuare la segnalazione. Secondo l'indagine speciale Eurobarometro 2017 sulla corruzione, il 49% degli intervistati non saprebbe dove effettuare la segnalazione del caso di corruzione, qualora dovesse esserne vittima o testimone».

Gli stessi concetti sono ribaditi nei primi considerando della direttiva, laddove si insiste sul fatto che la protezione garantita agli informatori nell'Unione *non è uniforme* tra gli Stati membri e *non è armonizzata* tra i vari settori» (n. 4); per questo *dovrebbero applicarsi norme minime comuni* (n. 5).

Non possiamo fingere di non accorgerci che, eliminato l'equivoco del rafforzamento del diritto UE (che abbiamo già visto non trovare riscontro nel Trattato), nulla rimane, tranne la mera esistenza di legislazioni tra loro disomogenee. Non meraviglia che gli "ostacoli", di cui la direttiva si propone la rimozione, non abbiano a che vedere con il principio di «libera circolazione» o con uno «spazio senza frontiere» (art. 26 TFUE). Si torna sempre allo stesso punto: l'ineffettività, la mancanza di fiducia nell'utilità delle segnalazioni, la scarsa "propensione" al *whistleblowing* in favore dell'Unione.

Analoghe conclusioni (inutile ripetere il ragionamento) valgono per l'art. 325 TFUE (lotta contro la frode), anch'esso base giuridica astrattamente compatibile con norme di tutela degli informatori, ma non ricollegabile, se non in parte, all'ambito di applicazione della direttiva.

Bisognerebbe infine ricordare il silenzio del preambolo sulle norme tipiche delle direttive di armonizzazione penale (esempio, art. 83 TFUE), pur avendo la direttiva un impatto non trascurabile in tale settore⁴⁷. Ciò

⁴⁷ A.F. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen.*, 2, 2020, p. 26 e nota 90.

non solo per l'imposizione agli Stati membri dell'obbligo di introdurre sanzioni, anche penali, contro le misure ritorsive commesse ai danni degli informatori (considerando n. 102), ma anche per l'obbligo di esonerare questi ultimi da responsabilità – di nuovo, anche penali – per l'avvenuta segnalazione; obbligo enunciato all'art. 21 e che investe norme sia sostanziali che processuali⁴⁸.

Scartati anche i titoli "trasversali", di un ultimo elemento occorre farsi carico.

Come la Corte di giustizia ha ribadito nella sentenza 16 febbraio 2022, C-157/21 (*Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*)⁴⁹ può «essere preso in considerazione, per determinare la base giuridica appropriata, il contesto giuridico nel quale si inserisce una nuova normativa», il quale «può fornire chiarimenti quanto all'obiettivo perseguito» dall'atto legislativo⁵⁰; contesto alla cui definizione contribuisce in modo deciso, agli occhi della Corte, il «presupposto» dell'adozione dell'atto. In quel caso il regolamento europeo impugnato, basato sull'art. 322 TFUE (disposizioni comuni sul bilancio), subordinava i versamenti provenienti dal bilancio dell'Unione – non al rispetto da parte degli Stati membri di principi della sana gestione finanziaria, bensì – al rispetto dei principi dello «Stato di diritto». All'affermazione della Repubblica di Polonia, che l'art. 322 TFUE non fosse base giuridica appropriata, la Corte ha replicato, accogliendo le osservazioni dell'avvocato generale (Sánchez Bordona), «che gli Stati membri possono garantire una sana gestione finanziaria solo se le loro autorità pubbliche agiscono in conformità della legge, se le violazioni del diritto sono effettivamente perseguite e se le decisioni arbitrarie o illegittime delle autorità pubbliche possono essere soggette a un effettivo controllo giurisdizionale». Vale a dire che il rispetto dello Stato di diritto era in «chiara correlazione» alla «esecuzione

⁴⁸ *Id.*, *op. e loco cit.*

⁴⁹ E nell'identica sentenza *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, 16 febbraio 2022, C 156/2021.

⁵⁰ Principio affermato dalla Corte di giustizia anche nelle sentenze 8 dicembre 2020, C-626/18, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, punti da 43 a 47; 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, punti da 38 a 42, 3 dicembre 2019, C-482/17 *Repubblica ceca c. Parlamento e Consiglio*.

efficiente del bilancio»⁵¹: come si legge anche nella direttiva 1937/2019, con riferimento a segnalazioni e divulgazioni pubbliche, un «elemento a monte dell'applicazione del diritto e delle politiche dell'Unione»⁵². Ora si potrebbe sostenere, se si leggono i considerando della direttiva 1937/2019 (e la Comunicazione della Commissione europea del 2018), che la segnalazione o divulgazione pubblica venga a raffigurare questo «elemento a monte» in quanto la si presume correlata alla “libertà di espressione del lavoratore”, garantita dagli articoli 10 della CEDU e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Abbiamo così toccato finalmente il fondo del problema: la direttiva vuole la rimozione, attraverso il ravvicinamento delle legislazioni interne, delle diseguaglianze nell'esercizio di un “diritto fondamentale”, come risulta in particolare dai considerando n. 31⁵³ e n. 109⁵⁴.

Questo è un punto che sembra a me essere di particolare rilievo. Se c'è un fondamento della direttiva complessivamente intesa, esso sta nell'idea che – si perdoni il gioco di parole – il *whistleblowing* sia l'esercizio di un diritto dei *whistleblowers*. I rimandi del considerando n. 31 alla raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa CM/Rec (2014)7⁵⁵ e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,

⁵¹ Punto 130.

⁵² Direttiva 1937/2019, considerando n. 2.

⁵³ «Coloro che segnalano minacce o pregiudizi al pubblico interesse di cui sono venuti a sapere nell'ambito delle loro attività professionali esercitano il diritto alla libertà di espressione. Il diritto alla libertà di espressione e d'informazione, sancito dall'articolo 11 della Carta e dall'articolo 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, comprende il diritto di ricevere o di comunicare informazioni nonché la libertà e il pluralismo dei media. Di conseguenza, la presente direttiva si basa sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) relativa al diritto alla libertà di espressione e ai principi elaborati su tale base dal Consiglio d'Europa nella raccomandazione sulla protezione degli informatori adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 30 aprile 2014».

⁵⁴ «La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e i principi riconosciuti, segnatamente, dalla Carta, in particolare il suo articolo 11. Di conseguenza, è essenziale che la presente direttiva sia applicata conformemente a tali diritti e principi garantendo il pieno rispetto, tra l'altro, della libertà di espressione e d'informazione, il diritto alla protezione dei dati personali, la libertà d'impresa, il diritto a un livello elevato di protezione dei consumatori, il diritto a un livello elevato di protezione della salute umana, il diritto a un livello elevato di protezione ambientale, il diritto alla buona amministrazione, il diritto a un ricorso effettivo e i diritti della difesa».

⁵⁵ In merito all'impatto di questa Raccomandazione è stato di recente predisposto un *Evaluation report* (giugno 2022) del Comitato europeo per la Cooperazione giuridica del Consiglio

coronano, si è scritto, la “prospettiva diritti umani”. Ne scaturisce «una funzione ampliata dell’istituto, che cerca di adattarsi alle necessità di proteggere non più solo il “lavoratore sleale” dal datore di lavoro, ma sempre più il “divulgatore” di informazioni al pubblico»⁵⁶.

Ma di quali diritti umani stiamo parlando? Se li volessimo davvero chiamare con il loro nome, i cosiddetti “diritti fondamentali” del *whistleblower* europeo si potrebbero definire soltanto in un modo, che è quello dei diritti-funzione o, se volessimo andare fino in fondo, diritti “funzionalizzati”. Solo con uno spericolato artificio, si può fingere di non vedere che la garanzia di cui stiamo parlando non ha nulla a che vedere con la libertà di espressione del lavoratore *in quanto tale*, vale a dire del cittadino *in quanto* lavoratore. Quest’ultima, per essere davvero una “libertà”, non può e non deve distinguersi dai diritti già riconosciuti dall’ordinamento. E deve restare prima di tutto una *libertà di fatto*, giuridicamente protetta come sfera di signoria dell’individuo, che esige semmai dallo Stato – una volta che la si immagini riferita al lavoratore – la rimozione degli ostacoli che la limitano e ne impediscono il godimento.

Non mi pare inoltre che la libertà del lavoratore si concili con una sua strumentale *deresponsabilizzazione*, che vediamo di continuo emergere a proposito del *whistleblowing*, attorno alla *tutela dell’identità del segnalante*, dell’*anonimato*, della *verità putativa* o della *necessità putativa* di effettuare la denuncia. In verità, nella direttiva i diritti del *whistleblower* sono prerogative inerenti ad un *ruolo*, ad un diritto che non appartiene al soggetto lavoratore, ma all’ordinamento dell’Unione. Una libertà di espressione totalmente confusa con la natura pubblicistica dell’interesse al rafforzamento del diritto europeo.

Tornerò su questi profili tra breve, quando mi occuperò delle differenze tra il punto di vista della direttiva e quello di alcune convenzioni internazionali contro la corruzione

Ora v’è un decisivo argomento di ordine testuale, sul quale riportare il discorso, per concludere. L’idea che l’art. 11 della Carta possa costituire “base giuridica” appropriata della direttiva 1937/2019 sarebbe inesatta in

d’Europa (CDCJ), consultabile online a <https://rm.coe.int/cdcj-2022-01-evaluation-report-on-recommendation-cmrec-2014-7p/1680a6fee1>

⁵⁶ L. VALLI, *Verità e democrazia*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2020 (estratto), p. 14

ogni caso, per non dire da rigettare in limine: le disposizioni della Carta non estendono o modificano in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati, né introducono competenze o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione (art. 6.1, par. 2 TUE e 51.2 Carta).

Ancor meno utilizzabile è il considerando n. 31, dove troviamo scritto che la direttiva «*si basa sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) relativa al diritto alla libertà di espressione e ai principi elaborati su tale base dal Consiglio d'Europa nella raccomandazione sulla protezione degli informatori adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 30 aprile 2014*». La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 10 CEDU pone questioni di notevole interesse per la tutela dei *whistleblowers*⁵⁷. Ma – e qui il discorso si fa davvero scontato – l'art. 10 CEDU non rappresenta, di per sé, nulla che abbia a che fare con la valutazione della base giuridica della direttiva 1937/2019.

Le cose dette sono, s'intende, considerazioni di larga massima. Ma per terminare sul punto, tornando alla domanda da cui si era partiti – quali norme dei Trattati autorizzino l'Unione ad adottare una direttiva sulla tutela delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione? – direi *nessuna* delle norme indicate nel preambolo della direttiva 1937/2019. Così ritengo di avere precisato, sia pure ad un livello che non voleva essere appagante (ma soltanto sollecitare alcuni spunti di riflessione), il sospetto che la direttiva 1937/2019 sia un atto legislativo non conforme al Trattato.

3. Estraneità della direttiva all'ambito materiale delle convenzioni internazionali anticorruzione

Vorrei ora dar conto delle differenze tra il *whistleblowing* della direttiva 1937/2019 e gli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali contro la corruzione. Quando è entrata in vigore la direttiva, la dottrina italiana era già da qualche anno impegnata nell'analisi del *whistleblowing*⁵⁸ e a

⁵⁷ F. PONTE, *La Corte EDU sul "whistleblowing": la libertà di espressione, i canali pubblici di segnalazione e una prospettiva non (ancora) italiana*, in *DPCE online*, 2, 2021, p. 2705 ss.

⁵⁸ R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001*, in B.G. MATARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 243 ss. La dottrina sul *whistleblowing* è sterminata. Senza pretesa di completezza, A. AVIO, *Diritto di critica e obblighi di riservatezza*, in *Lav. dir.*, 1, 2018,

causa di ciò ha potuto entrare subito nel vivo della riflessione sulle norme nazionali che avrebbero con ogni probabilità dovuto essere modificate⁵⁹. Di qui l'illustrazione, in fondo difficilmente contestabile, di un *imponente*

p. 221 ss.; Id., *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, in *Dir. lav. mercati*, 3, 2017, p. 655; Id., *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017*, n. 179, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, p. 306 ss.; D. BOLOGNINO, *Spunti di riflessione sui chiaro-scuro della formulazione della nuova normativa di tutela del dipendente che segnala l'illecito di cui alla l. n. 179 del 2017*, in *Amm. in cammino*, 13 marzo 2018; G. D'ALESSIO, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in *Lav. P.A.*, 2017, p. 99 ss., 115 ss.; E. FIATA, *La tutela del whistleblower nel pubblico impiego dopo la legge n. 179 del 2017*, in *Lav. P.A.*, 2018, p. 57 ss.; M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017*, n. 179, in *ADL*, 1, 2018, p. 61 ss.; G. MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Studium iuris*, 9, 2018, p. 981 ss.; V. PAPA, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in B. CARUSO (a cura di) *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Catania, 8, 2019; N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, in www.lavorodirittieuropa.it, 1, 2018; A. RICCIO, *La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la l. n. 179 del 2017. Una prima lettura giuridivistica*, in *Amm. in cammino*, 26 marzo 2018; F. COPPOLA, *Il "whistleblowing": la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, *Dir. pen. e processo*, 4, 2018, 475 ss.; A. FRIGNANI, *Il "whistleblowing" in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. comm.*, 3, 2019, p. 393 ss.

⁵⁹ Sia permesso rinviare anzitutto, senza distinzioni, al volume di Autori vari, A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Atti del Convegno annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", Milano, 18-19 novembre 2019, Milano, Giuffrè Francis & Taylor, 2020; A. DELLA BELLA, *Il "whistleblowing" nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, *ivi*, 157 ss.; S.M. CORSO, *La Direttiva UE 2019/1937 sul whistleblowing e le possibili ricadute nel diritto interno*, in *Il lavoro nella giur.*, 2020, p. 600 ss.; F. TUCCHARI, *Il whistleblowing tra intelligenza della corruzione e conoscenza della (mal)amministrazione*, in *Ambiente Diritto*, 4, 2020, p. 20; A. BOSCATI, *La disciplina del "whistleblowing" nel settore privato nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in *ADL*, 5, 2020, p. 1056 ss.; Id., *La disciplina del "whistleblowing" nel settore pubblico nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in *ADL*, 3, 2020, 521 ss.; Id., *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., 357 ss., in part. 381; C. MARENGHI, *Direttiva sul whistleblowing e ordinamento italiano: qualche riflessione in vista dell'attuazione*, in *Jus (Virta e Pensiero)*, online, 25 dicembre 2020; P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing alla luce della nuova direttiva Europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 5, 2019, p. 737 ss.; E. GHERA, L. VALENTE, *Sulla riforma degli obblighi di segreto contenuta nella legge sul "whistleblowing"*, in *Riv. it. Dir. lav.*, pp. 245 ss.; D.-U. GALETTA, P. PROVENZANO, *La disciplina italiana del "whistleblowing" come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre*, in *Federalismi.it*, 18, 2020, p. 112 ss.; A.R. CASTALDO, F. COPPOLA, *The Ethical 'Dilemma' of Whistleblowers in the Italian Legal Environment*, *D. pen. cont.*, 3, 2021, p. 139 ss.

*lavoro di adattamento che l'ordinamento italiano dovrà svolgere*⁶⁰. La riprova la si ha nel d.lgs. n. 24/2023, che prevede (art. 23) l'integrale abrogazione della l. 30 novembre 2017, n. 179 e la sua sostituzione con un testo interamente nuovo, ove il Governo cerca di seguire le indicazioni della direttiva (con riedizioni o adattamenti che lo rendono a tutta prima complicatissimo: basti considerare il tempo occorrente per comprendere gli articoli 1 e 3, sull'ambito di applicazione del decreto)⁶¹.

Ora gioverebbe a poco entrare nel merito delle osservazioni svolte dalla dottrina su quanti e quali aspetti della l. n. 179/2017 sono in predicato di variare o di essere soppressi.

Non si può dire tuttavia che gli studiosi abbiano dimostrato una sempre giusta ricettività al cambiamento provocato dal diritto dell'Unione. Non perché siano criticabili le prognosi espresse sul cambiamento che attende la disciplina nazionale, sulle quali nulla v'è da obiettare.

La mia impressione è che ragionare su un sistema precursore abbia troppo spesso suggerito di vedere la direttiva come una fonte che si colloca, pur con propria logica e differenze d'impostazione, sulla stessa piattaforma concettuale delle fonti internazionali cui si richiama la l. n. 190/2012, nel senso di ritenere queste ultime costitutive di un universo disciplinare che sostanzialmente viene a convergere sulla stessa "figura". Così rimane sottotraccia ciò che invece va detto in modo chiaro. Il sistema italiano non è un sistema precursore. Non lo è perché le fonti internazionali, a cui s'ispira, hanno poco o nulla in comune, manifestano anzi una vistosa discontinuità, con la direttiva 1937/2019.

Il dato differenziante, che dev'essere sottolineato, è il rilievo conferito alla collaborazione del lavoratore sul piano delle fonti di ciascuno dei due ordinamenti giuridici.

Fondamentale è allora distinguere⁶² i principi delle convenzioni internazionali alle quali si rifa la legge italiana, dai principi sui quali si fonda

⁶⁰ N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 24.

⁶¹ S. VENTULLO, *Decreto attuativo della Direttiva Whistleblowing: criticità nella definizione dell'ambito applicativo*, in *Giur. Penale Web*, 17 dicembre 2022, 12, 2022.

⁶² Con i limiti, inevitabili, di tutte le classificazioni.

l'impostazione seguita dalle istituzioni di Bruxelles⁶³: penali e politicamente neutrali, i primi; civili e politicamente strategici, i secondi. Nei principi delle convenzioni internazionali, la collaborazione del dipendente che segnala illeciti (per quel poco di conclusivo che si può trarre dalla genericità delle disposizioni internazionali) ha una fisionomia prevalentemente penalistica e direi *procedurale*, nel senso di presupporre una serie di rapporti organizzativi di carattere giuridico formale, tra il *whistleblower* e il proprio datore di lavoro oppure tra *whistleblower* e un ufficio o autorità pubblica. Su quest'ultima grava una responsabilità-chiave, che può rappresentare il dato preliminare e forse il più importante da sottolineare. Mi riferisco al fatto che l'obbligo di dar seguito alla segnalazione implica l'assunzione, da parte dell'autorità, delle responsabilità giuridiche di cui l'informatore viene sollevato. In altre parole, ciò che al segnalante è consentito fare, con la "tranquillità" di non risponderne, è compensato da quello che all'autorità non è assolutamente permesso: procedere senza verificare preliminarmente che la "soffiata" sia affidabile. La democrazia, lo Stato di diritto, esige pubblicità e trasparenza, ma diffida delle persone che si fanno avanti per denunciare illeciti senza essere state chiamate a farlo. Questo collegamento tra democrazia e *attendibilità* dell'informatore a me pare un problema di enorme importanza nel *whistleblowing*; molto più del nesso, al quale la dottrina è parsa invece sensibile, tra democrazia e *verità* dei fatti. Ora non voglio dire che nelle convenzioni internazionali anticorruzione che contemplano il *whistleblowing* questo ragionamento sia da vedersi razionalmente rappresentato. Ho tuttavia l'impressione che quegli accordi pensino a qualcosa di rassomigliante alla nostra testimonianza o collaborazione "di giustizia"⁶⁴ e che nulla di tutto quello che si dice in Europa del *whistleblowing* sia stato portato al tavolo internazionale. Nulla vi è, nel testo delle convenzioni, che lasci

⁶³ Questo sforzo volto a cogliere le differenze tra i due modelli non dev'essere visto come un tentativo di porsi in contrasto con la posizione che, riferendosi alla prevenzione della corruzione in generale, ha portato ad accentuare maggiormente l'aspetto conciliativo e di continuità tra panorama internazionale ed europeo (N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *Federalismi.it*, 9, 2019). Il discorso vale solo per il *whistleblowing*, rispetto al quale non si può escludere che valgano considerazioni distinte rispetto all'analisi della politica anticorruzione nel suo complesso.

⁶⁴ L. n. 6/2018 e d.l. n. 8/1991.

intendere la preoccupazione di incoraggiare o incentivare il comportamento antecedente la soffiata, che non è giuridicamente rilevante di per sé. Il motivo *interiore*, l'atteggiamento *psichico* per cui l'illecito è denunciato; la *propensione* del *whistleblower* ad attivarsi; il suo livello di *fiducia*, il suo *timore* di subire ritorsioni: tutti questi elementi restano fuori dall'ambito di garanzia, che si attiva davanti alla segnalazione *compiuta* ed ha esclusivamente la funzione di proteggere l'autore della denuncia dal rischio di misure vendicative. Certo, gli aspetti organizzativi che si presentano allo Stato nel momento in cui decide di disciplinare con legge questa tutela "semplicemente protettiva" del *whistleblower* sono complessi e trascinano in campo tutta una serie di problematiche giuridico-amministrative⁶⁵, inquadrabili approssimativamente nell'ambito delle relazioni di coordinamento o di controllo (interno o esterno). Ma senza attardarci in cavillosi approfondimenti, possiamo affermare che i principi internazionali sono riconoscibili prevalentemente nei termini di obblighi pattizi di protezione dei diritti di chi ha *già operato* la segnalazione ad un'autorità competente.

La legge italiana vi si rifa anzitutto per ragioni d'ordine storico-politico. Dopo la crisi del Governo Berlusconi IV (2011) e la successione in carica del Governo Monti (durante la XVI^a legislatura), l'inserimento della norma sulla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (nuovo art. 54-*bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) avvenne per impulso del Ministro della Giustizia⁶⁶ nel corso dei lavori preparatori della legge anticorruzione (che in origine non la prevedeva). Si guardava, fuori dal contesto italiano, esclusivamente agli obblighi internazionali di origine convenzionale, gli stessi che la XVI^a legislatura aveva iniziato ad adempiere sulla base del progetto presentato alle Camere dell'esecutivo precedente.

⁶⁵ Sul punto, anche con giuste puntualizzazioni, S. VILLAMENA, *Il whistleblowing pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 3-4, 2019, pp. 841 ss., 849-850, per cui «occorre fuggire un rischio che come uno spettro aleggia sul tema: quello che ciascun lavoratore si tramuti in 'controllore' del proprio collega, esacerbando le relazioni interpersonali e producendo per questa via un effetto opposto a quello del *buon andamento* dell'attività cui la norma aspira».

⁶⁶ Come ricorda esattamente R. CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti; un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 187 ss., in part. 190

Fino all'iniziativa assunta nel 2018, invece, l'Unione europea non aveva mai dato segni di interesse politico per il tema degli informatori. Solo l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella risoluzione 1729 (2010) sulla protezione degli informatori, ha preceduto la l. n. 190/2012, che è stata quindi concepita in assenza di obblighi comunitari. Due anni dopo il tema troverà più ampio respiro nella raccomandazione del Comitato dei ministri CM/Rec (2014)7 del 30 aprile 2014⁶⁷; dove comparirà il termine *whistleblower*, definito come «*any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector*». La l. n. 190/2012 (sulla quale s'innesta la l. n. 179/2017) si proclama (art. 1) legge di «attuazione» delle due convenzioni di Strasburgo (penale) e di Merida (ONU) contro la corruzione⁶⁸. Nel diritto internazionale – e questo è indubitabile – il multilateralismo ha portato ad una profonda penetrazione del modello anglosassone, in cui il *whistleblowing* è uno «strumento di *governance*»⁶⁹. Ma già qui una precisazione s'impone. Non sembra infatti che parlare di «strumento di *governance*» equivalga necessariamente ad individuare, sul piano dell'interpretazione delle fonti, l'esistenza di una disciplina «*government oriented*»; legittimi, cioè, la conclusione che il *whistleblowing* sia uno strumento “politico” di contrasto all'illegalità⁷⁰. Così è, forse, in alcune convenzioni contro la corruzione, ma non in tutte. Non, per l'appunto, in quelle di Strasburgo e di Merida, attuate dall'articolo 1 della l. n. 190/2012. Da queste ultime si desume,

⁶⁷ Per il testo: <https://rm.coe.int/16807096c7>. In merito all'impatto di questa Raccomandazione è stato di recente predisposto un *Evaluation report* (giugno 2022) del Comitato europeo per la Cooperazione giuridica del Consiglio d'Europa (CDCJ), consultabile online a <https://rm.coe.int/cdcj-2022-01-evaluation-report-on-recommendation-cmrec-2014-7p/1680a6fee1>

⁶⁸ Dalla legge di ratifica della Convenzione di Strasburgo (n. 110/2012) sono state infatti espunte le disposizioni di diretto adeguamento dell'ordinamento interno, confluite nella legge anticorruzione (<https://leg16.camera.it/561?appro=513>). Non così nella legge di ratifica della Convenzione civile del Consiglio d'Europa contro la corruzione (l. n. 112/2012), che si è limitata a ratificare la convenzione (art. 1) e a darvi piena ed intera esecuzione (art. 2).

⁶⁹ Oltre che di tutela dell'informatore contro i comportamenti ritorsivi perpetrati nei suoi confronti; N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *LavoroDirittiEuroa*, 2, 2020 (estratto online, p. 2) e in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 3 ss., in part. 4.

⁷⁰ In cui la protezione dell'informatore è funzionale al benessere della società o a un interesse pubblico.

certo, un duplice obbligo delle Parti. Non è sufficiente comminare sanzioni a chi abbia riservato un ingiustificato trattamento alla persona che segnala illeciti. Gli Stati devono introdurre, nei propri ordinamenti interni, congegni di prevenzione di natura organizzativa, finalizzati a contrastare la stessa possibilità, il “rischio” di adozione di atti ritorsivi. Tuttavia, come risulta con particolare evidenza dagli articoli 8.4 e 33 della Convenzione di Merida, la tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti – repressiva o preventiva, che dir si voglia – è una forma di collaborazione di giustizia, che non è un mezzo, ma il fine delle convenzioni internazionali di cui all’art. 1 della l. n. 190/2012. L’iniziativa del dipendente che segnala illeciti non assume la logica strategica, tipicamente anglosassone, di *private enforcement*, che si rinviene semmai in altre convenzioni internazionali, non attuate dalla l. n. 190/2012 (e, come abbiamo visto, è il perno della prospettiva in cui si colloca la politica dell’Unione). Nella Convenzione di Merida, il *whistleblowing*, ammesso di poterlo chiamare così (ma io credo che qualche dubbio si debba sollevare) è una disciplina che s’inserisce senza soluzione di continuità nella normativa incriminatrice alla quale le Parti sono obbligate⁷¹. L’obbligo di «considerare» la previsione di una tutela del segnalante⁷² appartiene allo stesso ceppo giuridico dei doveri di tutela del testimone, perito o vittima del reato, rispetto ai quali rappresenta una sorta di “evoluzione” (facoltativa o discrezionale; cfr. artt. 32 e 33). Si noti poi che nell’art. 33 il *whistleblower* è «*any person*», non un pubblico dipendente o un lavoratore privato. In altre parole, l’elemento caratterizzante è la buona fede («*good faith*») e il ragionevole fondamento («*reasonable grounds*») dei fatti denunciati (che in altre parole non devono necessariamente corrispondere alla “verità storica” emersa dopo la segnalazione). La differenza tra il segnalante e il testimone sta dunque, in ultima analisi, esclusivamente nella diversa rilevanza giuridica accordata alla dichiarazione di scienza proveniente dall’una e dall’altra figura: il testimone è protetto in virtù di quel che “sa” (art. 32); il segnalante (art.

⁷¹ Per una più precisa caratterizzazione dell’impronta penalistica delle convenzioni internazionali, N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in *federalismi.it*, 9, 2019, 8 maggio 2019.

⁷² Nota esattamente F. GANDINI, *La protezione dei whistleblowers*, in *www.astrid-online.it*, che l’unico obbligo in senso lato desumibile dall’art.33 è quello di «considerare» l’introduzione di tali misure nei rispettivi ordinamenti giuridici.

33) in virtù del fatto che, in buona fede, “crede di sapere” e va agevolato, nell’interesse della giustizia, ancorché possa riferire alle autorità circostanze che poi si scoprono non essere veritiere. Invece il *whistleblowing* inteso in termini di predisposizione di mezzi atti a «facilitare» il *reporting* è prevista dall’art. 8.4. (nel titolo dedicato alle «preventive measures»), ma questo genere di tutela preventiva è circoscritta ai «pubblici ufficiali» che abbiano svolto attività di segnalazione alle «competenti autorità», quando «tali atti vengano a loro conoscenza nell’esercizio delle loro funzioni». Non viene specificato, riguardo al pubblico dipendente, l’elemento della buona fede o del ragionevole fondamento (nulla che faccia riferimento a una “verità putativa”)⁷³. L’obbligo internazionale non tocca dunque le norme interne sulla responsabilità del *whistleblower* pubblico. Tanto basta a creare molti dubbi sul fatto che gli articoli 8.4 e 22 possano definirsi due norme «simmetriche»⁷⁴. Nella convenzione penale questi profili sono ancora più visibili, non essendovi una norma sui pubblici dipendenti analoga all’art. 8.4 della Convenzione di Merida ed essendo viceversa previsto l’obbligo delle Parti di adottare (non semplicemente di “considerarne l’introduzione”) le misure necessarie a proteggere «collaboratori di giustizia e testimoni», che qui appaiono significativamente accomunati (art. 22). Un discorso in parte diverso merita l’art. 9 della Convenzione civile contro la corruzione, ratificata dall’Italia con la l. 28 giugno 2012, n. 110, ma non corredata di disposizioni di diretto adeguamento incluse nella l. n. 190/2012. Il soggetto qui è il dipendente (sottinteso) privato, ma si potrebbe dire il dipendente *in quanto tale*, che, come qualsiasi altra persona, denuncia i fatti «in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti». La buona fede nella denuncia dei fatti è dunque bastevole per il *whistleblower* “civile”, che resta però formalmente al di fuori del perimetro attuativo delineato dall’art. 1 della l. n. 190/2012 e si conferma, da questo punto di vista, figura differente da quella contemplata dalla Convenzio-

⁷³ Si noti fin d’ora la differenza con l’art. 9 della Convenzione civile contro la corruzione, che obbliga ciascuna Parte a prevedere nel proprio diritto interno «un’adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, *in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti*, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili».

⁷⁴ Come le ritiene invece N. PARISI, *La funzione del whistleblowing*, *op. loc. cit.*

ne penale e da quella dell'ONU⁷⁵. Comunque sia, non v'è dubbio che anche la Convenzione civile si concentri sul rapporto organizzativo tra l'informatore e l'ente nel quale l'illecito viene segnalato. La pregiudizialità delle procedure di autocontrollo e la necessità di vaglio sull'attendibilità del *whistleblower* ne escono quindi di nuovo come elementi centrali del diritto internazionale anticorruzione.

I principi sui quali si fonda l'impostazione seguita dalle istituzioni di Bruxelles sono del tutto diversi. Il *whistleblowing*, si diceva nel primo paragrafo, assume qui un'accezione funzionale a beni "superiori", che relega i diritti individuali del lavoratore ad un rango puramente strumentale: la tutela del *whistleblower* non è un fine, ma un mezzo per conseguire l'interesse pubblico al rafforzamento dell'applicazione del diritto dell'Unione. Allo scopo di superare le remore responsabili della scarsa utilizzazione del *whistleblowing* (paura di subire ritorsioni, sfiducia nel seguito della soffiata, disinformazione sulle guarentigie), la direttiva lascia intendere che il lavoratore, quando segnala una violazione del diritto dell'Unione, eserciti la sua "libertà di espressione", i cui limiti sarebbero da considerare simili a quelli della libertà del giornalista e segnatamente del *giornalista d'inchiesta*⁷⁶ (continenza formale, sostanziale, materiale). Nulla più vi si ritrova, della logica delle convenzioni internazionali anticorruzione. Azzarderei, anzi, che rispetto a queste ultime la logica sia radicalmente capovolta. La direttiva incoraggia il comportamento antecedente la soffiata, che diviene giuridicamente rilevante di per sé: il motivo *interiore*, l'atteggiamento *psichico* per cui l'illecito è denunciato; la *propensione* del *whistleblower* ad attivarsi; il suo livello di *fiducia*, il suo *timore* di subire ritorsioni. È attorno a questi elementi che la direttiva costruisce la tutela della persona segnalante. L'architrate dell'impostazione comunitaria è il lavoratore promotore del "*benessere della società democratica*", con i suoi valori di "*verità*", di "*trasparenza*", di "*legalità*", di "*integrità*", di "*responsabilità*"; in un'astratta separazione tra la "*società*

⁷⁵ La Convenzione civile non potrebbe fungere, ad esempio, da "norma interposta" nell'interpretazione dell'art. 54-bis d.l.gs. n. 165/2001, introdotto dalla l. n. 190/2012, che riguarda i soli dipendenti pubblici, mentre tale funzione si può astrattamente riconoscere con riferimento all'art. 2 della l. n. 179/2017.

⁷⁶ Cass. pen, sez. III, 9 luglio 2010, n. 16236, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2667 ss.

democratica” e la persona che ad essa arreca un beneficio. Ed è chiaro che, fissato il referente della direttiva nella funzione pubblicistica della libertà di espressione, non possa per definizione trovare spazio alcuna forma di controllo preventivo di *attendibilità* dell’informatore. Vero è che tale controllo sopravvive nell’onere di previa segnalazione esterna, ma sconta il potere di divulgazione pubblica, che dipende anche e proprio da un giudizio della persona segnalante sull’efficacia di questi mezzi di verifica. Cosicché tutto è di fatto rimesso, in ultima analisi, nelle mani del *whistleblower*. Ecco come lentamente l’istituto scivola, per mano della direttiva 1937/2019, in una logica individualistica. Si appannano alcune linee di demarcazione tratteggiate dal diritto internazionale, ad esempio quella che distingue la segnalazione effettuata del dipendente pubblico rispetto a quella del dipendente privato, mentre il baricentro si sposta sul potere del lavoratore-informatore di sfruttare – certo, in via sussidiaria; ma anche su questo i dubbi non sono pochi (sappiamo bene che sussidiarietà ha un significato non distinguibile da quello di adeguatezza, differenziazione, proporzionalità) – canali di divulgazione diversi da quelli offerti dal riferire esclusivamente ad un’autorità competente. Ci troviamo di nuovo al punto: il ravvicinamento del mondo del lavoro a quello dell’informazione professionale, giornalistica *in primis*. Inutile aggiungere che il modello europeo di *whistleblowing* ha, sull’ordinamento italiano, un impatto assai maggiore di quello internazionale. Un sistema che lascia la divulgazione pubblica al rango di un normale esercizio della libertà di espressione del lavoratore – senza togliere ad essa il suo fisiologico correlato di responsabilità – cambia radicalmente quando si trova costretto a *regolare* quella libertà prevedendo un livello *minimo* di tutela, entro il quale il lavoratore, al pari del giornalista, è esonerato da responsabilità, a causa della *buona fede* delle sue dichiarazioni, o del carattere *putativo* delle sue percezioni.

Peraltro, tale impatto non registra soltanto progressi.

Tre anni or sono una Consigliera dell’Autorità nazionale anticorruzione (L. Valli⁷⁷) ha scritto – e non pare le si possa dar torto – che troppo spesso, quando si parla di *whistleblowing*, l’attenzione si focalizza sulle «questioni

⁷⁷ L. VALLI, *Verità e democrazia*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2020 (estratto), p. 14

tecniche e interpretative» e si tende a dimenticare «il contesto politico e culturale dell'istituto, nonché la sua dimensione etica». Su questa premessa ha potuto ricostruire i contenuti essenziali direttiva 1937/2019, nella quale ha visto – e di nuovo, a me pare che abbia ragione – un «cambio di prospettiva» nel senso della «oggettivizzazione» o «spersonalizzazione» delle segnalazioni. Nella libertà di espressione si sciolgono in effetti nodi teorici e luoghi comuni rispecchiati dalla legislazione italiana anteriore ed artefici di una condizionalità sproporzionata. Le leggi nn. 190/2012 e 179/2017, ad esempio, insistono sull'obbligo del dipendente di agire esclusivamente nell'interesse dell'integrità dell'ente, cui si accompagna il divieto di rendere l'informazione di dominio pubblico. La direttiva 1937/2019 prevede invece, in ultima analisi, la libertà del *whistleblower* di scegliere il canale più appropriato in base alle circostanze del singolo caso. Identiche considerazioni valgono circa il contrasto al c.d. *egoistic blower*. La direttiva esige che la segnalazione sia fatta nell'interesse pubblico, ma non arriva a riservare l'esonero da responsabilità alla persona che agisca in modo culturalmente motivato e completamente immune dalla ricerca di un utile individuale, quasi si dovesse pretendere dal *whistleblower* l'obbedienza a un imperativo morale di tipo altruistico. È quindi riconoscibile l'esimente all'informatore che, pur segnalando l'illecito nell'interesse pubblico o dell'integrità della pubblica amministrazione, appaia determinato a rivelare il segreto *anche* o, al limite, esclusivamente da un interesse di natura personale⁷⁸.

Insomma, l'attenzione si sposta «*sui fatti riportati, anziché sulle intenzioni del segnalante*».

⁷⁸ TAR Lazio, sez. I-*quater*, 7 gennaio 2023, n. 235 e n. 236, che rappresenta il primo e per ora l'unico caso d'interpretazione della l. n. 179/2017 conforme alla direttiva 1937/2019. Tuttavia già l'Autorità nazionale anticorruzione, nelle Linee guida adottate con delibera 9 giugno 2021, n. 469, p. 14, aveva ritenuto che «alla luce della ratio che ispira la legislazione in materia di prevenzione della corruzione», non si potessero «escludere dalla tutela ex art. 54-*bis* le segnalazioni nelle quali un interesse personale concorra con quello della salvaguardia dell'integrità della pubblica amministrazione», anche se «in simili casi è opportuno che il whistleblower dichiari fin da subito il proprio interesse personale». La giurisprudenza amministrativa è comunque compatta nel ritenere esclusa la fattispecie del *whistleblowing* quando il segnalante abbia agito per fini esclusivamente personali (Cons. Stato, sez. II, 6 dicembre 2021, n. 8150 e pronunce *ivi* citate).

La garanzia del *whistleblower* viene così a dipendere dalla «verità» di questi fatti e dal «coraggio» da lui dimostrato nel segnalarli⁷⁹. Viene tuttavia spontaneo chiedersi cosa resti di questo «coraggio», in chi, come recita l'art. 21 della direttiva, deve soltanto trovare la forza di chiedersi se abbia «fondati motivi di ritenere» che la soffiata sia «necessaria per rivelare una violazione». Se la logica è quella del *fearless speech*, perché gli Stati esonerano da responsabilità Tizio che in buona fede denuncia Caio, conosciuto per ragioni di lavoro, ritenendo “*necessario*” segnalare che la sua condotta lede gli interessi dell’Unione, senza obbligare Tizio a preoccuparsi di verificare, con l’ordinaria diligenza, se ciò gli appare anche “*vero*”? Soprattutto: che garanzia è per lo stesso *whistleblower*, sottoporre la propria verità, oggettiva o putativa, ad un’autorità o all’opinione pubblica, sapendo che la sua responsabilità tornerà ad essere piena se altri giudicheranno il suo operato non basato su «fondati motivi»? Ed infine, nell’orizzonte del *fairless speech*, perché – come la stessa L. Valli sembra aver sostenuto in un altro scritto⁸⁰ – occorrerebbe «vincere le resistenze» nei confronti dell’anonimato? La risposta è scontata: perché in questo modo si *favoriscono* le segnalazioni. Ecco dove il problema, più che risolversi, si dischiude. Se siamo tutti d’accordo che il *whistleblowing* non debba degenerare in «bieca delazione»⁸¹, non possiamo – ed è appena il caso di rammentarlo – vedere la protezione del *whistleblowing* come una disciplina fondata sulla “libertà di espressione” del lavoratore. Ciò che lascia un poco perplessi, semmai, è *che la Valli* liquidi come un’incrostazione culturale il fatto che «tutte le obiezioni al *whistleblowing* anonimo» implichino «una certa enfasi sul soggetto che riporta e sulle sue motivazioni: se non mi dici chi sei, come posso valutare la tua credibilità?». Ora, io credo al contrario che la valutazione sulla credibilità o, meglio, sull’attendibilità di ciò che riferisce il *whistleblower* sia un elemento-cardine della sua protezione. Senza aggiungere che, se v’è un

⁷⁹ A. MANSBACK, *Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia*, loco cit. alla nota 17.

⁸⁰ L. VALLI, *Segnalazione di illeciti e anonimato*, in *LavoroDirittiEuropa*, 3, 2020 (estratto).

⁸¹ A. BOSCATI, *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità*, cit., p. 357 ss., in part. 384.

esempio in cui il controllo esterno sulla «credibilità» della denuncia è “massimo”, questo è proprio il caso della segnalazione anonima.

L’attendibilità, ha scritto T. Padovani, come «effettività capacità del teste veridico di fornire una rappresentazione aderente alla verità», «copre un ambito assai più vasto della falsità». E poiché in perfetta buona fede si può riferire qualcosa di completamente falso, «l’inattendibilità grava sulla testimonianza come una sorta di rischio imminente che occorre sempre considerare e ponderare»⁸².

Ecco perché a mio avviso le manifestazioni che costituiscono libertà di espressione del lavoratore, proprio perché esercizio di un diritto inconciliabile con controlli preventivi, vanno tenute distinte dalla facoltà del lavoratore di denunciare violazioni. Non può essere la libertà di espressione del lavoratore, il “principio” del *whistleblowing*. La riprova la dà – in modo elementare – la legge, quando – il che altrimenti non si spiegherebbe – nega al *whistleblower* il *diritto di informarsi*, che costituirebbe il presupposto logico di una vera e propria libertà di esprimersi “comunicando” o divulgando informazioni⁸³. E la legge stessa nega al *whistleblower* anche il *dovere di informarsi* prima “soffiare nel fischietto”, non permettendogli, coerentemente, di usarlo quale pretesto per giustificare azioni commesse in violazione degli obblighi di segretezza. Il *leaking*, la “soffiata” accompagnata dalla fuoriuscita di documenti segreti, continua a costituire reato, e un preteso “diritto” o “dovere” d’informazione non ha alcuna valenza scriminante. Come ha esattamente stabilito la Cassazione, la normativa sul *whistleblowing* si limita «a scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un’attività illecita, *mentre non fonda alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative*, in violazione dei limiti posti dalla legge»⁸⁴.

⁸² T. PADOVANI, V. VITIELLO, *Non dire falsa testimonianza*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 113-115.

⁸³ P. SPAGNOLO, *Il segreto giornalistico nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 60. Neppure vale per il *whistleblower*, ed è superfluo accennarlo, la norma (art. 200 c.p.p.) che vieta di chiamare il giornalista professionista a deporre nel processo penale sui nomi delle persone dalle quali ha avuto notizie di carattere fiduciario.

⁸⁴ Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2018, n. 35792, punto 3.2. della motivazione.

La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene – e lo ha confermato nella sentenza *Halet c. Lussemburgo*, riguardante proprio un *whistleblowers* della vicenda *LuxLeaks* (uno degli scandali che hanno molto influenzato la Commissione nella proposta della direttiva 1937/2019) – che la libertà di espressione protetta dall'art. 10 CEDU giustifichi la divulgazione, a beneficio dell'interesse pubblico, delle sole informazioni che risultino «essenziali», proporzionate, utili a far scoprire la violazione, non eccedenti rispetto allo scopo. La direttiva 1937/2019 vorrebbe trasformare in norma questa tecnica di giudizio. Le cui utilizzazioni – occorre non dimenticarlo – giungono per mano della Corte europea dei diritti dell'uomo al termine di casi giudiziari specifici. Scaricare in via generale e astratta sul lavoratore la “libertà” di effettuare da sé quel *test* di proporzionalità, naturalmente a suo rischio e pericolo, significa soltanto creare un “principio di disorganizzazione” che aumenta il rischio di malevole delazioni. Comunque sia, tralasciando queste critiche, pare innegabile che le differenze rilevate tra le convenzioni internazionali e la direttiva 1937/2019 portino gli Stati membri a doversi confrontare, detto in breve, con una diversa “selettività” delle due fonti rispetto alle “menzogne”⁸⁵.

L'Unione europea ha ratificato la Convenzione di Merida (ONU) contro la corruzione⁸⁶. La conclusione di quanto si è venuti fin qui argomentando è che la direttiva 1937/2019 non ne rappresenti affatto la continuazione, bensì un radicale e per taluni aspetti discutibile mutamento di prospettiva.

4. *Una direttiva che vede già compiuta la propria parabola?*

Solo per una serie di ragioni contingenti, tre anni di vigenza della direttiva (UE) n. 1937/2019 sono passati senza che la giurisdizione italiana abbia tratto conseguenze dalla regola, accolta dalla Corte di

⁸⁵ Id., *op. cit.*, p. 148.

⁸⁶ Decisione 2008/801/CE del Consiglio, del 25 settembre 2008, relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione. Ciò dovrebbe rendere esperibile il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per qualsiasi norma ivi contenuta, anche se di competenza dell'UE; cfr. P. PUSTORINO, *In tema di applicazione nell'ordinamento italiano delle convenzioni internazionali sul contrasto alla corruzione*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2014, p. 473 ss., in part. 478.

Giustizia, secondo la quale l'obbligo di garantire l'effetto utile di una direttiva sussiste anche prima della scadenza del termine per l'adattamento ad essa dell'ordinamento nazionale⁸⁷.

Molto si è scritto sulle nuove garanzie introdotte dalla direttiva 1937/2019, ma poco ci si è soffermati sul fatto che esse potrebbero già oggi essere fatte valere davanti a un giudice italiano. La direttiva in questione – e non si dice così nulla di nuovo – è infatti già parte dell'ordinamento nazionale. Le tecniche di integrazione europea attraverso la via giudiziaria (il modo in cui si forma l'effetto diretto delle norme dell'Unione europea all'interno degli Stati membri) fanno parte di un argomento ben noto e che, questo sì, non ha bisogno di essere ricordato. Mi pare invece significativo il fatto che, malgrado tutto, nulla di tutto ciò si sia verificato nel caso della direttiva 1937/2019.

Se al momento dell'entrata in vigore della direttiva (16 dicembre 2019) la protezione degli informatori fosse stata radicata nello spirito delle burocrazie italiane ed avesse prodotto una casistica giurisprudenziale di proporzioni sufficienti, oggi ci troveremmo con ogni probabilità ad analizzare le conseguenze di un contraccolpo normativo già verificatosi sulla legislazione interna. Dovremmo allora soltanto occuparci di una serie di problemi minori, importanti quanto si vuole, ma non certo paragonabili a quelli che pone un istituto ancora quasi del tutto estraneo all'ordinamento nazionale.

Valga l'esempio delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo. L'art. 12 della direttiva *Bolkestein* non è, in fondo, *self-executing* più di quanto lo siano diverse disposizioni della direttiva sul *whistleblowing*. Eppure i giudici nazionali non hanno esitato a qualificarlo come norma di diretta applicazione (scatenando una delle più famose vicende giudiziarie degli ultimi anni). Dove si trova allora la differenza? Non nella qualità delle norme, ma nell'esistenza di destinatari disposti a farle valere in giudizio: la riorganizzazione delle concessioni di spiaggia

⁸⁷ L'Autorità nazionale anticorruzione, nelle linee guida del 2021 sul *whistleblowing* (delibera n. 469 del 9 giugno 2021), ha tenuto in considerazione a più riprese le modifiche del quadro normativo determinate dalla direttiva 1937/2019, ma lo ha fatto nei limiti dello stretto necessario ed in funzione quasi esclusivamente previsionale, mettendo l'accento sulla possibilità di variare le linee guida dopo l'entrata in vigore della legge nazionale di recepimento.

scuote più interessi di quanti non ne sommuova il coordinamento degli uffici finalizzato ad agevolare le segnalazioni degli informatori.

Sta di fatto che dal 16 dicembre 2019 l'effetto utile di alcune disposizioni della direttiva potrebbe già determinare la qualificazione di *whistleblower* del dipendente, che, forte dei diritti conferitigli dall'ordinamento giuridico dell'Unione, trovasse il coraggio di esercitarli.

Ci si potrebbe chiedere, ad esempio, come un giudice italiano dovrebbe comportarsi davanti a una pretesa basata sugli articoli 15 e seguenti della direttiva, con la quale lo stesso informatore o un terzo – poniamo, un giornalista utilizzatore professionale della notizia – assumesse, chiedendo di attivare i mezzi di salvaguardia dell'adempimento degli obblighi comunitari dello Stato, l'esistenza *attuale* di una libertà del *whistleblower* di rendere di dominio pubblico la segnalazione, ignorata dai canali amministrativi, malgrado la legge italiana ancora non abbia permesso tale comportamento. Altro caso potrebbe essere quello di una pubblica amministrazione o di un datore di lavoro privato che impugnasse una sanzione dell'Autorità nazionale anticorruzione, sostenendo di aver correttamente sanzionato il *whistleblower* il quale aveva divulgato al pubblico la notizia, anziché attenersi alla l. n. 179/2017.

Oppure ci si potrebbe interrogare sulla portata dell'art. 4 della direttiva, che comprende tra le persone segnalanti anche quelle «*aventi la qualità di lavoratore autonomo ai sensi dell'articolo 49 TFUE*», permettendo anche a collaboratori e consulenti della pubblica amministrazione di beneficiare degli effetti della direttiva: esattamente il contrario di quanto prevede l'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001, letto in combinazione all'art. 3 l. n. 179/2017, che esclude l'esistenza della «giusta causa di rivelazione» quando l'informatore sia «venuto a conoscenza della notizia in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l'ente». Almeno per i settori di interesse dell'Unione, la direttiva risolve l'annosa questione dell'ampiezza da dare alla nozione di lavoratore ai fini dell'applicazione delle norme sul *whistleblowing*.

Si ricorderà quanto ed in che termini problematici, rispetto all'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 54-bis, sia stata dibattuta la posizione dei collaboratori o consulenti, ai quali il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, art. 2, comma 3) impone di estendere «*per quanto compatibili*» gli obblighi di condotta

valevoli per i dipendenti, inclusi dunque gli obblighi di rispetto delle misure di prevenzione della corruzione (art. 8 D.P.R. cit.). L'art. 3 della l. n. 179/2017 invece, come s'è adesso ricordato, sostanzialmente lo nega: la norma prevede che ai consulenti e agli *assistenti* (si notino le nozioni imprecise e non concordanti con il Codice di comportamento), i quali abbiano segnalato un illecito attenendosi all'art. 54-bis, non si applichi la causa di giustificazione per i reati di cui agli artt. 326, 622 e 623 c.p., confermando in capo ad essi la persistenza del segreto professionale.

A questo inconveniente dovrebbe porre rimedio il legislatore, come aveva già sottolineato l'Autorità anticorruzione nella determinazione n. 6/2015 (prima della riforma del 2017)⁸⁸. Ma dopo il 16 dicembre 2019 potrebbe accadere che il consulente o collaboratore si ritenesse senz'altro legittimato a vestire i panni del *whistleblower* pur in assenza di una norma interna di adattamento.

Di fronte a un'iniziativa processuale fondata sulla direttiva, dunque, difficilmente il giudice italiano potrebbe sottrarsi al proprio obbligo di rinvio alla Corte di Giustizia, onde accertarsi che l'interpretazione della direttiva n. 1937/2019 non osti all'art. 54-bis e alle norme ad esso collegate. Né il giudice potrebbe sottrarsi – benché il discorso si faccia qui più complicato – al dovere di risolvere l'antinomia disapplicando la norma interna, sia essa l'art. 54-bis, l'art. 326 c.p. o altra disposizione che incrimini l'informatore a causa della rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto (considerando che dal 17 dicembre 2021 è scaduto il termine di recepimento della direttiva per il settore pubblico⁸⁹). Ancora, potremmo supporre l'impugnazione di un atto ritorsivo assunto da un datore di lavoro, pubblico o privato, nei confronti di un dipendente che, per avventura, abbia rotto l'obbligo di segreto confidando nella copertura accordatagli dalle nuove disposizioni europee: s'immagini un *whistleblower* licenziato dalla pubblica amministrazione per aver dato

⁸⁸ Auspicando «un intervento del legislatore volto ad estendere misure di tutela analoghe a quelle previste dall'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 anche alle menzionate categorie di soggetti, in costanza di rapporto di lavoro o collaborazione».

⁸⁹ Ci si potrebbe chiedere, ad esempio, se il comportamento del *whistleblower* conforme all'art. 21 comma 2, che a certe condizioni assicura all'informatore l'esonero da responsabilità per la divulgazione di informazioni riservate, non imponga al giudice la disapplicazione dell'art. 326 c.p. (rivelazione di segreti d'ufficio).

alla stampa la notizia di un illecito dopo avere inutilmente percorso i canali di segnalazione interna e all'ANAC. Non dovrà forse, il giudice del lavoro, dichiarare nullo il licenziamento, malgrado l'assenza della legge nazionale di attuazione?

E che dire del «facilitatore»? Stando alla direttiva, è una *«persona fisica che assiste una persona segnalante nel processo di segnalazione in un contesto lavorativo e la cui assistenza deve essere riservata»*. Se oggi un tal compito fosse concretamente svolto da un responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) o un organismo di vigilanza di un'impresa soggetta al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (ODV), da un'associazione sindacale o ancora, da un'associazione di professionisti legali con lo scopo di aiutare il lavoratore ad assumere la veste di informatore nel rispetto delle norme di legge, (eventualità normale, anzi essenziale all'effettività del *whistleblowing* negli Stati Uniti), lo si dovrebbe intendere come comportamento di rilevanza penale, solo perché la direttiva non è ancora stata recepita nell'ordinamento italiano?

Gli esempi potrebbero continuare a lungo, ma inutilmente. La direttiva n. 1937/2019 è una miniera di disposizioni che conferiscono diritti ai singoli, per cui non è certo difficile, virtualmente, ipotizzare antinomie da risolvere accordando prevalenza al diritto dell'Unione.

Sta di fatto, come si accennava, che di questa fattiva cooperazione giudiziaria all'effetto utile della direttiva si può ragionare solo attraverso congetture, perché in Italia le norme sulla protezione degli informatori hanno conosciuto soltanto sporadiche apparizioni contenziose.

La direttiva 1937/2019, con qualche probabilità, vede essa stessa il compimento della propria parabola. Non dobbiamo, a me pare, trascurare questa ipotesi: non è detto che la giovane età di questo atto legislativo deponga a favore degli obiettivi da esso dichiarati, né che in futuro vedremo regolarmente i *whistleblowers* prodigarsi per il «benessere della società». Soprattutto non va dimenticato il potere delle forze sociali che si confrontano con la legge, il sindacalismo e le autonomie territoriali, che potrebbero di fatto lasciare sulla carta le norme più eccessive ed irrealizzabili di questo atto legislativo. E per tutte le cose dette fin qui, se la direttiva rimanesse inattuata – perlomeno nel suo scopo di «riconversione etica», su cui si è cercato di porre l'accento – non sarebbe poi un esito così infausto.

5. *La sola, vera lezione statunitense: l'importanza di evitare il whistleblowing*

Dove invece si ha l'impressione di una certa concretezza del *whistleblowing*, è nella sfera delle modifiche richieste per la messa a norma delle organizzazioni pubbliche e private; nell'esercizio, quando occorre, delle potestà di vigilanza; nel mercato dei beni e dei servizi necessari all'approntamento delle infrastrutture, anche informatiche, necessarie alla creazione dei canali di segnalazione. Da questo angolo di visuale l'effettività del *whistleblowing* non si può dire mancante: la si desume però dall'insieme di fatti puramente preparatori, dal numero di organizzazioni che si dotano di meccanismi di autocontrollo e nella stessa esistenza delle competenze attribuite all'Autorità nazionale anticorruzione. In buona sostanza, il *whistleblowing* è effettivo nel momento stesso in cui si presenta agli occhi dei lavoratori come infrastruttura materialmente messa a disposizione dall'ente. Assumendo questo criterio di analisi, esso torna a conciliarsi con il suo riferimento più immediato, che è un riferimento oggettivo: il *whistleblowing* viene in rilievo come un servizio teso alla prevenzione dell'illegalità, esistente anche se poco o mai utilizzato. E solo così, tra l'altro, può essere trattato nella logica aziendalistica che vediamo sempre più dominante nella moderna esperienza dell'amministrazione e della medio-grande impresa: se ne potrà parlare in una cornice di *policy*, di *corporate governance*, di *due diligence aziendale*, di *normazione tecnica*, la cui applicazione porta alla realizzazione di un *quid novi* costituito da cose o beni accessibili ai lavoratori. Ma, come molti servizi destinati ad operare in situazioni di emergenza, l'importante è che esista la garanzia di utilizzabilità dell'infrastruttura in caso di necessità; non importa vedere, oltre al *whistleblowing*, i *whistleblowers*. In tal senso potrebbe essere inquadrato anche il d.lgs. n. 24/2023 di attuazione della direttiva 1937/2019: un atto la cui effettività si potrà misurare non dal numero di segnalazioni, ma in termini *qualitativi* e di adeguamento organizzativo del servizio da erogare agli eventuali informatori. A questo proposito, le voci di alcuni studiosi statunitensi non possono essere facilmente trascurate, laddove imputano il problema dell'effettività del *whistleblowing* non tanto alla sua scarsa utilizzazione, di per sé del tutto fisiologica, quanto alla necessità di evitarlo, giacché *«whistleblowing is always proof of organizational trouble (...) is also proof of manage-*

*ment failure*⁹⁰. L'importanza di evitare il *whistleblowing* – non, si badi, di opporsi al *whistleblowing*, ma di aggirarlo o prevenirlo – è una base su cui riaprire un nuovo dibattito “culturale”, non più per chiedersi come rimuovere gli ostacoli alla “soffiata”, ma per mettere a fuoco, in modo più fecondo di quanto finora sia stato fatto, le misure idonee a garantire quel benessere organizzativo – il solo, autentico benessere della società – capace di impedire il verificarsi delle condizioni che portano il lavoratore di fronte al “dilemma etico”. Colui che “soffia nel fischietto” non denota nulla di positivo o di virtuoso, giacché il *whistleblowing* non è, se non quel fenomeno che uno studioso ha definito quasi “involontariamente”, ma, a mio parere, come meglio non si potrebbe: «una scelta molto difficile da affrontare per gli individui in possesso di informazioni circa pratiche immorali, illegittime o illegali all'interno dell'organizzazione che valutano se denunciarle o meno»⁹¹. La tutela dei *whistleblowers* non deve spingere i lavoratori verso il “dilemma”, ma impedire che si presenti. Qui, io credo, stanno i presupposti di un profondo ripensamento del tema. E forse, l'unica vera “lezione” statunitense.

⁹⁰ M. DAVIS, *Avoiding the Tragedy of Whistleblowing*, in *Business & Professional Ethics Journal*, 8 (4), 1989, p. 3 ss., in part. 7. Si vedano in particolare le p. 10 ss. Il tema è ripreso da R. RUFFINI, *Come evitare il trauma del whistleblower: una prospettiva organizzativa*, in A. DALLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., p. 409 ss.

⁹¹ R. RUFFINI, *op. cit.*, p. 414.

La prevenzione della corruzione nei contratti pubblici a dieci anni dalla l. n. 190/2012: prove di un nuovo diritto amministrativo (tra risultato, fiducia e discrezionalità)

*Barbara Boschetti
e Nicola Berti*¹

Dopo aver analizzato l'impatto trasformativo delle matrici originarie del diritto anticorruzione nei confronti del complessivo sistema amministrativo italiano, e del settore dei contratti pubblici in particolare, il contributo si focalizza sulle strategie di prevenzione della corruzione perseguite dal legislatore nei e attraverso la regolazione dell'attività negoziale della pubblica amministrazione, evidenziandone pregi e limiti, nonché vagliandone l'attualità alla luce della complessiva deregolamentazione delle procedure di gara, già sperimentata nel contesto emergenziale, e destinata a consolidarsi in uno con la valorizzazione della discrezionalità amministrativa operata dallo schema di nuovo Codice.

1. *Prevenzione della corruzione e sistema amministrativo*

Il c.d. diritto anticorruzione ha senz'altro contribuito a cambiare il sistema amministrativo a 360°: lo stile della regolazione, l'essere e il fare amministrazione. Ha toccato anche la dimensione teorico-dogmatica, consentendo di guardare sotto altra luce e di rileggere alcuni istituti centrali del diritto amministrativo. Un rinnovamento in cui emergono i danni prodotti, o quantomeno i limiti, del c.d. metodo giuridico².

Questo potenziale trasformativo si deve ad alcune delle matrici originarie, classiche, del diritto anticorruzione: la prima è appunto la matrice preventiva, che ha consentito di guardare alla corruzione con un approccio diverso da quello della responsabilità, del suo accertamento e sanzione,

¹ Per i fini per cui l'indicazione è richiesta, si segnala che i parr. 1 e 2 sono da attribuire a Barbara Boschetti e i parr. 3, 4 e 5 a Nicola Berti. Nel par. 1 si riprendono le osservazioni svolte al Convegno *La disciplina anticorruzione a 10 anni dalla legge 190/2012*, Organizzato dall'Università Ca' Foscari, Venezia, il 30 novembre 2022.

² B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, Politica, Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 8.

mettendo in evidenza la centralità, a fini preventivi, del comportamento delle organizzazioni complesse, tanto private quanto pubbliche; la seconda, consequenziale alla prima, è la matrice ultra-penalistica, che permette di ridefinire il concetto di corruzione in senso ampliativo, arrivando ad abbracciare il concetto di *maladministration* e di contrasto alla illegalità³. Come si vedrà successivamente (par. 2), queste due matrici producono effetti ancor più pervasivi sul sistema dei contratti pubblici, con l'innesto, l'interiorizzazione, della prevenzione della corruzione entro il diritto dei contratti pubblici⁴.

Ebbene, queste due matrici possono essere fatte risalire al diritto anticorruzione internazionale e, in particolare, alle due convenzioni da cui prende vita la legge 6 novembre 2012, n. 190: la convenzione ONU del 2003 e la convenzione OCSE del 1997. Sebbene la prima, e più recente, sia la più evoluta e assuma maggiore importanza ai nostri fini per l'attenzione che è data alla prevenzione della corruzione attraverso le organizzazioni pubbliche (a partire dalle previsioni di apparati istituzionali dedicati alla prevenzione della corruzione, agenti quale "autorità nazionale anticorruzione"), la seconda, e più risalente, pure incentrata sul settore privato, contribuisce in modo non secondario a delineare il modello di prevenzione della corruzione di cui alla stessa Convenzione di Merida e, a livello interno, alla legge n. 190/2012.

Grazie alla Convenzione OCSE del 1997, infatti, entra nella strategia internazionale di prevenzione della corruzione (penale) l'approccio adottato nel 1977 dagli Stati Uniti con il *Foreign Corruption Practices Act* (FCPA)⁵ all'indomani degli scandali *Lockheed* e *Watergate*, costruito, in termini assolutamente innovativi, su misure di tipo organizzativo, di registrazione e trasparenza contabile, anche a beneficio degli investitori (*reportsbooks, registers, internal accounting: US Code, Chapter 15, § 78 (a) (b)*); nonché sull'utilizzo di strumenti di *soft regulation*, quali linee guida dell'*Attorney General, US Code, Ch. 15, 78 dd-1 (d)*, ma anche pareri

³ R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018; V.M. DONINI, *Prevenzione della corruzione. Strategie, sfide, obiettivi*, Roma, Carocci editore, 2022.

⁴ *Infra*, par. 2.

⁵ Il testo è rinvenibile all'indirizzo <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>.

resi dal *Department of Justice* su istanza di parte (l'interpello preventivo di cui al *US Code, Ch. 15, § 78 dd-1 (e)*) e successivamente pubblicate. Insomma, grazie a questa contaminazione di cui la convenzione OCSE si fa portatrice, la dimensione organizzativa rimarrà al centro delle strategie di prevenzione della corruzione, anche nell'ambito della pubblica amministrazione, giustificando il sorgere, sia di nuove forme di regolazione non vincolanti (ma non prive di effetti giuridici, anche sul piano della responsabilità) specificamente finalizzate ad orientare, anche in ottica di miglioramento costante, il comportamento delle organizzazioni *compliant* con le previsioni di legge, sia di un nuovo modello di amministrazione cooperante (che sarà poi esportato anche al sistema dei contratti pubblici).

La Convenzione ONU del 2003 si pone nel solco così tracciato, segnando alcuni passi in avanti: innanzitutto, sempre in nome della centralità della dimensione organizzativa in ottica di prevenzione della corruzione, viene individuato un pacchetto di misure avente ad oggetto le organizzazioni pubbliche; inoltre, viene individuato un nuovo spazio di politica pubblica di prevenzione della corruzione, oggetto di valutazione e orientata al miglioramento costante, tanto sul piano delle prassi, quanto su quello regolatorio e dello strumentario amministrativo, che abbraccia tanto il settore privato quanto quello pubblico; infine, alla politica di prevenzione della corruzione è ricondotta anche la promozione dell'integrità, della responsabilità e della buona fede nella gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici (art. 1, co. 1, lett. a) e c)).

È, dunque, con questa ampiezza, che le due matrici originarie del c.d. diritto anticorruzione, quella preventiva ed *extra*-penale, ne determinano l'impatto sul sistema degli scambi internazionali⁶ e, a livello interno, sul sistema amministrativo, coinvolgendo inevitabilmente tanto la dimensione

⁶ La regolazione anticorruzione rappresenta uno dei profili regolatori inseriti negli accordi commerciali in corso di negoziazione (ad esempio, TTIP); è oggetto dell'attività del WTO (il primo GPA è, significativamente, del 1994); della stessa politica estera dell'Unione europea: si ricorda, tra tutti, lo *GSP+ Scheme* (disponibile all'indirizzo: <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/content/generalised-scheme-preferences-plus-gsp>). Per un approfondimento, si veda il documento di *Transparency international* a firma di M. JENKINS, *Anti-corruption and transparency provisions in trade agreements*, disponibile all'indirizzo: <https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Anti-corruption-and-transparency-provisions-in-trade-agreements-2018.pdf>.

regolatoria, quanto quella organizzativa e procedimentale, cioè dell'essere e fare amministrazione.

Sul piano regolatorio, il diritto anticorruzione dà impulso ad un vero e proprio *diritto preventivo*, in cui la prevenzione non entra come semplice oggetto o principio, ma come logica di fondo/approccio dell'intero impianto normativo-regolatorio. Chiaramente non è il primo esempio di diritto orientato alla prevenzione (basti pensare a quello ambientale): è, però, il primo in cui la logica preventiva si realizza attraverso la conformazione della dimensione organizzativa e di governance dei soggetti, tanto privati (l. 29 settembre 2000, n. 300 e d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), che pubblici (l. 3 agosto 2009, n. 116 e l. n. 190/2012, c.d. legge Severino, seguiti poi dai decreti di attuazione delle varie deleghe in essa contenute). In ragione di ciò, si introducono strumenti di *risk assessment* capaci di orientare il comportamento delle organizzazioni e dei loro agenti (per il pubblico, il sistema dei piani anticorruzione⁷) verso i fini di pubblico interesse, così sovvertendo, attraverso il riconosciuto primato della prassi, la tradizionale logica della *compliance* legale. Sempre a questo fine, in linea con la strategia inaugurata dal diritto anticorruzione delle origini (il FCPA del 1977) e con il diritto anticorruzione di matrice internazionale⁸, ma innovando rispetto al tradizionale sistema delle fonti, si ricorre a strumenti di *soft regulation* (tra questi, anche il Piano nazionale anticorruzione⁹), che vengono promossi e rafforzati dal

⁷ In termini efficaci, parla di auto-regolazione responsiva R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. amm.*, 1, 2019, p. 125 ss.

⁸ Sulla centralità della *soft law* anticorruzione a livello internazionale, sia consentito rinviare a B.L. BOSCHETTI, *Pathways of anti-corruption in the global arena*, in *Jus-online*, 2018.

⁹ Proprio la natura orientativa, di indirizzo, del PNA consente di definire decentrato il modello di *risk management* anticorruzione adottato dal nostro Paese. Definiscono la scelta tardiva ma coraggiosa, A. HINNA, F. ROTONDI, F. CESCHEL, *Il sistema del rischio di corruzione tra risk management e chance management*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi*, Roma, Carocci editore, 2017, p. 181. Tale decentramento si ha anche all'interno del sistema dei contratti pubblici, per il ruolo ricoperto dalle singole stazioni appaltanti nella politica di prevenzione della corruzione. per una critica al processo di centralizzazione degli acquisti: A. GIANNELLI, *Il PNRR come opportunità, mancata, per rileggere in chiave critica il progressivo (ma non inesorabile) accentramento delle funzioni di acquisti*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 741). Oltre al PNA, effetto di indirizzo assumono anche le relazioni annuali predisposte dalle autorità di settore sull'attività svolta, così come i pareri pubblicati. Per una definizione e una analisi comparata: B. BOSCHETTI, M.D. POLI, *A Comparative Stu-*

legislatore attraverso vari meccanismi (di *name and shame* o *comply or explain*, ovvero il riconoscimento di effetti giuridici)¹⁰. Prende così forma una vera e propria regolazione di accompagnamento, che filtra attraverso risposte a quesiti (anche informali), pareri preventivi, forme di vigilanza collaborativa, e con ricadute generali, linee guida, raccolte di *best practices*, predisposizione di atti-tipo, tassonomie¹¹, contribuendo a rinnovare il rapporto amministrativo per come tradizionalmente inteso¹². Dal punto di vista teorico, questo diritto preventivo segna il passaggio a un approccio regolatorio *as a service* (cui si conforma anche il Piano nazionale di ripresa e resilienza¹³), di una normatività che si fa carico non solo della propria attuazione, ma di assicurare l'effettività dei fini pubblici perseguiti ri-orientando il comportamento degli agenti. Sul piano organizzativo, il diritto anticorruzione, discostandosi dalle precedenti strategie anticorruzione poste in essere nel nostro Paese¹⁴, costringe a guardare all'organizzazione in una dimensione nuova, certamente diversa da quella offerta dal diritto amministrativo tradizionale: quella della *governance*. È proprio questa prospettiva, infatti, a porre in evidenza l'essenzialità della dimensione del comportamento di chi opera nella, e con la, pubblica amministrazione (questa attenzione si estende

dy on Soft Law. Lessons from the Covid-19 Pandemic, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 23, 2021, pp. 1-34.

¹⁰ Pur nell'ambivalenza della giurisprudenza della Corte di giustizia UE in tema di *soft law* delle autorità di regolazione europee, si segnala da ultimo CGUE, sentenza 15 luglio 2021, c-911/19 (Grande sezione), che conferma (e protegge) l'effetto di affidamento che dalla *soft law* consegue la sua rilevanza al fine di instaurare prassi di vigilanza uniformi, la sua legittimità nel quadro del diritto UE.

¹¹ Ad es. la tassonomia per le attività sostenibili di cui al Reg. UE 2020/852, da integrarsi con l'attesa tassonomia sociale europea su cui, da ultimo, il *Final Report on Social Taxonomy* pubblicato dalla *Platform on Sustainable Finance*, che traggono spunto da una varietà di fonti tra cui la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e gli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, nonché le Linee Guida OCSE destinate alle Imprese Multinazionali.

¹² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, cap. 3.

¹³ B. BOSCHETTI, M.D. POLI, *The pandemic curvature of democratic space/time. A legal perspective*, in D. PALANO (a cura di), *State of emergency. Italian democracy in times of pandemic*, Milano, EDUCatt, 2022, p. 39; B. BOSCHETTI, *Dalle riforme alla governance. La pubblica amministrazione nel PNRR*, in *Pandora Rivista*, 2, 2021, p. 158.

¹⁴ B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, Politica, Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, *passim*.

alla società generalmente intesa, tanto più se si ragiona in una prospettiva di integrità per il bene comune e lo stato di diritto¹⁵) e, dunque, di una normatività etica, del comportamento (e *rating* comportamentale)¹⁶; ancor più, l'essenzialità della selezione e cura del capitale umano dell'amministrazione, il che significa anche, come indica la Convenzione ONU, dare rilievo alle *attitudini* nella selezione dei *civil servant*, all'adeguatezza del trattamento stipendiale, alla competenza e alla formazione continua (tutti temi al centro del nuovo alfabeto della pubblica amministrazione delineato dal PNRR¹⁷); la dimensione ecosistemica delle politiche di prevenzione della corruzione¹⁸ e la complessità relazionale dei contesti entro cui operano le organizzazioni pubbliche, da cogliere anche nel rapporto interno-esterno (ai fini, ad esempio, della valutazione dei rischi, dei conflitti di interesse, dell'applicazione della tutela dei *whistleblower*, delle misure di trasparenza e di informazione del pubblico¹⁹); infine, quasi paradossalmente per i fini che tradizionalmente e costituzionalmente definiscono l'amministrazione e la sua azione, la necessità di impegnare anche le organizzazioni pubbliche sul piano della *social responsibility* e, dunque, a dare il proprio contributo alla tutela dei diritti umani e degli *UN SDGs* 2030. Sul piano teorico, lo svelamento di questa nuova dimensione dell'organizzazione porta con sé la necessità di interrogarsi su cosa sia oggi l'organizzazione amministrativa, tanto più se si tiene in considerazione l'imminente passaggio al modello *government as a platform* (di cui al *Digital Compass* 2030 UE)²⁰.

¹⁵ In questo senso l'art. 1 della Convenzione di Merida.

¹⁶ F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni: un lessico*, Prefazione di R. CANTONE, Roma, Donzelli, 2021. Sul *rating* comportamentale, R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management*, cit., p. 125 ss. Sui codici di comportamento, da ultimo, M. DONINI, *Prevenzione della corruzione*, cit., p. 97 ss.

¹⁷ B. BOSCHETTI, B. CELATI, Rapporto *La buona amministrazione*, per Laboratorio Futuro (Istituto Toniolo), ottobre 2022.

¹⁸ Lo conferma, a tacer d'altro, il carattere indipendente dell'Autorità nazionale anticorruzione, sia in relazione al sistema amministrativo, sia in relazione al sistema dei contratti pubblici ove svolge il ruolo di autorità di vigilanza e regolazione.

¹⁹ Artt. 10-11 della Convenzione di Merida.

²⁰ B. BOSCHETTI, *La transizione della pubblica amministrazione verso il modello government as a platform*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 1 ss.

Sul piano dell'azione amministrativa, il diritto anticorruzione porta in evidenza la dimensione di processo e di ciclo (addirittura, di meta-cicli), entro cui prendono forma nuovi spazi procedurali che oltrepassano quelli dei tradizionali istituti del diritto pubblico, a partire dal procedimento amministrativo. È in questa dimensione procedurale allargata che si realizza la prevenzione della corruzione e la costruzione di una amministrazione orientata all'integrità, alla legalità e al bene comune, secondo le indicazioni della Convenzione di Merida che si sono innanzi richiamate. Sono queste le nuove dimensioni rispetto alle quale ripensare, sia in termini teorici che sul piano normativo, il rapporto amministrativo, le funzioni di vigilanza e il controllo, ma anche la responsabilità, per come ridefinita dal principio di buona fede²¹, la re-ingegnerizzazione della macchina amministrativa e delle politiche pubbliche²². Di questo il sistema dei contratti pubblici è contesto ideale di riferimento.

2. Prevenzione della corruzione e sistema dei contratti pubblici

Tra prevenzione della corruzione e sistema dei contratti pubblici esiste una correlazione stretta e peculiare al tempo stesso: stretta perché il sistema dei contratti pubblici costituisce, per così dire, ambito privilegiato di operatività delle politiche volte a contrastare i fenomeni corruttivi e l'illegalità, anche a livello internazionale²³; peculiare perché proprio nel sistema dei contratti pubblici le politiche di prevenzione della corru-

²¹ Per un'analisi delle ricadute della buona fede sulla responsabilità della PA e sulla dimensione relazionale con la PA, B. BOSCHETTI, *Sulla responsabilità per danni delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob)*, Cass., 27 ottobre 2020, n. 23489, in *Giur. comm.*, 4, 2021, pp. 741-755.

²² A testimonianza del collegamento tra prevenzione della corruzione, trasparenza e re-ingegnerizzazione costante della macchina amministrativa può farsi riferimento al Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), introdotto dall'art. 6, co. 2, d.l. 9 giugno 2021, n. 80 (che fa salve le discipline di settore, tra cui anche la l. 190/2012). Sulla re-ingegnerizzazione delle procedure, B. BOSCHETTI, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Forme adattative tra settori e sistemi*, Pisa, ETS, 2018.

²³ Si veda l'art. 9 della Convenzione di Merida (Stipulazione di appalti pubblici e gestione delle finanze pubbliche); ovvero gli accordi sul Government procurement in seno al WTO; intensissima l'attività anticorruzione dell'OCSE dedicata al settore appalti pubblici, con gli anti-bribery standards del 2020, il rapporto 2022 finalizzato a contrastare le manipolazioni delle offerte (la lista compelta è disponibile all'indirizzo: <https://www.oecd.org/corruption-integrity/explore/topics/public-procurement.html>). Per un approfondimento, B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the Eu: a new deal?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2017, p. 1129 ss.; B. BOSCHETTI, *Pathways of anti-corruption in the global arena*, cit.

zione si sono sviluppate con modalità particolari, sia le caratteristiche proprie del ciclo acquisti, sia per scelte compiute dal legislatore con riguardo a questo settore (anche su stimolo del diritto internazionale²⁴, o europeo²⁵)²⁶.

Una scelta, in particolare, peraltro tutta italiana²⁷, ha però contribuito, più di altre, a plasmare il modello di prevenzione dei contratti pubblici nel sistema dei contratti pubblici italiano: ossia, l'individuazione dell'Autorità nazionale anticorruzione (anche) quale autorità di vigilanza nel settore dei contratti pubblici (in sostituzione dell'Autorità di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 6 del Codice del 2006 allora vigente). Come noto, si tratta di una scelta dettata dalla volontà/necessità di rassicurare la comunità internazionale a valle di alcune vicende penali riguardanti gli appalti per Expo 2015²⁸, che ha però avuto implicazioni durature e strutturali, sia per il sistema di prevenzione della corruzione sia per il sistema dei contratti pubblici.

Non ci si riferisce solo alle strategie regolatorie innovative in quella occasione introdotte in via emergenziale, e poi "stabilizzate": quali le verifiche anticipate di legittimità sugli atti di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici (vigilanza collaborativa), ovvero le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione²⁹. È, infatti, con l'entrata in vigore

²⁴ *Retro*, nota 22.

²⁵ Da ultimo, le direttive 2014/23/Ue, 2014/24/Ue, 2014/25/Ue.

²⁶ Per tutti, da ultimo, E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 641. Dello stesso autore si segnala, in uscita, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023.

²⁷ Pur nella pluralità di modelli di autorità nazionali anticorruzione, la scelta italiana di individuare in questa autorità anche quella di vigilanza sul settore dei contratti pubblici è senz'altro un tratto identitario e distintivo. Per la lista completa: <https://www.coe.int/en/web/greco/national-anti-corruption-authorities>.

²⁸ Il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazione dalla l. 11 agosto 2014, 114 ha disposto (con l'art. 19, commi 1 e 2) che l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui all'art. 6 del d.l. 12 aprile 2006, n. 163 è soppressa e i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (ANAC), di cui al presente articolo, 13 del d.lgs. 27 ottobre 2009, 150, è ridenominata Autorità nazionale anticorruzione.

²⁹ Art. 32 d.l. 90/2014.

del nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016, di adeguamento alle direttive europee del 2014, che questa scelta svelerà tutto il suo potenziale trasformativo. Proprio a partire dal ridisegno del ruolo dell’Autorità nazionale anticorruzione, che agisce non più solo quale autorità di vigilanza e controllo di settore, ma quale autorità dotata di ampi (e prevalenti) poteri di regolazione finalizzati anche a “*prevenire e contrastare illegalità e corruzione*” (art. 213, co. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), prende avvio una nuova stagione per il sistema dei contratti pubblici e per la prevenzione, in tale ambito, della corruzione.

Lasciando sullo sfondo il sistema delle fonti atipico che il Codice del 2016 inaugura (con le famose linee guida integrative delle disposizioni di legge)³⁰, è principalmente in virtù dei suoi poteri di *soft regulation* orientativa e di facilitazione (art. 213, co. 2, d.lgs. n. 50/2016), dei suoi poteri di vigilanza funzionali alla ottimizzazione regolatoria, dei suoi ridotti poteri sanzionatori (che si limitano ad assistere l’attività di vigilanza, piuttosto che costituirne lo sbocco³¹), alla sua funzione di vigilanza collaborativa (art. 213, co. 3, lett. h)³², alla funzione consultiva *on demand* (ora) non vincolante (art. 211³³), ai suoi poteri di gestione (di banche dati, sistemi di accreditamento) e altro, l’autorità porta dentro il sistema dei contratti pubblici il modello di amministrazione collaborativo ispirato dal diritto anticorruzione internazionale.

Allo stesso tempo, il sistema dei contratti pubblici, re-interpretato dal Codice del 2016 in linea con la prospettiva di processo e di ecosistema

³⁰ C. DEODATO, *L’attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.-Tar.*, 9, 2018, p. 1559 ss. e dottrina *ivi* citata.

³¹ In modo senz’altro innovativo, e non facilmente armonizzabile con la natura degli altri poteri conferiti a ANAC, il nuovo art. 222, co. 3, lett. a) dello Schema di nuovo Codice dei contratti pubblici (<http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019.pdf&leg=XIX#pagemode=none>) attribuisce all’Autorità poteri sanzionatori in relazione ai compiti di vigilanza ad essa attribuiti.

³² F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, p. 804.

³³ W. GIULIETTI, *La vigilanza dell’a.n.a.c. in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 2022, p. 99; C. BENETAZZO, *Nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell’ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 5, 2018; M. DEL SIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, p. 758.

schiusa dal diritto anticorruzione³⁴, ha offerto all'Autorità la dimensione adeguata per attuare una politica di prevenzione della corruzione lungo tutto il processo acquisti (significativa la logica anticipatoria che passa per la programmazione e le fasi pre-gara), con la sua circolarità (esemplare la rilevanza degli illeciti professionali in fase di esecuzione sul piano delle cause di esclusione o l'istituto, rimasto inattuato, del *rating* d'impresa), esteso all'intero ecosistema pubblico/privato, con la sua relazionalità complessa (si pensi ai sistemi di qualificazione e accreditamento, alla vigilanza sulle stazioni appaltanti e sugli operatori economici), attento a cogliere, al di là della sequenza amministrativa e dei suoi atti, comportamenti e (buone) prassi, capacità e competenze, funzionalità delle dotazioni infrastrutturali materiali e digitali³⁵.

È possibile concludere che, anche, e soprattutto, grazie al duplice ruolo assegnato all'Autorità nazionale anticorruzione, sfruttando la sinergia tra strumenti regolatori propriamente anticorruzione (PNA *in primis*) e quelli previsti dal diritto dei contratti pubblici europeo e nazionale, nel sistema dei contratti pubblici, più che in altri settori, hanno trovato spazio le novità svelate dal diritto anticorruzione sul piano regolatorio, organizzativo e procedurale (*retro*, par. 1).

L'analisi, sin qui positiva, deve tuttavia tenere conto dello stato di sospensione in cui si è trovato il Codice dei contratti pubblici del 2016, dapprima a causa del lento e faticoso processo di piena implementazione delle decine di atti integrativi richiesti (rimasto incompiuto) e quindi, a causa delle crisi finanziaria (d.l. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. decreto Sblocca cantieri) e pandemica (con le norme derogatorie di cui al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. decreto Semplificazioni). Analoghe difficoltà hanno però incontrato, per ragioni diverse e legate alla malformazione congenita del diritto anticorruzione interno (a partire dall'articolo unico della legge Severino), anche molti degli istituti via via da questo introdotti e che hanno così faticato a trovare celere e piena applicazione all'interno del

³⁴ Cfr., ad esempio, PNA, aggiornamento 2015, Parte speciale, p. 26

³⁵ Centrale l'attivazione, grazie allo stimolo del PNRR (d.l. 31 maggio 2021, n. 77) del Fascicolo virtuale dell'operatore economico (attivo dal novembre 2022) e la progressione verso un ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale capace di abbracciare tutto il ciclo di vita (digitale) dei contratti pubblici, di cui alla Parte II dello schema di nuovo Codice dei contratti pubblici, cit. (art. 22 in particolare).

sistema dei contratti pubblici. A questi *stop* si sono andati sommando i ritardi nel processo di digitalizzazione della p.a. e, dunque, di digitalizzazione del processo acquisti, i freni alla piena condivisione e integrazione delle banche dati, le resistenze rispetto ad alcune novità introdotte (e mantenute anche nella nuova bozza di Codice oggi in discussione: tra cui la qualificazione delle stazioni appaltanti), l'incapacità assicurare il rinnovamento e l'aggiornamento del capitale umano dell'amministrazione (sia in termini di numeri che di formazione³⁶). Non ultima, una *amministrazione difensiva*³⁷ che è stata la prima a non fidarsi del nuovo modello di amministrazione e del ruolo attivo ad essa attribuito anche nel fare prevenzione della corruzione attraverso i contratti pubblici: a questo proposito va invero detto che proprio la prevenzione della corruzione, con l'approccio di *management* del rischio, la segmentazione dei processi e l'individuazione delle specifiche misure di prevenzione, avrebbe potuto restituire il coraggio di usare le procedure innovative e quelle ampie finestre di discrezionalità aperte dalle direttive europee del 2014 (come già, prima, quelle del 2004)³⁸.

Sono proprio questi ritardi, rifiuti, inefficienze e diffidenze a determinare quel *sovraccarico* regolatorio/formalistico sulle procedure di selezione (anche a fini di prevenzione della corruzione) che certamente allontana dalla buona gestione del sistema dei contratti pubblici e dal buon governo, che offre il là ai molti decreti di semplificazione e "taglia-procedure" che si sono susseguiti dal 2019 ad oggi (*infra*, par. 4)³⁹.

³⁶ Come richiesto dall'art. 9, co. 1, lett. e) della Convenzione di Merida in termini specifici per il personale coinvolto nel *procurement*.

³⁷ Sull'amministrazione difensiva si rinvia a AA.VV., «*Burocrazia difensiva: cause, indicatori, rimedi*», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2021, p. 1295 ss.

³⁸ Come rivelano i mutamenti all'art. 1 della legge Severino, il PNA si è progressivamente evoluto in uno strumento in un vero e proprio strumento di *risk management*, che ha potenziato anche la capacità di leggere il rischio corruttivo nel settore dei contratti pubblici, anche grazie ai servizi messi a disposizione dall'Autorità (si pensi, ad esempio, agli indicatori di rischio corruttivo negli appalti: <https://www.anticorruzione.it/rischio-corruttivo-negli-appalti>). Sulla necessità di distinguere discrezionalità e semplificazione procedimentale, S. TORRICELLI, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2018, p. 971 ss.

³⁹ Per tutti, E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 667.

3. *Prevenzione della corruzione attraverso i contratti pubblici*

Come noto, il “nuovo corso” della regolazione europea nella materia dei contratti pubblici – avviato con le direttive del 2014 – si caratterizza per un utilizzo strategico del mercato delle commesse pubbliche al fine di conseguire una serie di obiettivi “orizzontali” o “collaterali” connessi al programma “Europa 2020”⁴⁰. La tutela della concorrenza, dunque, non rappresenta più il fine “esclusivo” delle politiche pubbliche europee in materia, poiché ad essa si sono venuti ad affiancare una pluralità di interessi (ambientali, sociali, di sostenibilità in senso ampio) parimenti promossi *attraverso* il mercato dei contratti pubblici⁴¹.

Fra questi obiettivi “orizzontali”, un ruolo non secondario è assunto proprio dalla prevenzione della corruzione nel settore⁴². Aspirazione, quest’ultima, che pare destinata ad assumere una crescente centralità nel quadro europeo anche in relazione all’attuazione delle misure sostenute dal dispositivo per la ripresa e la resilienza, rispetto alla quale la prospettata riforma dei contratti pubblici assume una valenza notoriamente “abilitante”; e ciò, in particolare, ove si consideri come il Regolamento 2021/241/Ue, istitutivo del dispositivo, imponga agli Stati di adottare tutte le misure e i sistemi più idonei ad assicurare la prevenzione, l’individuazione e la correzione della corruzione, delle frodi e dei conflitti di interesse, nonché la trasparenza e l’informazione, anche in funzione antiriciclaggio, nella disciplina dell’attività negoziale della pubblica am-

⁴⁰ Cfr. B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the Eu: a new deal?*, cit., p. 1129 ss.

⁴¹ Vedi recentemente E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene editore, 2021; in argomento, imprescindibile è il riferimento a S. ARROWSMITH, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, 10(2), 2010, p. 149 ss.; S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 9 ss.

⁴² Cfr., ad esempio, i *considerando* nn. 16, 100 e 126 della Direttiva 2014/24/Ue, nei quali non solamente è rimarcata l’opportunità di evitare l’aggiudicazione dei contratti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un’organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione o di reati connessi al riciclaggio di denaro o al terrorismo, ma anche la necessità di rendere tracciabili e trasparenti i processi decisionali pubblici nei procedimenti di appalto al fine di garantire procedure leali e combattere efficacemente la corruzione e le frodi, così come di prevedere procedure per individuare, prevenire e porre rimedio ai conflitti di interesse.

ministrazione⁴³. Trattasi di esigenze che non possono ritenersi circoscritte alle sole procedure di “messa a terra” dei finanziamenti previsti dal PNRR, essendo il loro impatto “sistemico” sull’intera materia della contrattualistica pubblica – come meglio si vedrà – già attualmente apprezzabile. Il descritto approccio “integrato” alla regolazione dei contratti pubblici non è estraneo alla tradizione legislativa del nostro ordinamento. Anzi, va notato come – perlomeno sotto il profilo in esame – già i primi regi decreti disciplinanti le procedure di spesa delle pubbliche amministrazioni affiancassero all’originaria (e predominante) matrice “contabilistica” ed “erariale” anche una (pur embrionale) funzione di prevenzione della corruzione, da sempre particolarmente diffusa nel settore⁴⁴; solo successivamente aggiungendosi, sulla scorta dell’impulso europeo, la finalità di promozione della concorrenza (e, oggi, degli ulteriori obiettivi orizzontali precedentemente richiamati).

Non sorprende, dunque, che l’atteggiamento tradizionalmente assunto dal legislatore nazionale in materia sia stato (ed è per molti versi tutt’oggi) caratterizzato da una considerazione in larga parte “strumentale” della disciplina dei contratti pubblici rispetto al perseguimento delle politiche anti-corruttive, così come, del resto, emerge plasticamente dalla decisione di accorpate in capo ad una medesima autorità (ANAC) le funzioni di regolazione del settore e, insieme, di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.

Si tratta di un approccio che ben si sposa con la logica di tutela preventiva (e non eminentemente repressiva *ex post*) valorizzata dalla l. n. 190/2012, della quale viene così a completare la strategia, affiancando alla dimensione di trasparenza e *compliance* quella di regolazione delle attività contrattuali della pubblica amministrazione.

Un approccio che, in particolare, vede tradizionalmente nella stringente regolamentazione della *procedura* di aggiudicazione il principale grimaldello nella lotta alla corruzione, in quanto in grado di limitare o comunque ri-orientare i fattori che di quest’ultima rappresentano le

⁴³ Si v. in particolare, fra gli altri, i *considerando* nn. 39 e 40 e gli artt. 18, co. 4, lett. r), 19, co. 3, lett. j), 22 e 34 del Regolamento 2021/241/Ue.

⁴⁴ Cfr. E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., p. 135 ss.

principali condizioni, ossia – come è stato rilevato⁴⁵ – l'esercizio di un potere (la *discrezionalità* della scelta) e lo svolgimento di una funzione (la cura di un interesse *altrui*). E ciò, parimenti, nella convinzione che l'eliminazione della discrezionalità amministrativa (o perlomeno il suo deciso contenimento) sia capace di meglio garantire, insieme, anche la massimizzazione del risparmio pubblico e la leale concorrenza fra gli operatori.

Questa diffidenza nei confronti della discrezionalità⁴⁶ spiega inoltre il sospetto manifestato dal legislatore, in sede di prima “codificazione” della disciplina dei contratti pubblici, nei confronti degli istituti di flessibilità già previsti dalle direttive europee del 2004, a questi preferendosi una moltiplicazione di modelli procedurali rigidi e tassativi, idonei a condizionare *ex ante* le scelte dell'amministrazione, e una apertura alla negoziazione riservata agli appalti più modesti⁴⁷. Trattasi, a ben vedere, di uno scetticismo superato solo sulla “carta” dal Codice del 2016, stante la sotto-utilizzazione pratica delle procedure flessibili *ivi* previste (soprattutto rispetto alle medie europee), sintomo di un perdurante timore di “negoziare” che comprensibilmente assilla culturalmente i dipendenti pubblici, anche alla luce degli orientamenti di una parte della magistratura inquirente⁴⁸, nonché di una

⁴⁵ Il riferimento è a B.G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 337 s.

⁴⁶ Sulla discrezionalità come “problema” cfr. A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORI, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, spec. p. 265 ss.: «(l')attribuzione di un certo grado di discrezionalità nell'esercizio di mansioni pubbliche può essere vista (...) come una *risorsa* dell'azione amministrativa, che si traduce nell'attribuzione di una gamma più estesa di poteri sulle risorse gestite dagli agenti pubblici. (...) Ma al tempo stesso l'esito dell'esercizio di quei poteri discrezionali può risultare un'incognita, poiché amplia le opportunità di abusi di potere, cattiva amministrazione e collusione per l'agente, accrescendo parallelamente le istanze di responsabilità e controllo. Nel bilanciamento tra queste due istanze contrapposte (...) si giocano gli equilibri organizzativi che orientano le politiche pubbliche e l'attività contrattuale».

⁴⁷ Cfr. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2015, p. 325 ss.

⁴⁸ Rileva A. TRAVI, *Pubblica amministrazione: burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano, Vita e Pensiero, 2022, p. 96 s.: «si assiste così all'avvio di indagini penali per il fatto che il procedimento abbia comportato una negoziazione [...]. Si delinea insomma un 'secondo' diritto amministrativo, diverso da quello reale e fondato invece su orientamenti particolari coltivati in ambito penalistico; come risultato, viene disincentivato in linea pratica l'utilizzo di alcuni modelli nuovi che invece il legislatore aveva voluto privilegiare».

certa cultura del “sospetto” alimentata dall’opinione pubblica. Lo stesso fenomeno si sperimenta anche nei contratti c.d. sotto-soglia, per i quali vengono nella prassi di gran lunga preferite le procedure percepite come più semplici e meno “rischiose” (sotto il profilo del sospetto di condotte illecite), come ad esempio le aggiudicazioni al massimo ribasso, rispetto a procedimenti più complessi e performanti⁴⁹.

Non che difettino, nell’attuale impianto codicistico, taluni importanti istituti espressivi di un principio “dialogico” o comunque di “fiducia”: basti pensare, ad esempio, al soccorso istruttorio, al non automatismo espulsivo nelle fattispecie di esclusione discrezionali, al sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, al c.d. *self cleaning*. Si tratta, tuttavia, di previsioni che si fondano sull’esigenza del massimo *favor* per la partecipazione alle procedure di gara, in funzione di promozione del confronto concorrenziale, e pertanto risultano sempre orientati pro-imprese.

Dal lato dell’amministrazione, invece, l’equilibrio regolatorio appare nettamente sbilanciato su logiche di controllo formale e legalista delle procedure, anziché sulla verifica sostanziale del prodotto dell’attività negoziale. Eppure, l’approccio olistico alla contrattualistica pubblica, sposato dalle direttive europee di ultima generazione, apre alla possibilità di perseguire gli obiettivi orizzontali di sostenibilità (fra i quali rientra senz’altro la prevenzione della corruzione)⁵⁰ non solamente attraverso la regolamentazione della procedura, ma per mezzo di una valorizzazione degli spazi di discrezionalità concessi all’amministrazione nel governo della gara e in tutte le principali fasi di questa (c.d. *buying sustainable approach* o *BSA*)⁵¹.

⁴⁹ Cfr. *ivi*, p. 119 ss., il quale riporta (p. 120) la vicenda di un procedimento di fornitura di impianti acustici per un teatro storico indetto con il criterio del prezzo più basso: «il direttore dei lavori, allarmato che questa scelta potesse pregiudicare la qualità del teatro, prese contatto con alcuni dei produttori più qualificati per individuare le caratteristiche tecniche che contraddistinguevano gli impianti migliori, facendole introdurre nel capitolato speciale, e per sollecitarli informalmente a presentare le loro offerte. In questo modo, però, risultava violata la ‘par condicio’ e nei confronti del direttore dei lavori fu promossa anche un’azione penale».

⁵⁰ Si rammenti come la lotta alla corruzione rientri nell’obiettivo 16 (“Pace, giustizia e istituzioni forti”) – dell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile.

⁵¹ Per il quale v. ancora B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the Eu*, cit., spec. p. 1137 ss. Più recentemente, in modo approfondito e compiuto, E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici: oltre il primato della concorrenza?*, cit., p. 209 ss.

La prospettiva è, dunque, quella di un “fare anticorruzione” da parte della stessa stazione appaltante nell’esercizio della discrezionalità ad essa attribuita nelle diverse fasi della gara: a partire dalla scelta di una determinata procedura, passando per l’identificazione dei requisiti di partecipazione degli operatori economici, l’imposizione in capo ad essi di particolari obblighi dichiarativi, la determinazione dei criteri di selezione e di aggiudicazione delle offerte, fino agli strumenti previsti dall’ordinamento e finalisticamente indirizzati a tale scopo (patti di integrità, protocolli di legalità, *rating* di impresa, *etc.*).

L’affermazione di un siffatto approccio richiede, tuttavia, di superare taluni ostacoli di ordine generale, anche di natura teorico-dogmatica, caratteristici del nostro ordinamento.

Il primo di questi è, a ben vedere, il carattere tendenzialmente “pan-concorrenziale” del diritto dei contratti pubblici, ossia l’attitudine “fagocitante” dell’interesse alla tutela del confronto fra operatori e alla massima apertura del mercato delle commesse pubbliche rispetto a tutti gli ulteriori interessi rilevanti nella procedura; logica che, a ben vedere, oltre ad essere estranea allo stesso diritto europeo, conduce ad una rilevante diminuzione del margine di manovra dell’amministrazione rispetto a qualsiasi iniziativa potenzialmente incidente in senso restrittivo sulla platea dei partecipanti o comportante un “aggravamento” degli obblighi procedurali posti in capo ad essi. Il carattere “proporzionato” e “ragionevole” delle prescrizioni individuate dalla stazione appaltante nell’esercizio della propria discrezionalità andrebbe, invece, valutato in modo meno esigente e assumendo quale criterio la rilevanza del particolare interesse curato in concreto, in ponderato bilanciamento con il valore della concorrenza (e non già nell’esclusivo perseguimento di quest’ultimo): talune, isolate, pronunce in tal senso si rinvencono nella giurisprudenza, soprattutto più risalente nel tempo⁵², nonché una progressiva “dequotazione” dell’interesse pro-concorrenziale parrebbe rintracciarsi anche nell’ambito del bilanciamento operato dal legislatore in relazione ai recenti interventi di semplificazione (dal c.d. sblocca-cantieri ai successivi decreti adottati per far fronte all’emergenza pandemica e all’attuazione del dispositivo

⁵² Cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2004, n. 611; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 17 febbraio 2002, n. 2947.

di ripresa e resilienza) come funzionali alla ripresa economica del Paese spesso “a discapito” dell’apertura del confronto concorrenziale (esemplare, a questo proposito, l’aumento delle soglie degli affidamenti diretti o la riduzione nel numero minimo di operatori economici da invitare nelle procedure negoziate senza bando).

L’auspicio è che una simile “relativizzazione” del principio concorrenziale si affermi definitivamente anche nell’ambito del sindacato sulla discrezionalità amministrativa, in modo da abilitare la (eventuale) prevalenza di ulteriori e parimenti rilevanti interessi pubblici (come, per quanto qui interessa maggiormente, quello anticorruzione) rispetto all’esigenza di una massima apertura del mercato, e non già limitare la tutela dei primi alla condizione che si persegua contestualmente anche la seconda (è quanto avviene, ad esempio, per mezzo della rotazione degli inviti o degli affidamenti).

In secondo luogo, si ritiene che un’auspicata valorizzazione del principio di auto-responsabilità dell’amministrazione e una recuperata fiducia nella sua discrezionalità nel governo delle procedure negoziali, anche in funzione anticorruzione (così come nel perseguimento di tutti gli interessi orizzontali connessi al mercato europeo delle commesse pubbliche), implichi un contestuale ripensamento della tradizionale categoria dello “sviamento di potere” quale causa di illegittimità degli atti amministrativi, perlomeno in questo settore. Una volta, infatti, acquisita la natura “integrata” degli interessi (sociali, ambientali, di sostenibilità in senso ampio) curati attraverso i poteri che sono attribuiti nel contesto delle procedure di gara alla pubblica amministrazione (c.d. *buying sustainable approach*), quest’ultima non dovrebbe essere frenata dal timore di utilizzare “strumentalmente” le potestà discrezionali ad essa spettanti per curare (nei limiti del rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione) interessi non strettamente connessi alla propria attività negoziale, ma comunque riconducibili agli obiettivi orizzontali (fra i quali la lotta alla corruzione) previsti in sede europea e recepiti dal legislatore nazionale. In tal modo, anche nello svolgimento della propria attività negoziale ciascuna amministrazione potrà essere, in linea con lo “spirito” originario della l. n. 190/2012, un’autorità anticorruzione.

Una considerazione dello “sviamento di potere” ancora legata al tradizionale dogma secondo il quale ad ogni attribuzione di potere corrisponda

una causa tipica coincidente con un particolare interesse pubblico curato (concezione propria dello Stato monoclasse nel quale il concetto è nato e si è sviluppato), non appare, infatti, più in linea con l'evoluzione ordinamentale dello Stato contemporaneo (e con le sfide delle grandi transizioni, che richiedono un approccio normativo "olistico" e "resiliente") e, per quanto detto, con il settore dell'attività negoziale della pubblica amministrazione. La dimensione "integrata" degli interessi coinvolti nel contesto delle gare pubbliche, infatti, impone una corrispondente dilatazione dei profili "causali" dei poteri attribuiti dall'amministrazione nell'ambito delle procedure di gara: trattasi di una constatazione non meramente teorica, posto che nella prassi si registrano ancora numerose resistenze rispetto alla possibilità per l'amministrazione di utilizzare gli strumenti discrezionali a sua disposizione per il perseguimento di interessi pubblici alieni rispetto a quello della buona esecuzione della prestazione o, comunque, all'interesse specifico del contratto (al di fuori dei casi in cui sia lo stesso legislatore a prevedere una siffatta possibilità). In ultimo, occorre rilevare come l'approccio *BSA* possa trovare un terreno fertile esclusivamente in un contesto di elevata flessibilità e semplificazione procedurale, caratteristica che – del resto – connota il quadro regolatorio europeo dei contratti pubblici, ma che non ha incontrato generale accoglimento nel nostro diritto interno (per le ragioni precedentemente esposte). Ciò, oltre a costituire un ulteriore freno ad un approccio "integrato" e "olistico" alla materia dei contratti pubblici, rappresenta – come si cercherà di dimostrare nel prossimo paragrafo – uno degli aspetti più deteriori della strategia di prevenzione della corruzione in questo ambito.

4. Luci e ombre a dieci anni dalla legge n. 190/2012

A dieci anni dall'emanazione della l. n. 190/2012, e dei suoi decreti attuativi, non sembra un'operazione inutile quella di verificare se la descritta strategia assunta dal legislatore per la prevenzione e il contrasto della corruzione *nella e attraverso* la disciplina dei contratti pubblici abbia portato i frutti sperati.

Rispetto a questo tentativo, invero, costituiscono un rilevante ostacolo tanto la ben nota assenza di indici attendibili di misurazione della corruzione "reale", quanto l'inaffidabilità delle statistiche su quella "percepita". Ciò impone in ogni caso di orientare l'analisi non tanto sull'efficacia della

strategia regolatoria del settore in termini di effettivo contenimento della corruzione, quanto sulla sua idoneità a prevenire i fattori che ne favoriscono lo sviluppo, nonché sulla sua complessiva efficienza sistemica. A questo riguardo, non poche perplessità desta la strategia di prevenzione e di contrasto alla corruzione *attraverso* la disciplina delle procedure di gara⁵³.

Tale strategia, come anticipato, è condotta per mezzo di una regolazione pervasiva e stringente dei procedimenti di aggiudicazione e dalla sovrapposizione di molte tipologie di controlli, le quali comportano, quale principale effetto, una tendenziale paralisi delle decisioni implicanti una spendita di discrezionalità e, quindi, potenzialmente fonte di responsabilità (c.d. burocrazia difensiva). Una paura di “scegliere” che si traduce spesso nella “esternalizzazione” di fasi decisive della gara (progettazione, predisposizione del bando, direzione esecutiva, collaudo), a tutto detrimento della capacità di “governo” e “controllo” della propria attività negoziale da parte della stazione appaltante, nonché nella preferenza per moduli di selezione pressoché vincolati, se non nella vera e propria inerzia. E ciò appare particolarmente grave ove si consideri che dall’attività negoziale dell’amministrazione pubblica dipendono risultati macroeconomici decisivi, rispetto ai quali il “non fare” rappresenta un significativo costo⁵⁴.

Nei casi maggiormente patologici, il sovraccarico procedimentale provoca una vera e propria “fuga dal procedimento”, giustificando il ricorso disinvolto a procedure semplificate “in deroga”, anche al di fuori di situazioni d’urgenza imprevedibili⁵⁵. Sempre più spesso, infatti, la discrezionalità amministrativa, compressa e quasi azzerata nelle procedure ordinarie, cerca di trovare uno “sfogo” nell’accesso a procedure speciali di somma

⁵³ Cfr. § precedente.

⁵⁴ G.F. FERRARI, *I costi del non fare*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 1, 2020, p. 148 ss.

⁵⁵ Cfr. A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., p. 267: «(i)l ricorso estensivo alla regolazione formale, derivante dalla sfiducia nei confronti del funzionario pubblico lasciato a sé stesso, può infatti generare un tale sovraccarico procedurale da rendere necessarie deroghe ed eccezioni: “la discrezionalità, così reintrodotta, per non avere riconoscimento esplicito, sarà così maggiormente aperta alle transazioni corrotte. Provvedimenti dovuti verranno allora venduti, perché il tempo e le procedure per attuarli si sono trasformati in una risorsa scarsa che il funzionario usa come sua proprietà privata”».

urgenza, il cui presupposto talora non è affatto rappresentato dalla necessità di fronteggiare emergenze imprevedibili, bensì situazioni del tutto ordinarie ma rese indifferibili dalla complessiva inefficienza del sistema, se non – nei casi più riprovevoli – da una cattiva programmazione, tesa a creare “a monte” le condizioni per il ricorso ad affidamenti diretti e semplificati. Che tali situazioni possano costituire un terreno particolarmente fertile per la proliferazione di fenomeni corruttivi non ha bisogno di particolari dimostrazioni⁵⁶.

Quanto detto richiede di spostare la questione della discrezionalità “al di fuori” della procedura.

Come è stato condivisibilmente rilevato, infatti, l’approccio tradizionale del legislatore in materia appare fondato su una indimostrata equivalenza fra la regolamentazione stringente della procedura di affidamento dei contratti e la riduzione degli spazi di discrezionalità quale presupposto della corruzione: diversamente, il tema della discrezionalità andrebbe mantenuto del tutto distinto da quello della semplificazione procedurale⁵⁷. L’osservazione della realtà insegna, infatti, come, pure a fronte di procedure estremamente dettagliate dal punto di vista degli adempimenti formali e accompagnate da stringenti controlli e meccanismi di *enforcement*, permangano amplissimi spazi di discrezionalità in capo alla stazione appaltante nei diversi momenti che precedono la gara (programmazione, progettazione, determinazione dei contenuti della domanda, selezione dei criteri di aggiudicazione, pubblicazione del bando, individuazione dei partecipanti, inviti, *etc.*) e nella fase che la segue (esecuzione del contratto, nella quale l’amministrazione è comunque dotata di rilevanti poteri). Anzi, il rischio è che proprio nelle pieghe di una legislazione procedurale stratificata e caotica si insinuino meccanismi corruttivi am-

⁵⁶ Cfr. F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 177 ss.: «(i)n tal caso, il ricorso alle procedure di emergenza può essere visto tanto come un “surrogato dell’inefficienza” e delle carenze in fase di programmazione dei tempi di realizzazione delle opere, quanto come un modo per celare scambi occulti, non mediati dal diritto, e per aumentare al massimo grado la discrezionalità dell’amministrazione a detrimento della trasparenza e delle garanzie per i terzi».

⁵⁷ Cfr. S. TORRICELLI, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2018, p. 971 ss.

mantati da un rispetto formale della legalità (*cosmetic compliance*)⁵⁸ e celanti usi distorti della discrezionalità “al di fuori” della gara⁵⁹.

Occorre evidenziare, infatti, come il momento della formazione della regola “a monte” (programmazione, progettazione, definizione dell’oggetto del contratto, predisposizione della *lex specialis*) si svolga sulla base di procedimenti decisamente più sommari rispetto a quelli che caratterizzano l’aggiudicazione e, spesso, a differenza di quest’ultima, sottratti agli occhi vigilanti degli operatori del mercato, degli organi di controllo e della comunità⁶⁰. Il che sorprende, stante l’attitudine potenzialmente “elusiva” delle disposizioni codicistiche (e dei presidi di contrasto alla corruzione in esse previsti) insita nelle fasi preparatorie della gara, in quanto in grado di definire non solo la tipologia di procedura applicabile (e quindi restringere l’esigenza di un’apertura al mercato), ma anche la platea stessa dei potenziali concorrenti; ciò che rende tale fase particolarmente esposta a fenomeni collusivi, in relazione all’ampia discrezionalità amministrativa in esse esercitata e alla sostanziale informalità che ne connota l’esercizio.

Ma lo stesso può affermarsi anche per la fase esecutiva del contratto, la cui correttezza non può in alcun modo ritenersi garantita solamente dallo svolgimento di una “buona procedura”. Anzi, è proprio in tale fase che si presenta il rischio di un comportamento maggiormente opportunistico da parte dell’operatore economico, non necessariamente in ragione di un accordo illecito, ma anche in virtù della stessa logica imprenditoriale che per sua natura tende alla massimizzazione dei profitti. Frequente è, come noto, il fenomeno dell’abbattimento dei costi delle prestazioni (a detrimento della qualità delle stesse) o dell’imposizione di lavori sup-

⁵⁸ Così G.M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Rivista Aic*, 2, 2015, p. 7. Cfr. S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell’ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *Federalismi.it*, 16, 2016, p. 3, il quale definisce la quantità e la scarsa qualità delle regole l’*humus* della corruzione. Rileva A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., p. 266 che «(g)li stessi agenti pubblici hanno trovato all’interno di questa spessa cornice regolativa un comodo rifugio al riparo da rischi e incertezze di una gestione aperta e responsabile, potendo opporre un formale rispetto di norme e procedere a qualsiasi contestazione relativa alla scarsa efficienza/efficacia dell’azione amministrativa, o al sospetto di abusi e malversazioni».

⁵⁹ Sulle occasioni di corruzione nelle diverse fasi del processo negoziale v. *ivi*, p. 273 ss.

⁶⁰ Cfr. S. TORRICELLI, *Disciplina degli appalti*, cit., p. 973 ss.

plementari o di varianti in corso d'opera alla stazione appaltante, capaci di "remunerare" importi di aggiudicazione originariamente sottostimati⁶¹. Si tratta di patologie non facilmente arginabili dalle amministrazioni pubbliche, in ragione della ben nota asimmetria informativa e tecnica che connota il rapporto negoziale, e che comporta spesso una "supina" accettazione delle richieste dell'operatore economico da parte del direttore lavori (se interno) o una mera ratifica delle decisioni assunte da quest'ultimo (se esterno) da parte della stazione appaltante, più interessata ad una celere e adeguata esecuzione della prestazione, che alla tutela di altri valori. La stessa natura dei controlli su questa fase, esercitata spesso da soggetti esterni all'amministrazione stessa, ha natura prevalentemente formale e contabile, e perciò non è idonea ad operare una valutazione qualitativa delle prestazioni eseguite.

Quanto descritto, a ben guardare, appare sintomatico di un bisogno di "flessibilità" e di "dialogo" con gli operatori economici (già dalla fase di programmazione e progettazione) che, non avendo trovato generale accoglimento da parte del legislatore nella disciplina codicistica, viene recuperata "a valle" dalle stazioni appaltanti secondo modalità del tutto informali e deregolate, le quali assumono spesso le sembianze di una vera e propria progettazione delle opere realizzata in fase esecutiva sulla scorta di una progressiva estensione dell'oggetto del contratto "comandata" dall'aggiudicatario. Gli stessi limiti previsti dall'art. 106 del Codice, ove non addirittura recisamente soppressi⁶², si sono dimostrati inidonei ad impedire il verificarsi di tali situazioni.

⁶¹ Cfr. G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 147 s.: «(q)uesti eventi possono verificarsi per corruzione (...), ma spesso sono la conseguenza dell'inefficacia degli strumenti definiti nel contratto che non consentono di limitare il tentativo dell'aggiudicatario di massimizzare il suo profitto. Il *malicious agreement* fra chi aggiudica la gara e chi la vince con un'offerta aggressiva poiché sa in anticipo che non gli sarà richiesta una completa e corretta esecuzione non riguarda solo il nostro ordinamento, tuttavia spesso tutta l'attenzione è rivolta alla sola fase di selezione del contraente in relazione alla sua più specifica disciplina in ambito europeo e internazionale».

⁶² Si v., ad esempio, l'art. 3 dell'O.c.d.p.c. n. 630/2020 e ss.mm.ii., il quale, derogando all'art. 106 del Codice «allo scopo di consentire varianti anche se non previste nei documenti di gara iniziali», di fatto generalizza – quanto a presupposti – la possibilità per i soggetti attuatori di ricorrere a modifiche del prezzo o a varianti alle prestazioni contrattuali «a prescindere dal loro valore monetario» (possibilità che, in regime ordinario, richiederebbe una specifica previsione

Trattasi di aspirazioni condivisibili, e delle quali non si può non tenere adeguato conto, ma che ove non animate dalla volontà di curare al meglio l'interesse dei cittadini, bensì da logiche opache di "tornaconto" personale, rischiano di vanificare qualsiasi tentativo di prevenzione del fenomeno corruttivo attraverso la disciplina dei contratti pubblici.

Sotto un diverso angolo visuale, il contenimento della discrezionalità amministrativa (come declinata nella logica della tassatività e rigidità delle fattispecie procedurali) ha comportato in alcuni casi, e paradossalmente, una sterilizzazione dell'autonoma iniziativa delle pubbliche amministrazioni, anche se rivolta alla prevenzione di fenomeni corruttivi. Sono ben noti, anche alla cronaca⁶³, i pareri negativi dell'ANAC rispetto alla possibilità, avanzata dal Comune di Milano, di richiedere in sede di partecipazione alle gare, e a pena di esclusione, il nominativo dei "titolari effettivi" degli operatori economici con i quali l'amministrazione entra di fatto in relazione a fini negoziali (al di là cioè dello schermo societario), in funzione antiriciclaggio e di più efficace individuazione dei conflitti di interesse⁶⁴.

L'impossibilità di procedere in tal senso, a ben vedere, non è in alcun modo imputabile ad una irragionevole opposizione dell'Autorità, la quale – anzi – in più occasioni ha sollecitato il legislatore ad intervenire sul punto⁶⁵, ma alla conformazione stessa della procedura, come improntata alla logica della tassatività delle cause di esclusione e ad una forte limitazione della discrezionalità amministrativa nella predisposizione dei bandi e nel raggiungimento dei mezzi di prova dei presupposti esclu-

in tal senso nei documenti di gara iniziali, ai sensi dell'art. 106, c. 1, lett. a)-). Nel fare ciò la deroga parrebbe depotenziare notevolmente la necessità di ricorrere a istituti tipizzati – con i relativi limiti (anche di valore) – quali l'affidamento di lavori supplementari (art. 106, c. 1, lett. b)-), varianti in corso d'opera (art. 106, c. 1, lett. c)-), modifiche non sostanziali (art. 106, c. 1, lett. e)-) e modifiche *de minimis* (art. 106, c. 2) – ferma la necessità della non alterazione della natura generale del contratto e del rispetto delle regole di trasparenza, pubblicità e procedura recate, oltre che dal Codice, dall'art. 8 del d.m. 49/2018 con riferimento al ruolo del Direttore lavori del Responsabile unico del procedimento.

⁶³ Cfr., per tutti, D. GENTILI, I. RAMONI, N. TURLA, *Il giro dei soldi. Storie di riciclaggio*, Milano, Altreconomia, 2021, p. 106 ss.

⁶⁴ Il riferimento è ai Pareri ANAC n. 21891 del 15 marzo 2019 e n. 41725 del 24 maggio 2021.

⁶⁵ Cfr. ANAC, Relazione annuale 2020. Presentazione del Presidente Giuseppe Busia, Roma, 18 giugno 2021, p. 11.

denti. Come si vedrà poco oltre, un rilevante cambio di rotta sul punto è stato imposto, ancora una volta, dalle esigenze connesse all'attuazione del dispositivo europeo di ripresa e resilienza.

Ma l'opportunità di ripensare il paradigma regolatorio che ravvede nella puntigliosa disciplina delle procedure formali di aggiudicazione lo strumento principale di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione emerge anche da ulteriori rilevanti fattori.

In primo luogo, rileva la progressiva estensione degli ambiti di disciplina "derogatoria" all'impianto codicistico che, dall'essere originariamente riservata a fattispecie tipizzate (procedure di somma urgenza e di protezione civile), è andata via via ulteriormente ampliandosi sulla scorta del susseguirsi di ordinanze connesse a situazioni di crisi o a grandi eventi, fino a giungere all'attuale normazione emergenziale legata alla crisi epidemiologica da Covid-19, la quale, a ben vedere, ha operato una fortissima *deregulation* della materia, da ritenersi ormai pressoché vigente a regime⁶⁶. Il riferimento è non solo alla pratica "soppressione" del Codice per la realizzazione delle infrastrutture strumentali al contenimento della pandemia (O.c.d.p.c.3 febbraio 2020, n. 630 e ss.mm. ii.), ma soprattutto agli interventi di "semplificazione" delle procedure finalizzati ad incentivare gli investimenti pubblici per fronteggiare le ricadute economiche negative dell'emergenza sanitaria (d.l. n. 76/2020 e 31 maggio 2021, n. 77)⁶⁷.

Tutto ciò appare particolarmente sintomatico di un retropensiero, coltivato (più o meno manifestamente) dal legislatore, per il quale l'attività contrattuale dell'amministrazione per essere efficace (cioè idonea a raggiungere i risultati) ed efficiente, nonché strumentale al rilancio economico del Paese, necessita di essere "liberata" dalla stringente disciplina codicistica; il che equivale a dire che il Codice, così come oggi configurato, rappresenta un ostacolo al raggiungimento di quegli obiettivi, i quali, tuttavia, non possono essere perseguiti solamente in un contesto

⁶⁶ Sul diffondersi della "cultura dell'emergenza" v. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1994.

⁶⁷ Cfr. ANAC, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, 22 aprile 2020.

emergenziale, ma dovrebbero costituire il fine di ogni politica pubblica in materia.

I descritti interventi, nel contempo, hanno evidenziato altresì tutti i limiti di una semplificazione operata per mera “sottrazione” (di disciplina procedurale), senza cioè la contestuale predisposizione di “contrappesi” volti a limitare in altro modo l’occasione di corruzione, diversi da un mero richiamo al rispetto delle regole di trasparenza⁶⁸, o al rafforzamento dei meccanismi di *compliance* prospettati dal Piano Nazionale Anticorruzione (ancora in fase di approvazione); nonché hanno confermato l’imprudenza di una politica di prevenzione eccessivamente sbilanciata sul dato procedurale, venuto meno il quale si sono puntualmente moltiplicate le occasioni di comportamenti illeciti, come è tristemente confermato dalle attuali cronache giudiziarie⁶⁹.

E ciò, a maggior ragione, ove si consideri come l’effetto principale dei richiamati interventi di semplificazione sia rappresentato da un rilevante innalzamento delle soglie per procedere ad affidamenti diretti o a procedimenti negoziati senza bando (con vieppiù limitati obblighi di invito) con riferimento agli appalti di valore inferiore alla rilevanza europea; ambito di negoziazione, quest’ultimo, in cui si annida tipicamente il fenomeno corruttivo, in quanto maggiormente lontano dai “riflettori”, normalmente puntati sulle grandi opere. Circostanza che richiede, una volta di più, di attenzionare la discrezionalità esercitata “prima” e “dopo” la gara, ben potendo l’accesso al regime derogatorio essere “artatamente” conseguito attraverso un (volutamente) erroneo calcolo del valore della commessa, un artificioso frazionamento dell’appalto o un’incompleta progettazione, *ex post* “recuperata” dall’affidamento diretto all’aggiudicatario di lavori supplementari o varianti in corso d’opera, spesso frutto di un patto collusivo con il direttore dei lavori.

⁶⁸ Cfr. ANAC, *Comunicato del Presidente*, 22 aprile 2020.

⁶⁹ «Il diffondersi della “cultura dell’emergenza” accompagna il ricorso a una vasta tipologia di provvedimenti eccezionali e di disposizioni in deroga alla normativa vigente, dovuti al sopravvenire di condizioni dichiaratamente straordinarie o imprevedibili, che in quanto tali risultano particolarmente vulnerabili alla corruzione, vista la natura arbitraria dei conseguenti processi decisionali e la loro impermeabilità a qualsiasi forma di controllo (con la possibile eccezione di quello penale). Peraltro, la stessa nozione di emergenza in Italia ha subito nel corso del tempo un significativo “stiramento del concetto”; così A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., p. 267.

Un secondo fattore evolutivo è rappresentato poi, e come anticipato, dalla necessità di attuare gli interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Ue, la cui primaria attenzione al "risultato" ha parimenti indotto il legislatore ad introdurre ulteriori meccanismi di accelerazione e flessibilità, derogando ad acquisizioni che si ritenevano ormai consolidate: si pensi, ad esempio, alla separazione tra progettazione ed esecuzione, ritenuta una garanzia di qualità dell'opera e presidio al ben noto fenomeno della "cattura" della stazione appaltante da parte dell'affidatario, oggi superata dalla possibilità di affidamento congiunto di progettazione (definitiva ed esecutiva) ed esecuzione, anche solo sulla base di un progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Laddove dunque la prospettiva, evidentissima, sia quella di una rivalutazione delle discrezionalità amministrativa in sede di aggiudicazione, e quindi una auspicata semplificazione e flessibilizzazione delle procedure in un'ottica di maggiore efficienza ed efficacia dell'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni, nonché nella constatazione dell'ineludibilità dei rilevanti margini di discrezionalità che connotano tutte le fasi del ciclo dell'appalto, occorre chiedersi come si configurerà la nuova fisionomia della prevenzione della corruzione in materia.

Se non è più questione di eliminare la discrezionalità, ma fare in modo che quest'ultima venga esercitata correttamente (in modo responsabile, capace, integro, «con disciplina e onore», nonché orientata al perseguimento di tutti gli interessi – anche orizzontali – che rilevano del diritto "euro-nazionale" dei contratti pubblici) e, nel contempo, conduca a risultati efficienti, l'intervento preventivo non potrà che chiamare in causa la creazione di un contesto organizzativo pensato in funzione anticorruzione, attraverso cioè la valorizzazione di misure "trasversali" alle diverse fasi del processo negoziale, e rispetto alle quali tutti gli attori (autorità, stazioni appalti, operatori economici, comunità) risultino alleati e "arruolati" nel contrasto alla *maladministration*.

Ciò richiede di riportare il diritto anticorruzione "fuori dalle gare"⁷⁰, restituendo una rinnovata centralità ai meccanismi di trasparenza (della

⁷⁰G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, cit., p. 325 ss.

quale dovrebbe privilegiarsi la “qualità” in luogo della “quantità”) in tutte le fasi della procedura⁷¹, alla rimozione dei conflitti di interessi⁷², ai protocolli di legalità e ai patti di integrità (anche nella loro idoneità a derogare alla stretta tassatività delle fattispecie escludenti), allo strumento delle *white lists*, ai *rating* di impresa, alla centralizzazione del processo acquisti, alla qualificazione delle stazioni appaltanti, alla formazione (anche tecnica) e alla turnazione del personale pubblico (in particolare RUP e responsabili dei servizi o personale del ruolo dirigenziale), alla collaborazione fra amministrazione e imprese nella lotta antiriciclaggio (affermando, quindi, il potere di richiedere, e il corrispettivo obbligo di dichiarare, la titolarità effettiva degli operatori), al rafforzamento delle regole di comportamento dei dipendenti pubblici, come estese anche a soggetti “esterni” destinatari di incarichi rilevanti nell’ambito della gara, nonché alla predisposizione di modelli di *compliance* non “livellatori” e “astratti”, ma adeguati alla realtà concreta di ciascuna amministrazione e ai reali fattori di rischio.

Si tratterebbe, in fondo, di ritornare al paradigma di prevenzione immaginato (e in larga parte già attuato) dalla l. n. 190/2012, come primariamente indirizzato alla dimensione “organizzativa”, la quale, a distanza di dieci anni, parrebbe dunque mantenere inalterata la propria attualità e capacità orientativa.

Se, dunque, al diritto anticorruzione può tuttora riconoscersi un positivo impatto “sistemico”, in quanto auspicabilmente capace di ri-orientare le nuove politiche pubbliche in materia, occorre allo stesso tempo evitare il rischio collaterale che esso divenga un diritto “parasistemico”⁷³, ossia un plesso normativo “parallelo” e non coordinato con il sistema o sot-

⁷¹ Sul punto, la l. n. 190/2012 e, in particolare, il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e ss.mm.ii. (attuativo delle regole in materia di pubblicità e trasparenza) hanno contribuito a realizzare un significativo passo in avanti nel rafforzamento del principio dell’“evidenza pubblica” all’interno del processo acquisti. Un percorso che ha trovato il suo punto di arrivo, come noto, nella pronuncia dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020, la quale ha legittimato l’impiego dello strumento dell’accesso civico c.d. generalizzato anche nell’ambito dei contratti pubblici, e in tutte le fasi del ciclo appalti, quale ulteriore garanzia della legalità nel settore.

⁷² In argomento, cfr. G. D’ANGELO, *Conflitti di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁷³ Per questa espressione v. B.L. BOSCHETTI, *Pathways of anti-corruption in the global arena*, cit., 2018, § 5.

tosistema legislativo che dovrebbe integrare e riformare; il rischio cioè, concreto (in quanto già in parte sperimentabile), che il diritto anticorruzione si “giustapponga” – introducendo una serie di ulteriori disposizioni, adempimenti e figure giuridiche – al diritto dei contratti pubblici, aumentando in tal modo la complessiva inefficienza e insostenibilità (nel senso di contrarietà al principio di resilienza) della disciplina normativa. Ciò chiama in causa la tradizionale ipertrofia regolatoria e disordine parossistico del diritto anticorruzione, quale tratto maggiormente deteriore della strategia perseguita dal legislatore, e quindi, la necessità non solo di reprimere la corruzione attraverso la legge, ma contrastare la stessa “corruzione” della legge⁷⁴. Una corruzione da intendersi, beninteso, in senso etimologico, quale “rottura” (*cum-rumpere*) dell’unità sistemica della regolazione in una moltiplicazione di discipline separate e non comunicanti, alla quale andrebbe, invece, contrapposto un sistema normativo organico e “coordinato” (*cum-ordinare*). In questa direzione si pongono recenti interventi normativi, da guardare dunque con favore, quale la previsione di un documento unico di programmazione e *governance* (il Piano integrato di attività e organizzazione – PIAO – introdotto dal d.l. 9 giugno 2021, n. 80) come rivolto ad assorbire e collegare i diversi atti di pianificazione che le amministrazioni pubbliche sono tenute a predisporre, e nel quale risulta “interiorizzato” anche il Piano di prevenzione della corruzione e della trasparenza.

5. *Scenari di cambiamento*

Le “ombre” del diritto anticorruzione precedentemente evidenziate impingono non solamente di ripensare la complessiva disciplina della materia, e alcuni dei suoi principi fondanti, ma implicano soprattutto un mutamento “culturale”, che veda sostituirsi alla narrativa del “sospetto” e all’attenzione primaria riservata al “mezzo” (cioè alla legalità formale della procedura) in luogo del fine (la cura dell’interesse pubblico) una rinnovata “fiducia” nelle pubbliche amministrazioni e nella loro capacità

⁷⁴ Sul rapporto fra cattiva regolazione e corruzione M. D’ALBERTI, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in M. D’ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2017.

di prevenire la corruzione al loro interno e, contestualmente, di raggiungere in modo efficiente ed efficace il “risultato” di interesse pubblico. Scenari di cambiamento in questa direzione risultano chiaramente distinguibili all’orizzonte.

In primo luogo, rileva la pubblicazione del nuovo schema di Piano nazionale anticorruzione 2022 (post-consultazione) elaborato dall’ANAC, il quale è dedicato prevalentemente alla predisposizione di misure e presidi di prevenzione della corruzione negli affidamenti “in deroga” e, in particolare, «nelle procedure che, considerati i margini più ampi di discrezionalità concessi dalla normativa, possono comportare maggiori rischi corruttivi o di *maladministration*», ovvero: gli affidamenti diretti, le procedure negoziate per lavori, servizi e forniture; le procedure in deroga; le procedure attinenti alla modifica dei contratti e alle varianti in corso d’opera. Esso, perciò, preconizza, per certi versi, la fisionomia della *compliance* anticorruzione in un futuro che vedrà progressivamente difettare il presidio della procedura (nell’auspicata semplificazione del settore) e come, conseguentemente, orientata prevalentemente alla dimensione organizzativa, al *risk management* con identificazione dei principali fattori di rischio per ciascun settore, procedura o fase di questa (secondo il meccanismo delle c.d. *red flags* o *alert*, già introdotti dai Piani precedenti), al rafforzamento della trasparenza e alla prevenzione dei conflitti di interesse.

Inoltre, recependo le esigenze discendenti dall’art. 22 del Regolamento 2021/241/UE (che introduce il dispositivo di ripresa e resilienza)⁷⁵, ribadite dalle Linee guida del MEF annesse alla circolare 11 agosto 2022, n. 30 sulla rendicontazione delle misure PNRR, il Piano nazionale anticorruzione ha raccomandato di inserire nei PTPCT o della sezione anticorruzione dei PIAO, quale specifica misura di prevenzione della corruzione, l’obbligo per le Stazioni appaltanti di richiedere agli operatori economici la dichiarazione del loro “titolare effettivo” (ai sensi del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231), al fine di garantire la riconducibilità di un’operazione alla persona fisica che, di fatto, ne trae vantaggio, e quindi individuare l’e-

⁷⁵ Il quale impone agli Stati membri l’obbligo di fornire alla Commissione i dati del titolare effettivo del destinatario dei fondi o dell’appaltatore «in particolare per quanto riguarda la prevenzione, l’individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interesse».

ventuale esistenza di conflitti di interesse o di altre situazioni di opacità. Ciò rappresenta, ad avviso di chi scrive, uno dei più importanti impatti “sistemici” del dispositivo di ripresa e resilienza già sperimentabili, in grado di superare le tradizionali resistenze manifestate dall’Autorità nella possibilità per l’amministrazione di concorrere alla lotta antiriciclaggio e all’individuazione dei conflitti di interesse attraverso la previsione di un siffatto obbligo dichiarativo.

Le tendenze della legislazione recente, esposte nel precedente paragrafo, trovano altresì conferma nei criteri informativi della revisione codicistica previsti dalla l. 21 giugno 2022, n. 78, la quale, come noto, ha conferito delega al Governo per l’adozione di uno o più decreti legislativi recanti la nuova disciplina dei contratti pubblici.

In essi si rinvengono obiettivi di grande interesse.

In primo luogo, si prospetta una *deregulation* del settore, attraverso il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive (c.d. divieto di *gold plating*) e la semplificazione della disciplina applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, rotazione, non discriminazione, proporzionalità, economicità, efficacia e imparzialità); ne risulta inoltre decisamente valorizzata la discrezionalità amministrativa, attraverso il divieto di utilizzo del metodo del sorteggio o altri meccanismi di estrazione casuale degli operatori economici (negli affidamenti sotto la soglia di rilevanza), l’individuazione di ipotesi tassative nelle quali le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e al criterio del maggior ribasso, il forte incentivo al ricorso a procedure flessibili (come il dialogo competitivo, il partenariato per l’innovazione e le procedure competitive con negoziazione), nonché la possibilità di procedere ad affidamenti congiunti di progettazione ed esecuzione, il *favor* per l’“internalizzazione” della progettazione con l’obbligo di sottoscrizione di polizze assicurative (a carico delle amministrazioni) per i rischi professionali (allo scopo di prevenire la c.d. burocrazia difensiva), con correlata semplificazione delle procedure di approvazione e verifica progettuale.

La “scommessa” sulla discrezionalità amministrativa appare opportunamente bilanciata, nella legge delega, da una prospettata revisione delle competenze dell’ANAC in materia di contratti pubblici, al fine di

rafforzarne le funzioni di vigilanza e di supporto alle stazioni appaltanti; da una ridefinizione e dal rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione di queste ultime, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse; dal potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione. Le prospettive di attuazione del descritto quadro di principi possono essere apprezzate scorrendo lo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici elaborato dal Consiglio di Stato⁷⁶. La possibilità che l'impianto normativo di dettaglio venga emendato in sede di definitiva emanazione consiglia, per il momento, di non rivolgere l'attenzione alle singole prescrizioni, bensì alle logiche di fondo che ne emergono e che, dunque, caratterizzeranno auspicabilmente anche la futura disciplina.

Questa si connota dichiaratamente per un intento di semplificazione delle procedure in favore del riconoscimento di una più ampia libertà di iniziativa e auto-responsabilità delle stazioni appaltanti nella gestione delle stesse, valorizzandone, in tal modo, l'autonomia e la discrezionalità, in un settore in cui, come visto, la rigidità e l'eccessivo dettaglio della disciplina ha dato luogo a numerose incertezze ed inefficienze. Tale intento, in particolare, trova il suo "precipitato" giuridico nella proposta previsione di due nuovi principi del settore della contrattualistica pubblica: quello della "fiducia" e quello del "risultato", come volti non solamente ad operare un mutamento "culturale" nell'approccio alla regolamentazione dei contratti pubblici, ma anche a fornire le coordinate "giuridiche", ermeneutiche e di orientamento, nell'applicazione e nell'interpretazione dell'intera disciplina del settore.

In particolare, il principio di "fiducia", definito significativamente dallo stesso Consiglio di Stato come una «versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa», stabilisce che ogni conferimento di potere (e quindi l'abilitazione all'esercizio della discrezionalità) presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo

⁷⁶ Cfr. Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78 recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, 7 dicembre 2022, approvato in Consiglio dei ministri nella riunione del 16 dicembre 2022.

destinatario dell'attribuzione; una fiducia che, tuttavia, deve connotare non solo il rapporto fra ordinamento ed amministrazione, ma anche le parti della relazione negoziale e quindi si traduce altresì nell'aspettativa di un'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, così come degli operatori economici.

Lo scopo è quello di valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riguardo alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, nell'ottica del miglior raggiungimento del risultato, in modo da contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva. In questa logica, il principio in esame richiede altresì l'adozione di azioni concrete per la copertura assicurativa dei rischi, nonché per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti.

Se il principio di fiducia guarda al momento dell'attribuzione del potere e del suo esercizio, quello del "risultato" si proietta, invece, all'interesse pubblico da realizzare. Esso, quale derivazione "evolutiva" del principio di buon andamento (e dei suoi corollari di efficienza, efficacia ed economicità), implica che l'obiettivo primario della stazione appaltante è quello di realizzare l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima celerità e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo (nonché nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza). Ciò orienta necessariamente l'intera disciplina della contrattualistica pubblica, e l'attenzione della stazione appaltante, non più alla procedura ma alla cura tempestiva ed efficace dell'interesse pubblico cui la gara è preordinata: come condivisibilmente affermato dal Consiglio di Stato «una diversa impostazione (secondo cui la p.a. non cura più l'interesse pubblico, perché il suo obiettivo diventa la gara) sarebbe, oltre che irragionevole, ancor più difficile da sostenere in un contesto economico-sociale che, nel quadro di un drammatico conflitto bellico, oggi richiede una nuova leva economica, da realizzare anche (e soprattutto) nel settore delle commesse pubbliche»⁷⁷.

⁷⁷ Consiglio di Stato, *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, 7 dicembre 2022.

Un siffatto mutamento di prospettiva riavvicina, a ben vedere, la normativa nazionale all'approccio europeo alla regolazione dell'attività negoziale delle amministrazioni, come da sempre orientato alla valorizzazione degli aspetti sostanziali del caso concreto e diffidente rispetto ad una esaltazione dei formalismi procedurali come unico presidio alla tutela dei valori della concorrenza, dell'economicità e del contrasto al fenomeno corruttivo. Si vede così come risultino completamente ribaltati i paradigmi che hanno caratterizzato fino ad oggi l'approccio alla contrattualistica pubblica (e con essa la prevenzione della corruzione nel settore) e cioè l'attenzione pressoché esclusiva riservata al "mezzo" (la regolarità formale della procedura di aggiudicazione) e la presupposta "sfiducia" nell'autonomia valutativa della pubblica amministrazione, le quali trovavano nel procedimento di aggiudicazione il "luogo" privilegiato della regolazione. Quale futuro per la prevenzione della corruzione nei contratti pubblici in tale rinnovato contesto?

Lo schema di Codice offre alcune indicazioni sul punto.

Anzitutto, il Consiglio di Stato ha individuato in un più ampio ricorso alla digitalizzazione nell'intero ciclo di vita dei contratti (*e-procurement*) la principale misura di prevenzione della corruzione, in quanto in grado di assicurare la trasparenza, la tracciabilità (intesa come percorribilità *a ritroso*) e il monitoraggio e il controllo del processo decisionale pubblico. Trattasi di un traguardo, quello della completa transizione digitale, notoriamente ancora incompleto (sebbene per certi versi "accelerato" dall'esperienza della pandemia), soprattutto nell'ambito della contrattualistica pubblica, ove si sperimentano solo parziali informatizzazioni di singole fasi della procedura o una mera conversione digitale (non nativa) della documentazione amministrativa. Sarebbe, invece, l'ambizioso obiettivo di una completa digitalizzazione dell'intero ciclo del processo acquisti, incentrato sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l'ANAC quale infrastruttura tecnologica portante, a rappresentare il punto di partenza per la costruzione delle nuove *policies* in materia⁷⁸.

⁷⁸ Lo stesso PNRR indica fra gli obiettivi quello di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70). In argomento, G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in D.U. GALET-

In secondo luogo, risulterà centrale la formazione e l'aggiornamento (giuridico, tecnico, tecnologico), anche in relazione alla sfida della transizione digitale, del personale addetto alle stazioni appaltanti, rispetto ai quali lo schema di Codice propone l'adozione di uno specifico e innovativo documento programmatico – il Piano di formazione specialistica del personale – il quale, perciò dovrebbe a propria volta confluire nei PIAO al fine di un più efficace coordinamento con gli ulteriori strumenti di programmazione di ciascuna amministrazione⁷⁹.

Rileva, infine, il tema della *governance* nel settore. In questa direzione è, in particolare, orientata la revisione delle competenze e il rafforzamento delle funzioni di vigilanza e di supporto alle stazioni appaltanti esercitate dall'Autorità nazionale anticorruzione. Ne risultano, in particolare, in prospettiva irrobustite le funzioni di vigilanza “collaborativa”, anche mediante la stipulazione di appositi protocolli d'intesa, con una inedita estensione anche alla fase di esecuzione. Distonico appare, invece, il rafforzamento del potere sanzionatorio dell'Autorità, il cui esercizio è prospettato anche nelle ipotesi di accertate violazioni delle disposizioni del Codice (e non solo in caso di inadempimento rispetto a specifici obblighi comunicativi e informativi): ove infatti non opportunamente circoscritto ad apposite violazioni (in funzione pro-regolazione), la previsione di un siffatto potere generale parrebbe manifestare un approccio *repressivo* alquanto eterogeneo rispetto al ruolo di ANAC quale autorità di regolazione e di vigilanza (in funzione pur sempre regolatoria).

Gli scenari di cambiamento in atto impongono, in definitiva, di tornare alle “matrici” originarie del diritto anticorruzione e di riportare al centro delle strategie di prevenzione la dimensione organizzativa, l'essere amministrazione, quale preconditione per un *fare* amministrazione realmente

TA, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 321 ss.

⁷⁹ Cfr. V.M. DONINI, *Prevenzione della corruzione*, cit., p. 46, secondo la quale «questo accorpamento non deve però limitarsi a un elenco eterogeneo di informazioni o a una semplice sommatoria di tutti i piani accorpatisi, ma deve rappresentare un reale collegamento e integrazione tra tutte le sezioni del Piano, in modo da superare la frammentazione degli strumenti attualmente in uso oggi e dare unità ai processi di programmazione avendo come obiettivo finale la creazione di valore pubblico».

corrispondente al valore ordinamentale (e al ruolo costituzionale) ad essa assegnata, e alla rinnovata “fiducia” in essa riposta.

Un’amministrazione, insomma, “a misura di discrezionalità” e capace di valorizzare tutte le novità che la prevenzione della corruzione ha contribuito a far emergere entro il sistema amministrativo, sul piano regolatorio, organizzativo e procedurale.

Dieci anni di diritto alla trasparenza amministrativa: caratteri originari, trasformazione e integrazione del modello

Benedetto Ponti

Le vicende della trasparenza amministrativa a dieci anni di distanza dall'adozione della l. n. 190/2012 (e del d.lgs. n. 33/2013) sono analizzate in tre step. Nel primo, viene delineato il modello di trasparenza così come impostato dalla disciplina anticorruzione. Nel secondo parte, sono evidenziate le successive precisazioni di questo modello e le più rilevanti trasformazioni intervenute nel corso del decennio. Nella terza parte, infine, si ragionerà della integrazione del modello, identificabile largamente con l'introduzione di un istituto ulteriore di trasparenza (il diritto di accesso generalizzato), che altera il modello originario non solo nella sua morfologia, ma anche (in termini simbolici) rispetto alle sue finalità, contribuendo così ad affrancare (il discorso sul)la trasparenza dalla stretta relazione con l'anticorruzione. Infine, il saggio si chiude con uno sguardo ai principali problemi aperti, a cominciare dai rischi di rifunzionalizzazione degli istituti della trasparenza amministrativa.

1. *Premessa*

Il tentativo di delineare le vicende della trasparenza amministrativa a dieci anni di distanza dall'adozione di quel complesso di leggi, di regole e di istituti che hanno dato vita alla politica nazionale di prevenzione (e contrasto) della corruzione amministrativa *per via amministrativa*, si svilupperà sostanzialmente in tre parti. Nella prima, verrà delineato quello che possiamo considerare il dato di partenza, ossia il *modello di trasparenza* impostato nel biennio 2012-2013. Nella seconda parte, saranno evidenziate le successive precisazioni di questo modello e le più rilevanti *trasformazioni* intervenute nel corso del decennio, quelle

trasformazioni – cioè – che hanno riguardato direttamente gli elementi originari del modello. Nella terza parte, infine, si ragionerà sulla *integrazione del modello*, identificabile largamente con l'introduzione di un istituto aggiuntivo di trasparenza (il diritto di accesso generalizzato), che altera il modello non solo nella sua morfologia, ma anche (in termini simbolici) rispetto alle sue finalità, contribuendo in parte ad affrancare (il discorso sul)la trasparenza dalla stretta ed unidimensionale relazione con l'anticorruzione. Infine, nell'ultimo paragrafo ci soffermeremo su quelli che appaio come i principali problemi aperti, nel tempo attuale ed in prospettiva.

2. I tratti del modello originario

2.1 La trasparenza tra dimensione strumentale e rilievo autonomo

Nell'economia della legislazione anticorruzione, la trasparenza si presenta nella sua dimensione più classica e attestata, ossia di elemento *strumentale* al raggiungimento di un fine o al conseguimento di un risultato¹. In questo caso, il fine è chiaramente identificato sin dal titolo della l. 6 novembre 2012, n. 190: la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. Questa attitudine *strumentale* della trasparenza non costituiva certamente una novità. Già la l. 4 marzo 2009, n. 15 ed il successivo d.lgs. n. 150 dello stesso anno avevano istituito una (diversa) relazione di strumentalità tra trasparenza ed efficienza delle pubbliche amministrazioni²; ma analogo è il caso degli istituti di trasparenza previsti dalla normativa sulla tutela dell'ambiente, fino ad arrivare (risalendo nel tempo) alla trasparenza abilitata dall'esercizio del diritto di accesso documentale, di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, in cui la relazione di strumentalità rispetto alla tutela dell'interesse specifico è esclusiva e presidiata come tale. Già questi richiami (meramente esemplificativi) sottolineano come la trasparenza costituisca uno

¹ Sul punto, si v. F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in: F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 9 ss. 4; D. HEALD, *Transparency as an Instrumental Value*, in C. HOOD, D. HEALD (a cura di), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Proceedings of the British Academy, London, 2006, p. 58 ss.

² Sottolinea, però, che già con l'istituzione della Civit vengono posti alcuni primi elementi di relazione tra trasparenza ed integrità pubblica F. MERLONI, *in questo numero*.

strumento che può essere agito a diverse finalità³, ciò che poi emerge all'evidenza del legislatore già con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (nella sua versione originaria), laddove la sua declinazione in termini di *principio* elenca una serie cospicua di interessi, valori e diritti la cui attuazione è favorita e propiziata dalla realizzazione della trasparenza (il principio democratico, i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione), o di cui la trasparenza è condizione di garanzia (delle libertà individuali e collettive e dei diritti civili, politici e sociali) ovvero elemento che «integra il diritto ad una buona amministrazione e [che] concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino». E tuttavia, al netto di queste plurime attitudini, nel sistema predisposto dalla l. n. 190/2012 il legame di strumentalità con l'anticorruzione è oggettivamente forte. Gli elementi che depongono in questo senso sono molteplici, e convergenti. Sì, pensi alla circostanza per cui all'autorità chiamata a promuovere e vigilare sull'attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione (la CIVIT, prima, e quindi l'Autorità nazionale anticorruzione) sono demandati anche i compiti di regolazione e vigilanza relativamente all'attuazione degli istituti di trasparenza, ossia gli obblighi di pubblicazione (vedi subito *infra*); particolarmente significativo è anche il fatto che il piano triennale anticorruzione di ciascuna amministrazione sia abilitato ad «individuare specifici obblighi di trasparenza *ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge*»: il che in qualche modo proietta sugli obblighi di pubblicazione/trasparenza (sia quelli «ordinari», sia quelli «ulteriori») una valenza anticorruzione. D'altra parte, la figura chiave chiamata ad assicurare coerenza ed effettività delle misure anticorruzione all'interno di ciascuna amministrazione, somma anche i poteri di vigilanza e controllo sull'adempimento delle misure di trasparenza⁴. Una

³ Sulla (non lineare) convivenza delle molteplici finalità che afferiscono alla trasparenza, cfr. A. CERRILLO-I-MARTÍNEZ, B. PONTI, *The complex relationship between transparency, legitimation and accountability – some evidence from the fight against corruption*, in B. PONTI (a cura di), *Transparency in tension: between accountability and legitimacy*, *Etica pubblica – Studi su legalità e partecipazione*, 2, 2022, p. 29 ss.

⁴ In una prima fase, il responsabile della prevenzione della corruzione e il responsabile della trasparenza sono due incarichi distinti, ma «di norma» il secondo incarico spetta al titolare

conferma di questa “stretta correlazione” la si può ritrovare (in seguito) nella scelta legislativa di utilizzare l’ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulla trasparenza ai fini della perimetrazione anche dell’ambito applicativo delle misure anticorruzione⁵.

A fronte di questi elementi oggettivi, occorre però rifuggire da una lettura del sistema di trasparenza disegnato dal d.lgs. n. 33/2013, anche nella sua versione originaria, in quanto *funzionale alle sole esigenze di prevenzione della corruzione*⁶. A smentire questa lettura milita, in primo luogo, il fatto che il testo del decreto raccoglie e sistematizza obblighi di pubblicazione provenienti da plessi normativi molto diversi tra loro, predisposti a fini affatto variegati; a questi, il legislatore delegato ne ha aggiunti ulteriori, che per oggetto e tipologia non possono essere ricondotti solo a scopi di prevenzione e contrasto della corruzione amministrativa. Ed, in effetti, lo stesso decreto – nel definire il «principio *generale* di trasparenza» – declina le relative finalità in termini molto ampi e comprensivi («favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche», art. 1). Ma, più ancora, vale la considerazione per cui i diversi, articolati obblighi di pubblicità sono in effetti *serventi* rispetto alla soddisfazione del diritto di chiunque a conoscere e fare uso delle informazioni così diffuse, per finalità che non sono predeterminate o imposte, (ma – appunto – “favorite”), dal momento che tali usi rientrano nell’ambito della libera iniziativa degli interessati.

del primo (art. 43, d.lgs. n. 33/2013, nel testo originale). Con le modifiche apportate dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 alla legge 190/2012, le due figure sono definitivamente unificate nel «Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza».

⁵ Infatti, il legislatore ha usato la tecnica del rinvio nel senso che l’ambito di applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione contenuta nella l. n. 190/2012 è definito mediante il rinvio a quello della disciplina sulla trasparenza. In particolare l’art. 1, comma 2-*bis*, della l. n. 190/2012 rinvia, per l’individuazione dell’ambito soggettivo all’art. 2-*bis* del d.lgs. n. 33/2013 (...). Viene così stabilita una stretta correlazione tra l’ambito di applicazione della disciplina in materia di prevenzione della corruzione e quello in materia di trasparenza, con particolare riferimento a tutti i soggetti di diritto privato cui si applica il d.lgs. n. 33/2013», ANAC, Atto di segnalazione n. 3/2020, concernente l’applicabilità alle società quotate della normativa in materia di trasparenza ai sensi del d.lgs. n. 33/2013 e di prevenzione della corruzione ai sensi della l. n. 190/2012.

⁶ Tale lettura è riproposta, da ultimo, da A. MARRA, *Il regolamento sull’organizzazione e il funzionamento dell’ANAC*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2022, p. 71 ss.

Pertanto, più correttamente, la relazione con la prevenzione della corruzione va intesa nel senso che il più ampio grado di trasparenza realizzato determina condizioni che possono favorire (in diversi modi, vedi subito *infra*) la prevenzione, l'emersione ed il contrasto dei fenomeni di corruzione e *maladministration*⁷.

Più in generale, l'ampio ed articolato sistema di obblighi di pubblicazione mira ad abilitare una conoscenza generalizzata su informazioni rese facilmente ed immediatamente *disponibili*⁸, una conoscenza che costituisce l'oggetto di un diritto radicato in capo a chiunque (*uti cives*); una pretesa conoscitiva meritevole di protezione in quanto tale, in quanto dimensione di esercizio di libertà (v. *infra*), nonché prerequisite essenziale per l'esercizio ed il godimento degli altri diritti della persona e del cittadino⁹. Tale ultima notazione, ci consente di anche in individuare quale sia, agli occhi del legislatore del 2012/2013, l'istituto idoneo a "fare trasparenza": la pubblicazione obbligatoria di dati, informazioni, o documenti, da realizzarsi mediante uno specifico canale, ossia una apposita sezione del sito web di ciascuna singola amministrazione (e soggetti assimilati), denominata (appunto) "amministrazione trasparente". Ciò che si vuole sottolineare, qui, è la relazione sostanzialmente biunivoca istituita tra la nozione di trasparenza (amministrativa) e l'istituto della pubblicazione obbligatoria così definito: un elemento già pienamente declinato nella l. n. 190/2012, e poi confermato (e, semmai, rafforzato) con l'adozione del d.lgs. n. 33/2013.

⁷ «Ma questa connessione non deve generare equivoci: non c'è una trasparenza finalizzata alla corruzione, ma una trasparenza che deve essere realizzata di per sé e nella misura più ampia possibile perché quella trasparenza, che consente forme diffuse di controllo "del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità" o «sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche» serve, tra le altre cose, anche a prevenire fenomeni e comportamenti corruttivi», così F. MERLONI, *Trasparenza amministrativa e contratti pubblici*, in *IANUS, Diritto e finanza*, 25, 2022.

⁸ Sulla disponibilità delle informazioni di interesse pubblico come meccanismo per realizzare la trasparenza, E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Diritto pubblico*, 2, 2005, p. 573 ss.

⁹ Sulla trasparenza come requisite preliminare all'esercizio della cittadinanza amministrativa, sia consentito rinviare a B. PONTI, *La trasparenza come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, nell'ambito degli Studi per il 150° anniversario delle leggi di unificazione, Florence University Press, 2016.

2.2 In particolare: il contributo della trasparenza alla prevenzione della corruzione e della maladministration

In che modo, secondo il modello, la trasparenza (coincidente con l'ampia e diffusa disponibilità di informazioni, rese immediatamente accessibili perché reperibili sui siti web delle amministrazioni) può concretamente concorrere alla prevenzione della corruzione amministrativa? È possibile distinguere (a fini esplicativi) diverse modalità. In primo luogo, ed in termini generalissimi, la maggiore "visibilità" assicurata dall'ampia ed immediata disponibilità di informazioni relative all'organizzazione, all'attività, e alle spese effettuate dalle amministrazioni può operare in termini di deterrenza e dissuasione. La consapevolezza di poter essere osservati, e quindi scoperti, scoraggerebbe i comportamenti corruttivi e/o illeciti, alla stregua del celebre aforisma attribuito a Louis Brandeis¹⁰. Un meccanismo ulteriore è invece, più concretamente, connesso alla possibilità, mediante la trasparenza, di individuare e scoprire episodi più o meno strutturati di violazione delle norme e più in generale fenomeni di c.d. *maladministration* (ciò che però presuppone la concreta attivazione di quelle attività di *controllo diffuso* che il decreto mira a favorire). Ad un differente livello operativo, la disponibilità di informazioni sulle amministrazioni consente anche la loro elaborazione, il che può abilitare una serie di operazioni (di analisi, di confronto, di mappatura) che sono funzionali ad una comprensione dei fenomeni (anche, ma non solo, di quelli corruttivi)¹¹. Va poi sottolineato anche l'effetto atteso (ma anche, attivamente *promosso*) dalla diffusione di una cultura dell'integrità, che vede la trasparenza come elemento non solo *concreto*, ma anche *simbolico*, di una amministrazione che adotti uno standard etico (negli atti

¹⁰ «Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman», L. BRANDEIS, *What Publicity Can Do, in Other People's Money—and How the Bankers Use It*, New York, F.A. Stokes, 1914; sul punto, cfr. E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 3, 2019, p. 497 ss.

¹¹ Cfr. *ex multis* E. CARLONI (a cura di), *Fighting corruption through administrative measures. Handbook*, Perugia, Morlacchi University Press, 2019; ID., *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 3, 2019, p. 497 ss.; B. PONTI, *La mediazione informativa nel regime giuridico della trasparenza: spunti ricostruttivi*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2019, p. 383 ss.; F. MERENDA, *Legalità, algoritmi e corruzione: le tecniche di intelligenza artificiale potrebbero essere utilizzate nel e per il sistema di prevenzione della corruzione?*, *Rivista italiana di informatica e diritto*, 4, 2022, p. 23 ss.

e nei comportamenti) adeguato alle più intense pretese dei principi di servizio esclusivo, imparzialità e buon andamento¹².

In termini di *effettività* del modello, la concreta operatività di questi meccanismi è condizionata (anche) dalla struttura degli strumenti di trasparenza abilitati. In particolare, rileva qui il fatto che le informazioni siano rese disponibili in modo *distribuito* (i siti *web* delle singole amministrazioni), ciò che ha una serie di implicazioni, significative. Per un verso, questa struttura distribuita favorisce l'attivazione di azioni di controllo e monitoraggio civico in sede locale/decentrata. Dall'altra, questa stessa struttura finisce per costituire un potenziale, oggettivo ostacolo alla possibilità di reperire agevolmente le informazioni, ma soprattutto di integrarle e combinarle tra loro. Si tratta di elementi che incideranno, come vedremo, sulla formulazione del regime giuridico degli obblighi di pubblicazione, sia sulle dinamiche evolutive del modello.

2.3 I caratteri salienti del regime di pubblicazione obbligatoria

Sul piano *quantitativo*, come noto, il decreto non si limitava a riordinare i preesistenti obblighi di pubblicazione *via web* variamente introdotti (e dispersi) nell'ordinamento, ma ne arricchiva ulteriormente il novero, con particolare riferimento alle dimensioni dell'attività amministrativa e dell'uso delle risorse. Su di un piano *qualitativo*, la concentrazione di questi obblighi in un unico testo normativo è stata però anche l'occasione per disegnare un regime giuridico omogeneo e specifico di tale strumento di trasparenza¹³. Se ne richiamiamo, di seguito, i tratti principali. La pubblicazione delle informazioni sul sito ha una durata prestabilita, secondo una

¹² Sul punto, anche con riferimento ai compiti assegnati in questa direzione sia all'Autorità nazionale anticorruzione, sia alle singole amministrazioni (anche in termini di educazione e formazione alla legalità, come nel caso dell'iniziativa - con cadenza annuale - delle cd. *Giornate della trasparenza*) si veda I. A. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11, 2015, p. 3 ss.

¹³ Cfr. A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Ist. fed.*, 3-4, 2013, p. 725 ss.; e, sia consentito, B. PONTI, *Il regime dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria: i tempi, le modalità e i limiti della diffusione; l'accesso civico; il diritto al riutilizzo* (artt. 4, 5, 7, 8, 9, 52 commi 2 e 3, 53)", in Id. (a cura di), *La Trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 8-9, 2013, p. 795 ss.

tempistica differenziata in ragione della tipologia di informazioni oggetto di diffusione (art. 8). Tutti i dati, le informazioni e i documenti oggetto di pubblicazione sono qualificati come “pubblici”, ciò che comporta il diritto da parte di chiunque “di conoscerli, di fruirne gratuitamente, di utilizzarli e riutilizzarli” (art. 3), e devono essere pubblicati in formato dati aperto (art. 7). Le amministrazioni devono assicurare che le informazioni rispondano ad una serie (cospicua) di requisiti di qualità (art. 6). I documenti e le informazioni devono essere pubblicati in una apposita sezione del sito, denominata «Amministrazione trasparente», da realizzarsi in conformità alle indicazioni tecniche appositamente formulate nel medesimo decreto (art. 9, all. 1). Le informazioni così pubblicate devono poter essere ricercabili mediante i motori generalisti del web; di conseguenza, alle amministrazioni è preclusa la possibilità di inibire a tali motori di ricerca la indicizzazione dei contenuti della sezione «Amministrazione trasparente» (art. 9). Il mancato adempimento degli obblighi di pubblicazioni è sottoposto a vari ordini di sanzioni: pecuniarie, disciplinari, professionali (cfr. artt. 46 e 47). Il mancato (ovvero parziale) adempimento degli obblighi di pubblicazione costituisce anche il presupposto per l’attivazione di un (innovativo) diritto di accesso (il c.d. accesso civico, attualmente più noto come «accesso civico semplice»). Si tratta di una situazione giuridica a titolarità indifferenziata (spetta infatti «a chiunque»), e consiste nel diritto di richiedere all’amministrazione – gratuitamente e senza necessità di motivare la richiesta – i dati, i documenti e le informazioni di cui sia stata omessa la pubblicazione (art. 5). Da notare che nel rispondere alla richiesta, l’amministrazione è tenuta non solo a comunicare all’interessato le informazioni richieste, ma anche a procedere alla relativa pubblicazione, così che l’esercizio del diritto di accesso civico finisce per configurarsi anche come strumentale all’adempimento degli obblighi di pubblicazione. I poteri di vigilanza, controllo e di sanzione in relazione all’adempimento degli obblighi di trasparenza sono distribuiti tra RPCT e OIV (internamente alla singola amministrazione) e Autorità nazionale (artt. 43-45). Un’ultima, indispensabile, notazione va fatta con riferimento alle risorse (non solo finanziarie) che (non) sono state assegnate ai fini dell’attuazione di una riforma complessa, fortemente innovativa, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, e destinata a coinvolgere tutti i livelli di governo, e (sebbene in modo in parte differenziato, vedi subito *infra*)

le diverse articolazioni del comparto pubblico, anche laddove organizzato in forme privatistiche. La formula (certo non originale) della “riforma a costo zero”¹⁴ è destinata anch’essa ad incidere in modo significativo sul modello, e sulla sua evoluzione. Infatti, all’interno di un orizzonte operativo (e concettuale) di risorse scarse, l’applicazione della disciplina di trasparenza viene configurata da subito come un *costo aggiuntivo*, ciò che contribuirà ad alimentare una narrazione fatta, prima, di “oneri insostenibili” e, in seguito, di indispensabili interventi semplificatori.

3. Dinamiche di precisazione e di trasformazione del modello

Una volta predisposto, sotto il profilo normativo (ed organizzativo), il modello, la relativa implementazione, nel corso di questo decennio, si è caratterizzata per l’opportunità (spesso, la necessità) di apportare alcune *precisazioni e/o adattamenti*, al fine di abilitarne la concreta applicabilità. Allo stesso tempo, alcuni di questi adattamenti hanno inciso in modo significativo su alcuni dei caratteri originari, così da configurarsi quali elementi di trasformazione. Nei paragrafi che seguono, si indicano quelli che appaiono come i più rilevanti.

3.1 Perimetrare il campo del “visibile” (a tutti): dove arriva la trasparenza?

Una delle principali problematiche applicative del modello di trasparenza ha riguardato il suo ambito di applicazione, sotto due distinti ma strettamente legati profili: il profilo soggettivo, ovvero l’individuazione dei soggetti tenuti ad applicare il modello; il profilo oggettivo, ovvero l’individuazione di quali obblighi di pubblicazione dovessero gravare su tali soggetti. Tali difficoltà applicative sono state l’effetto del naturale concorso di una serie di fattori. In primo luogo, le (diverse) formule adottate dal legislatore per definire il perimetro di applicazione della disciplina hanno fatto (e fanno tutt’ora) riferimento a categorie dagli incerti confini, sia sotto il profilo ontologico, sia sotto il profilo (più

¹⁴ Infatti, ai sensi dell’art. 51, d.lgs. n. 33/2013 «Dall’attuazione del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente».

pratico) della definizione dei criteri di riconoscimento. Si pensi, in particolare, alle categorie di «pubblica amministrazione», «ente pubblico», «ente privato in controllo» o, ancora, «attività di interesse pubblico». A tale fattore, si aggiunge il fatto che il modello originario predisposto dal legislatore appare omogeneo ed uniforme, privo cioè di significativi meccanismi di adattamento alla estrema diversità delle plurime categorie di soggetti chiamate a darvi attuazione¹⁵. Si è così innescata una dinamica che può essere (sinteticamente, ed anche un po' brutalmente) sintetizzata come segue. L'ANAC ha adottato un indirizzo interpretativo «estensivo», volto a ricomprendere entro l'ambito di applicazione il più ampio novero di soggetti (pubblici e privati), mediante l'applicazione di criteri interpretativi di carattere *sostanziale*, con l'obiettivo dichiarato di assicurare la più ampia operatività degli istituti di trasparenza e dei diritti ad essa connessi¹⁶; indirizzo accompagnato (spesso) dall'attivazione di una interlocuzione con i soggetti interessati, al fine di verificare la possibilità di formulare indicazioni per adattare le modalità applicazione alle specifiche realtà organizzative ed operative considerate. A fronte di questo indirizzo espansivo, si sono registrate, in più di un'occasione, casi di resistenza (potremmo dire, di «fuga» dalla trasparenza), sfociate anche in contenzioso¹⁷. Analoga dinamica ha riguardato anche la *corretta identificazione degli organi* i cui componenti fossero assoggettati agli

¹⁵ L'ANAC, già con nelle prime «Linee guida» per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici, Determinazione n. 8/2015, aveva modo di sottolineare la necessaria opera di «adeguamento dei contenuti di alcune norme che, dando per presupposti modelli organizzativi uniformi, mal si attagliano, non solo alle diverse tipologie di pubbliche amministrazioni, ma anche a soggetti con natura privatistica».

¹⁶ Così F. GIGLIANI, *I soggetti obbligati alla disciplina della trasparenza*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, p. 78; ma v. anche F. LOMBARDI *La problematica definizione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di dati, informazioni e documenti previsti dal d.lgs. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 15, 2019, p. 2 ss.

¹⁷ Si vedano i casi di contenzioso attivati con riferimento all'applicazione della disciplina sulla trasparenza/pubblicità alle università non statali (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 3 giugno 2015, n. 8374, e Cons. Stato., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043); agli ordini professionali (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 24 settembre 2015, n. 11391 e Cons. Stato., sez. VI, 17 novembre 2017, n. 239); alle società quotate (controllate o partecipate: cfr. Cons. Stato, comm. spec., 29 maggio 2017 n. 1257)

obblighi di pubblicazione in materia di compensi, reddito e patrimonio¹⁸. Alla luce di queste dinamiche, anche sulla scorta degli esiti giurisprudenziali, il legislatore è tornato più volte, per riadattare il perimetro di applicazione della disciplina¹⁹. All'esito (attuale) di questa vicenda, si può dire che il legislatore abbia assecondato l'esigenza di introdurre elementi di flessibilità e differenziazione, sia nella perimetrazione (soggettiva) dell'ambito di applicazione, sia con riferimento alla declinazione (oggettiva) degli obblighi di trasparenza da assolvere, applicando una serie di strategie. La prima consiste nel distinguere tre categorie di *soggetti*, a ciascuna delle quali corrisponde un sistema di identificazione degli *oggetti* metodologicamente diversificato²⁰. E così:

- a) alle amministrazioni pubbliche *si applicano in modo integrale* tutti gli obblighi previsti dal d.lgs. n. 33/2013;
- b) agli enti pubblici economici, agli ordini professionali, alle società in controllo pubblico²¹, alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, in controllo pubblico²², gli obblighi previsti dal d.lgs. n. 33/2013 *si applicano in quanto compatibili*;
- c) alle società solo partecipate²³, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, gli obblighi di trasparenza *si applicano in quanto compatibili e limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse*.

¹⁸ Si veda, *infra*, il paragrafo dedicato al tema del bilanciamento – con riferimento agli obblighi in questione – tra esigenze di trasparenza e tutela dei dati personali.

¹⁹ Le regole di perimetrazione dell'ambito soggettivo sono state modificate nel 2014 (d.l. 24 giugno 2014, n. 90), nel 2016 (d.lgs. n. 97/2016). Rilevanti sono stati poi gli effetti, in termini di ridefinizione del perimetro interno dell'ambito di applicazione, determinati dalla sentenza Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 20 su cui vedi *infra*.

²⁰ Cfr. art. 2-*bis* del d.lgs. n. 33/2013 come introdotto dal d.lgs. n. 97/2016.

²¹ Per la definizione del controllo pubblico, la disciplina fa rinvio al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

²² Nel caso di associazioni, fondazioni e di altri soggetti di diritto privato diversi dalle società la nozione di controllo è declinata direttamente nell'art. 2-*bis* del d.lgs. n. 33/2013.

²³ Sempre ai sensi del d.lgs. n. 175/2016.

Una seconda strategia consiste nel differenziare l'ambito applicativo in ragione delle dimensioni del soggetto considerato. E così, gli obblighi individuati alla stregua di quanto indicato *sub* (b) e (c) si applicano solo alle associazioni, alle fondazioni e agli altri enti di diritto privato diversi dalle società, anche privi di personalità giuridica, con un bilancio superiore a cinquecentomila euro²⁴; inoltre, modalità semplificate di assolvimento degli obblighi di pubblicazione possono essere disposte dal PNA per i comuni al di sotto della soglia di quindicimila abitanti²⁵.

Una terza strategia consiste nell'assegnare *esplicitamente* ad ANAC un più generale potere di adattamento degli obblighi di trasparenza e delle relative modalità di attuazione «in relazione alla natura dei soggetti, alla loro dimensione organizzativa e alle attività svolte»²⁶, potere da esercitarsi in sede di elaborazione e aggiornamento del PNA.

L'assetto attuale, dunque, riconosce che il modello della trasparenza disegnato dal d.lgs. n. 33/2013 necessita di una applicazione differenziata, e rimette all'autorità di settore un potere significativo nel definire oggetti e modi di adattamento ai diversi contesti organizzativi²⁷, anche al fine di facilitare l'adempimento degli obblighi, in base ai principi di proporzionalità e semplificazione²⁸. Resta pertanto confermata, in linea di massima, la linea *includente* promossa da ANAC, sebbene l'interferenza con l'ambito di applicazione della disciplina anticorruzione contribuisca, in parte, a complicare il quadro²⁹. In controtendenza, invece, risultano alcune scelte operate direttamente dal legislatore, e che si prestano a

²⁴ Cfr. art. 2-*bis* del d.lgs. n. 33/2013, co. 2, lett. c) e co. 3.

²⁵ Cfr. art. 3, co. 1-*ter* del d.lgs. n. 33/2013 come introdotto dal d.lgs. n. 97/2016.

²⁶ *Idem*

²⁷ Si veda, ad esempio, la delibera n. 777 del 24 novembre 2021 concernente l'applicazione della normativa anticorruzione e trasparenza agli ordini e collegi professionali, che pure si colloca al di fuori del PNA; sul punto, cfr. da ultimo L. MACCARRONE, *La trasparenza degli ordini professionali. Il principio di compatibilità (anche) alla luce delle prime indicazioni dell'Anac*, in *Federalismi.it*, 29, 2021, p. 231 ss.

²⁸ Cfr. l'art. 3, comma 1-*bis* del d.lgs. 33/2013, così come introdotto dal d.lgs. n. 97/2016.

²⁹ Sul punto, si veda ad esempio D. BOLOGNINO, *Anticorruzione e trasparenza: ridisegnarne l'ambito soggettivo di applicazione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2020, pp. 704 ss.

strategie (o effetti) elusivi, in materia di società controllate³⁰ e di altri soggetti in forma privata, pure in controllo³¹.

3.2 La natura dell'accesso civico semplice: prolegomeni di un (successivo) dibattito

Il concreto esercizio degli strumenti a tutela del diritto di accesso civico “semplice” non ha attivato un dibattito in seno alla giurisprudenza circa la (effettiva) natura della situazione soggettiva giuridica lesa, sebbene fin da subito il meccanismo giurisdizionale di tutela sia stato ricondotto al rito speciale in materia di accesso documentale³² (un’ipotesi, come noto, di giurisdizione esclusiva), opportunamente ritoccato in modo da ricomprendere anche la «la tutela del diritto di accesso civico connessa all’inadempimento degli obblighi di trasparenza». La dottrina, invece, ha

³⁰ Infatti, dall’assoggettamento agli obblighi di trasparenza sono radicalmente escluse «le società quotate come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate» (art. 2-*bis*, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 33/2013 e s.m.i.). La *ratio* di tale opzione consiste nel concorrente regime di pubblicità e trasparenza disposto dalla disciplina in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, TUF), le cui esigenze sono reputate dal legislatore evidentemente prevalenti. Tuttavia, la definizione di “società quotate” recata dal d.lgs. n. 175/2016 (cfr. art. 2, co. 1, lett. p)), include sia «le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati» sia «le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati» (per altro, con riferimento al comparto energetico, tale termine è stata da ultimo fissato al 31 dicembre 2021: cfr. l’art. 52, co. 1-*bis*, d.l. 17 maggio 2022, n. 50, conv. con mod. dalla l. 15 agosto 2022, n. 91). Ciò comporta, in particolare, che una serie di partecipate (non quotate nel mercato azionario) che pure esercitano compiti di interesse pubblico estremamente rilevati (quali, ad esempio, Cassa Depositi e Prestiti Spa o ANAS Spa) finiscono fuori dall’ambito di applicazione della trasparenza. L’anomalia è oggetto di una specifica segnalazione di ANAC al parlamento (atto di segnalazione n. 1/2020, del. 541 del 1°luglio 2020).

³¹ Gli stringenti requisiti che identificano il controllo le associazioni, le fondazioni e gli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con particolare riferimento alla circostanza per cui «la totalità dei titolari o dei componenti dell’organo d’amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni» e che «l’attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell’ultimo triennio da pubbliche amministrazioni», si prestano infatti a strategie elusive, in specie con riferimento alle informazioni concernenti il dato organizzativo e delle risorse.

³² Come noto, infatti, con riferimento al più risalente diritto di accesso c.d. “difensivo”, o “documentale”, di cui agli art. 22 e seguenti della l. n. 241/1990, il dibattito giurisdizionale relativo alla qualificazione di tale situazione giuridica soggettiva è stato quanto mai ampio e significativo, né si può affermare che sia del tutto concluso; sul punto, si vedano, tra gli altri G. SGUEO, *Il diritto di accesso agli atti*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2014, p. 281 ss.; V. PARSIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 11, 2018.

mostrato maggiore vivacità, e (sinteticamente) si possono individuare due livelli del dibattito. Ad un primo livello del dibattito, l'individuazione della situazione giuridica tutelata è stata formulata al fine di verificare l'opportunità del rito prescelto³³, quando non la stessa legittimità (costituzionale) della sede di giurisdizione esclusiva³⁴. Sotto questo profilo, la varietà e la diversità delle indicazioni emerse in tale dibattito finiscono per confermare l'opportunità della scelta operata dal legislatore, non tanto sul piano dogmatico, quanto piuttosto sotto un profilo più pragmatico. Tuttavia, il medesimo dibattito lascia già intravedere alcune delle linee di frattura che emergeranno in tutta la loro evidenza in seguito al varo (nel 2016) dell'accesso civico cd. "generalizzato". In particolare, laddove la tutela garantita «a chiunque» appare stridere con le finalità della disciplina violata (dall'omessa pubblicazione), ecco emergere in forma ancora larvata la finalizzazione della pretesa conoscitiva azionata dal singolo, o sotto forma di azione popolare (anche limitata al solo piano procedimentale³⁵), o in ragione degli interessi pubblici (in particolare, la prevenzione della corruzione e dell'illegalità) che sottenderebbero alla selezione degli obblighi di pubblicità da parte del legislatore³⁶. D'altra parte, non mancano nemmeno le letture che vedono – al contrario – nel «chiunque» il titolare (indifferenziato) di un diritto di libertà (conoscitiva),

³³ Cfr. E.M. MARENGHI, *Il rito speciale dell'accesso tra differenziazione processuale e indifferenziazione materiale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2-3. 2015.

³⁴ Prospettano l'incostituzionalità della giurisdizione esclusiva in materia di accesso civico "semplice", tra gli altri, F. DINELLI, *Le sanzioni per le violazioni degli obblighi di pubblicazione e la tutela giurisdizionale dell'accesso civico*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, p. 397 ss., in part. p. 418 ss. (sia per carenza di delega, sia in ragione della ritenuta natura di pieno diritto soggettivo dell'accesso civico semplice); M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2, 2013, p. 425 ss. (in ragione della mancata connessione con l'esercizio di potere autoritativo, e quindi in violazione dei criteri indicati in Corte cost., 14 luglio 2004, n. 204); M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1, 2015, p. 153 ss. (perché l'amministrazione, anche quando è chiamata a valutare la prevalenza delle esigenze di riservatezza connesse alla tutela di dati sensibili, opererebbe comunque un accertamento di carattere vincolato, a fronte del quale si fronteggiano esclusivamente situazioni di diritto soggettivo).

³⁵ Cfr. V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 4, 2013, p. 789.

³⁶ Cfr. M. MAGRI, *op. cit.*, *passim*, e V. PARISIO, *op. cit.*

del tutto autosufficiente³⁷. Sotto questo profilo, la sede della giurisdizione esclusiva ed il rito speciale – caratterizzato da un involucro “impugnatorio”, riempito però da ampi poteri di accertamento e di condanna – nascondono questa dualità, senza però risolverla.

3.3 L'impatto del diritto alla tutela dei dati personali sul regime della trasparenza/pubblicità

Sul fronte del (classico, e controverso) rapporto tra trasparenza e riservatezza/tutela dei dati personali, le precisazioni e le modifiche al modello sono avvenute su due piani: sul piano applicativo e su quello legislativo. Dal punto di vista applicativo, l'Autorità nazionale di tutela dei dati personali è da subito intervenuta per fornire indicazioni su come adempiere agli obblighi di pubblicazione in modo rispondente ai principi posti a tutela dei dati personali³⁸, così evidenziando una dialettica tra “autorità di settore” che è anche l'esito dell'assetto organizzativo assunto l'ordinamento, con riferimento alla regolazione delle dinamiche di fruizione delle informazioni diffuse dal settore pubblico³⁹. Sul piano legislativo l'innescò di un processo di trasformazione tutt'ora in corso di svolgimento è costituito dalla scelta operata dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, in virtù della quale il regime di pubblicità attinente ai dati reddituali e patrimoniali – originariamente applicato ai soli titolari degli organi di indirizzo politico – è stato esteso anche ai titolari degli organi dirigenziali⁴⁰. Come noto, tale decisione ha determinato la “reazione” di alcuni

³⁷ «(T)ale diritto non solo non presuppone la titolarità di una posizione soggettiva differenziata e qualificata, ma anche che esso è fine soltanto a se stesso ed è quindi privo di qualsiasi funzionalizzazione a interessi ulteriori e diversi», così C. CUDIA, *Il diritto alla conoscibilità*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, cit. p. 69.; G. CUMIN, *Il “nuovo” diritto di accesso, con particolare riguardo alla giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *www.lexitalia.it*, 4, 2013.

³⁸ Vedi le Garante privacy, «Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati», adottate con delibera n. 243 del 15 maggio 2014.

³⁹ Sul punto, si fa rinvio alle considerazioni di F. MERLONI, in *questo numero*.

⁴⁰ Per la precisione, tali obblighi di pubblicità sono stati estesi ai «titolari di incarichi o cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati, salvo che siano attribuiti a titolo gratuito, e [a]i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione», cfr. art. 14, comma 1-bis del d.lgs. n. 33/2013, come introdotto dal d.lgs. n. 97/2016.

dirigenti investiti dalla misura, l'impugnazione degli atti conseguenti, ed infine il promovimento di un incidente di costituzionalità, nel quale la Corte è stata chiamata a verificare la compatibilità di tale opzione legislativa rispetto al parametro di rango costituzionale (e non solo) posto a tutela del diritto alla tutela dei dati personali. La sentenza con la quale la Corte ha deciso la questione è di grande rilievo, sotto diversi profili⁴¹. Di seguito si indicano gli elementi che risultano più rilevanti, anche nell'ottica della trasformazione del modello:

- si è trattato della prima occasione in cui la Corte ha preso in considerazione il "valore" della trasparenza: nell'individuare la *natura*, la Corte oscilla tra la sua declinazione in termini di «principio (di t.)» e quella in termini di «diritto (alla t.)»;
- un punto, però, è chiaro (ed esplicitato): il giudice delle leggi colloca il principio/diritto tra quelli di consistenza costituzionale, ponendolo in posizione di equi ordinazione rispetto al (contrapposto) diritto alla tutela dei dati personali; la Corte ritiene che l'applicazione *uniforme* del medesimo (ampio, e profondo) regime di pubblicità dei dati patrimoniali e reddituali ai titolari di una serie di tipologie di organi molto differenziata risulta *sproporzionata*, e spesso *non necessaria*, e quindi in evidente contrasto con i principi che reggono la tutela dei dati personali (necessarietà e proporzionalità e del trattamento rispetto alla sua finalità), e che vincolano anche il legislatore; si noti che la Corte trae argomento per un più attento e differenziato adeguamento degli obblighi di pubblicità anche dalle modalità di predisposizione degli strumenti prevenzione della corruzione (cui tali obblighi sono considerati funzionali);
- tuttavia, tale valutazione non conduce ad una caducazione *sic et simpliciter* della disciplina impugnata (gli obblighi di pubblicità in capo agli organi dirigenziali e di amministrazione), dal momento che una opzione di questo genere "lascerebbe del tutto privi di considerazione

⁴¹ Per una più ampia disamina della sentenza, sia consentito rinviare a B. PONTI, *Il luogo adatto dove bilanciare. Il "posizionamento" del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019*, in questa *Rivista*, 2, 2019, p. 525 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

principi costituzionali meritevoli di tutela”, quale appunto (il diritto al)la trasparenza;

- sulla base di queste considerazioni, la Corte trae la conclusione per cui le modalità di contemperamento tra le esigenze di trasparenza e quelle di tutela dei dati personali non possono che trovare risposta nell'esercizio di una (ampia) discrezionalità legislativa. In questo modo, la Corte richiama il legislatore al suo dovere di rimettere mano alla disciplina, in modo organico ed articolato (vedi *infra*), e al contempo escogita una soluzione di carattere “provvisorio” (il mantenimento in essere degli obblighi di pubblicità per gli incarichi dirigenziali di maggiore rilievo organizzativo), così da non lasciare (in attesa dell'intervento legislativo) del tutto pretermesse le esigenze della trasparenza.

Sul piano sistemico, la sentenza n. 20/2019 costituisce un ulteriore (rilevante) fattore di evoluzione del modello, nella direzione di obblighi di pubblicazione differenziati, adeguati al contesto specifico, fermo restando, però, un margine sufficientemente ampio disponibile al legislatore ai fini della loro concreta declinazione. Come si è già avuto di sottolineare⁴², tale esito appare anche la conseguenza del foro prescelto per la verifica di “compatibilità” della legislazione de qua rispetto ai principi di rango costituzionale (e convenzionale): infatti, la Corte di giustizia appare molto meno disponibile a riconoscere alle esigenze della trasparenza un rango equi-ordinato a quello della tutela dei dati personali, ciò che finisce per ridurre sensibilmente i margini di manovra del legislatore, nel combinare le due esigenze⁴³.

3.4 La “centralizzazione” dei meccanismi di pubblicità

Altro elemento significativo di trasformazione del modello di (promozione e realizzazione della) trasparenza è rappresentato dalla tendenza a prediligere forme accentrate di diffusione delle informazioni, muovendo da uno schema originario incentrato invece su una strutturazione es-

⁴² Cfr. *ibidem*

⁴³ Cfr. da ultimo, in questo medesimo senso, Corte giust., 1° agosto 2022, causa C-184/20, *Vyriausioji tarnybin s etikos komisija*, che aveva come oggetto proprio alcuni obblighi di pubblicazione via web di dati personali a fini di prevenzione della corruzione.

senzialmente decentrata e distribuita (perché fondata sui siti *web* delle singole amministrazioni (vedi *supra*). Il meccanismo è introdotto con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 97/2016, e consente alle amministrazioni di assolvere agli obblighi di pubblicazione mediante l'inserimento di una *link* che punti ad una banca dati "centrale" che raccoglie e sistematizza su scala nazionale determinate tipologie di informazioni. Un primo "movente" di questa trasformazione è dettato dalle esigenze di semplificazione rivendicate dalle stesse amministrazioni, spesso tenute a trattare più volte il medesimo ordine di informazioni, o verosimilmente comunicarle ad una amministrazione centrale (per esigenze di c.d. "trasparenza verticale", per assicurare il flusso informativo utile ad amministrazioni centrali che svolgono funzioni di indirizzo, vigilanza, controllo) e contestualmente pubblicarle sul proprio sito (a fini di "trasparenza orizzontale", verso chiunque). Dunque, una misura che mira a distribuire il lavoro tra il soggetto tenuto a raccogliere e/o formare il dato (in sede decentrata) e quella tenuta a sistematizzarlo in una banca dati settoriale, da rendere accessibile, sempre mediante il canale *web*, ma in modo "accentrato", mediante la quale scongiurare anche il rischio che di discrasie e disallineamenti tra l'informazione raccolta e diffusa in periferia e quella raccolta e validata "al centro"⁴⁴. Per la verità, questa tendenza si colloca entro un quadro più generale, caratterizzato dalla costituzione di banche dati «omogenee per tipologia e contenuto», che rispondono alla finalità di abilitare un «sistema informativo unitario che tiene conto dei diversi livelli istituzionali e territoriali e che garantisce l'allineamento delle informazioni», e «la cui conoscenza è rilevante per lo svolgimento delle funzioni istituzionali delle altre pubbliche amministrazioni» (Basi dati di interesse nazionale – art. 60 del Codice dell'amministrazione digitale). La trasparenza *mediante banca dati centralizzata* costituisce, in altri termini, una manifestazione di un processo più ampio, finalizzato a rendere *allineate, standardizzate ed interoperabili* le informazioni del settore pubblico *su scala nazionale*, in modo tale da renderle fruibili a ciascuna componente del sistema, per l'erogazione di funzioni e servizi.

⁴⁴ Sul punto, si veda A. BONOMO, *La pubblicità "sostitutiva" mediante banche dati centralizzate* (artt. 2, comma 2, e 9-bis; art. 42 del decreto correttivo), in B. PONTI, *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, cit., p. 239 ss.

Un cambio di paradigma, nell'architettura del sistema informativo pubblico, che si riflette anche nei caratteri della trasparenza che viene così *effettivamente* abilitata. Certamente, questo (diverso) modello rende più complessa l'individuazione delle informazioni rilevanti e pertinenti, in particolare quando l'osservatore è poco attrezzato sul piano tecnico e muove da un interesse conoscitivo specifico e territorialmente caratterizzato (il controllo *localmente* diffuso). D'altro canto, la fruibilità di banche dati *nazionali*, omogenee per tipologia di informazioni, abilita operazioni di analisi e di confronto, nonché di *matching* con altre informazioni⁴⁵, mediante le quali è possibile rendere le informazioni più significative e comprensibili, con ciò contribuendo agli stessi obiettivi della trasparenza⁴⁶. In effetti, la dinamica in atto (che muove in direzione di risorse informative *omogenee per tipologia* e rese fruibili *al centro*) contribuisce a rimodellare oggetti (quali informazioni sono effettivamente disponibili, secondo questa modalità) ruoli (chi è responsabile per diffusione di tali informazioni), opportunità (come si realizza la trasparenza) e attori (chi "fa" trasparenza). Tale dinamica, secondo le indicazioni contenute nel PNRR, andrebbe portata alle sue estreme conseguenze: gli obblighi di pubblicazione (sensibilmente ridotti, vedi *infra*) dovrebbero essere assolti, in un'ottica di semplificazione, mediante un unico portale della trasparenza⁴⁷.

⁴⁵ Non è un caso, dunque, se tra le più significative esperienze di riutilizzo di dati pubblici a fini trasparenza sono progetti basati sulla elaborazione di dati tratti da banche dati "centrali". Nel caso di *contrattipubblici.org* (la piattaforma di analisi ed *intelligence* del *procurement* pubblico, realizzata da *synapta.it*), la fonte essenziale dei dati è rappresentato dalle informazioni raccolte da ANAC in all'art. 1, co. 32, l. n. 190/2012; nel caso di *openbilanci.it* (la piattaforma che analizza e rende confrontabili, per voce di costo, entrate ed uscite di tutti i comuni italiani) la fonte dei dati è la Direzione centrale della finanza locale del Ministero dell'interno, cui la legge (TUEL del 2000) affida il compito di raccogliere e pubblicare i bilanci dei Comuni italiani secondo una classificazione omogenea; *openoesione.gov.it* (iniziativa di governo aperto sulle politiche di coesione e sui progetti di attuazione) è basato sui dati raccolti dal sistema nazionale di monitoraggio, gestito dal ministero dell'economia e delle finanze.

⁴⁶ Circa la relazione tra trasparenza e comprensione, ed il connesso ruolo dei mediatori, sia consentito rinviare a B. PONTI, *La trasparenza e i mediatori dell'informazione*, in G. GARDINI, M. MAGRI (cura di), *Il FOIA italiano. Vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2019, p. 215 ss.

⁴⁷ «Un'unica piattaforma per la trasparenza amministrativa alleggerirà gli obblighi di pubblicazione delle varie amministrazioni su proprie piattaforme», PNRR, p. 73.

3.5 *La trasparenza come strumento anticorruzione nel PNRR: il ripudio del modello?*

Rispetto alle dinamiche di trasformazione del modello fin qui indicate, le indicazioni contenute nel PNRR sembrano prefigurare qualcosa di più (e di diverso) da un'ulteriore alterazione/trasformazione. Infatti, nell'ambito delle c.d. riforme abilitanti, uno specifico ordine di interventi – denominato «abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione»⁴⁸ – vede nella *semplificazione normativa* la via maestra, in quanto l'eccesso e la complicazione delle leggi costituirebbero “alimento” della corruzione. Alla luce di questa impostazione, il piano prosegue identificando le norme che «possono favorire più di altre la corruzione», e di cui è quindi prioritaria l'abrogazione o revisione. Tra queste norme, il PNRR richiama esplicitamente – oltre alle stesse disposizioni in materia di prevenzione della corruzione – anche «(le) disposizioni sulla trasparenza che prevedono – tra l'altro – obblighi di pubblicazione di numerosi atti, obblighi non sempre giustificati da effettive esigenze di conoscibilità dei cittadini e assai onerosi per gli uffici, soprattutto degli enti minori», giacché «occorre evitare che alcune norme nate per contrastare la corruzione impongano alle amministrazioni pubbliche e a soggetti privati di rilevanza pubblica oneri e adempimenti troppo pesanti». Come si vede, non è affatto difficile scorgere nel PNRR una valutazione molto critica dell'impianto complessivo della disciplina anticorruzione (in generale), anche con un esplicito riferimento allo specifico modello di realizzazione della trasparenza, ciò che pare rappresentare più un atto di ripudio di tale modello, piuttosto che l'intenzione di una sua (anche profonda) rivisitazione⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. PNRR, Le riforme abilitanti - Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione, pag. 73. Tutti i passi richiamati nel paragrafo sono tratti da tale paragrafo.

⁴⁹ Sul punto, più ampiamente, si veda E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 641 ss. nonché A. CORRADO, *Il futuro della disciplina di prevenzione della corruzione e della trasparenza amministrativa: una moda destinata a passare? L'ultima parola al Legislatore*, in *Federalismi.it*, 20, 2021, p. 173 ss.

4. *L'integrazione del modello: l'accesso generalizzato*

L'introduzione dell'accesso generalizzato può essere letta come una *integrazione* del modello di trasparenza impostato dal d.lgs. n. 33/2013. Il meccanismo opera, infatti, in termini complementari, sia perché ha ad oggetto il (vastissimo) ambito di informazioni detenute dal potere pubblico che non sono oggetto di pubblicazione obbligatoria (e quindi, sotto questo profilo, mira a *completare* il modello), sia perché opera secondo una dinamica *opposta* a quella della pubblicazione obbligatoria (la c.d. *proactive disclosure*): la trasparenza è attivata su iniziativa *del chiunque*, mediante l'esercizio di una concreta pretesa conoscitiva, alla quale l'amministrazione è tenuta a rispondere (*reactive disclosure*), fatti salvi i limiti. Se il diritto riconosciuto e tutelato è il medesimo (il diritto a conoscere), l'istituto chiamato a realizzarlo è ben distinto, e si aggiunge – integrandolo – al precedente sistema, rendendo più ampio il novero delle informazioni potenzialmente conoscibili da parte di chiunque. Nell'economia di queste note non si tratta di analizzare *funditus* il diritto di accesso generalizzato, quanto piuttosto di sottolineare come esso abbia inciso nell'evoluzione del modello.

4.1 *Il diritto a conoscere: da (ampia) eccezione a regola (con significative eccezioni)*

Con il riconoscimento⁵⁰ del diritto di accesso c.d. "Foia", la conoscibilità (potenzialmente) generalizzata delle informazioni detenute dal potere pubblico (o gestite in connessione con l'esercizio di attività di interesse pubblico) diviene *la regola*, il regime *by default*, laddove in precedenza (in dipendenza dei soli obblighi di pubblicazione) la conoscibilità aveva rappresentato un'ampia e strutturata *eccezione*. Questa circostanza contribuisce a spostare l'asse del modello (complessivamente inteso): la trasparenza via pubblicazione, infatti, presuppone a monte *una selezione* (ampia, nel caso del d.lgs. n. 33/2013) da parte del legislatore delle informazioni conoscibili, ciò che inevitabilmente comporta un giudizio, una

⁵⁰ In effetti, la legge delega usa proprio questa *semantica* («riconoscimento della libertà di informazione»), che è tipica delle formule normative di stampo giusnaturalistico, mediante le quali gli ordinamenti attribuiscono rilievo (e riconoscimento) a situazioni giuridiche ritenute preesistenti, a cominciare dalle libertà e dai diritti umani fondamentali.

valutazione circa le meritevolezza, la significatività, l'utilità in ordine alla conoscibilità di tali informazioni. La formulazione di questa valutazione può anche essere condotta con riferimento ad una *pluralità* di interessi ed obiettivi (prevenzione della corruzione, controllo delle legalità, controllo dell'efficienza, coerenza con l'indirizzo, etc.), ma non può mai del tutto svincolarsi da questa relazione. Il cittadino vede soddisfatta la propria pretesa conoscitiva in relazione alle informazioni previamente selezionate dal legislatore, ed esercitare le connesse libertà (libertà di accedere all'informazione disponibile e libertà di farne uso⁵¹) entro tale ambito. Nel caso, invece, dell'accesso generalizzato, è *lo stesso esercizio della libertà* a determinare quale informazione è fatta oggetto di pretesa conoscitiva: qui gli interessi selezionati a monte dal legislatore operano in senso del tutto opposto, ossia eventualmente come *limiti* alla concreta conoscibilità dell'informazione oggetto di accesso. Anche per questa ragione, l'introduzione dell'accesso generalizzato contribuisce ad *allentare* ulteriormente, sul piano simbolico, la relazione di strumentalità che intercorre tra la trasparenza ed una specifica *finalità* (l'anticorruzione, l'*accountability*, l'efficienza, etc.), consolidandone l'autonomo rilievo. Si noti, anche qui, come il concetto di *integrazione* torni utile a descrivere l'apporto dell'accesso generalizzato. In effetti, anche al netto del dato positivo concreto (il c.d. "Foia" italiano si caratterizza per una serie di limiti di progettazione evidenti, a cominciare dalla estrema genericità con cui sono formulati i limiti, e quindi dall'incertezza nella loro applicazione⁵²), la *reactive disclosure* soffre di alcuni limiti ontologici: il *tempo necessario* per ottenere la disponibilità dell'informazione richiesta⁵³, ed il fatto che tale informazione è resa disponibile e effettivamente conosciuta dal solo

⁵¹ Secondo l'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 33/2013 la pubblicazione nella pagina web del sito istituzionale comporta «il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione».

⁵² Per una analisi approfondita (anche critica) sulla normativa Foia e le connesse difficoltà di applicazione, si vedano i saggi raccolti da G. GARDINI, M. MAGRI (cura di), *Il FOIA italiano. Vincitori e vinti*, cit.

⁵³ Per alcune considerazioni sulle virtù e sui limiti del Foia come strumento utile per la realizzazione di inchieste di stampo giornalistico (il fattore tempo è chiaramente indicato tra i limiti), si veda da A. GRIZZUTI, *Journalism and the active use of transparency tools both at European and national level: shadows and light*, in B. PONTI (a cura di), *Transparency in tension: between accountability and legitimacy* – *Rivista di Etica pubblica*, 2, 2022, p. 113 ss.

richiedente (ché, una successiva diffusione da parte di quest'ultimo attiene all'esercizio della sua libertà). Pertanto, nell'economia di un sistema di trasparenza amministrativa, l'accesso generalizzato *integra* il modello della *proactive disclosure*, senza poterlo integralmente sostituire⁵⁴.

4.2 *La trasparenza tra libertà e funzione*

Come noto, una delle principali problematiche applicative dell'accesso generalizzato ha riguardato la effettiva declinazione del profilo di legittimazione all'accesso⁵⁵. Infatti, soprattutto la giurisprudenza si è divisa tra una lettura pienamente in linea con la declinazione di un diritto *di libertà*, spettante come tale effettivamente *a chiunque*, ed una invece più propensa a giustificare l'esercizio del diritto solo in ragione di una connessione funzionale rispetto al perseguimento di determinate finalità, giuridicamente rilevanti, (tra queste, la prevenzione della corruzione, ma non solo). Nell'ambito di tale dibattito, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha preso una posizione netta, in favore della prima opzione⁵⁶, sebbene non manchino pronunce successive di segno (ancora) opposto⁵⁷. La posizione *funzionalista* si è certamente alimentata degli stilemi

⁵⁴ Cfr. E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2016, p. 579 ss; *contra*, M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, p. 593 ss.

⁵⁵ G. GARDINI *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI (Cura di), *Il FOIA italiano. Vincitori e vinti*, cit., p. 17 ss.

⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, su cui, *ex multis*, cfr. F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *Federalismi.it*, 2021, 20, 159 ss.; A. CORRADO *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, 16, 2020, p. 48; A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, p. 505 ss. Di assoluto rilievo il fatto che il giudice (in una sede così impegnativa) abbia ricondotto il diritto di accesso generalizzato all'esercizio di un diritto fondamentale di libertà; come si legge nella sentenza: nell'accesso «civico generalizzato la conoscenza si atteggia quale diritto fondamentale (c.d. *right to know*), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto»; e, ancora, «la natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato, oltre che essere evincibile dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost. e riconosciuta dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, deve però collocarsi anche in una prospettiva convenzionale europea, laddove essa rinviene un sicuro fondamento nell'art. 10 CEDU».

⁵⁷ Cfr. G.F. PULIZZI, *Tendenze e controtendenze in materia di accesso civico generalizzato: riflessioni a margine della sentenza T.A.R. Lombardia, 17 agosto 2021, n. 1939*, in *Federalismi*.

interpretativi assimilati nei lunghi anni di applicazione del solo diritto di accesso documentale (dove la legittimazione soggettiva limitata corrisponde alla esplicita *finalizzazione* dello strumento ad esigenze di tutela della situazione giuridica specifica e distinta del richiedente, in cd. *need to know*), e segna anche la difficoltà da parte di alcuni di discostarsi da quello schema. Una sovrapposizione per altro favorita dalla mera giustapposizione dei due istituti. Tuttavia, occorre prendere atto di come anche una determinata lettura del modello della trasparenza/pubblicità fornisca argomenti che possono condurre ai medesimi esiti. Infatti, la *finalità* che giustifica e spiega la selezione degli obblighi di pubblicazione, presuppone (come già sottolineato) una valutazione circa la meritevolezza della più ampia conoscenza di una determinata classe di informazioni (piuttosto che di altre). Una valutazione apparentemente del tutto simmetrica rispetto a quella formulata da coloro che legano la legittimazione (anche) dell'accesso generalizzato ad una (previa) valutazione circa l'idoneità dell'informazione richiesta a perseguire/realizzare questo o quell'interesse (anch'esso oggetto di una qualche selezione sul piano del diritto positivo). Si può, di conseguenza, osservare una duplice, opposta interazione tra i due strumenti di trasparenza. Il diritto di accesso generalizzato contribuisce ad integrare il modello, affrancando *il diritto a conoscere* da una relazione troppo stretta con le (sole) finalità di volta in volta selezionate dal legislatore; per contro, proprio *tale selezione* finisce per proiettare anche sull'accesso generalizzato una lettura *funzionalista*, con le conseguenze del caso (per taluni) in termini di legittimazione. Un effetto deleterio, quest'ultimo, che però non è altro che il frutto di un errore di prospettiva⁵⁸.

it, 15, 2022, p. 173 ss.

⁵⁸ Infatti, nella misura in cui il diritto di accesso generalizzato costituisce l'espressione di una pretesa conoscitiva riconosciuta e protetta, in quanto tale, in capo a chiunque, il profilo della *spettanza* e della *azionabilità* di tale diritto – in termini di legittimazione soggettiva – non può che risultare del tutto privo di rilievo. La selezione operata dal legislatore, in ordine alla meritevolezza di certi interessi, valori, obiettivi opera su un piano diverso. Come si è detto, nel caso dell'accesso generalizzato il legislatore seleziona i diritti e gli interessi che devono essere (eccezionalmente) protetti rispetto agli effetti della conoscibilità azionata mediante l'accesso generalizzato, e che quindi si pongono come *limite* all'esercizio di tale diritto (e *non* come elemento di legittimazione). Tuttavia, a seconda di come vengono articolati, sul piano positivo, è ben possibile che tali limiti (per fare un esempio, la sicurezza pubblica) possano essere *superati*, quando la conoscibilità risulti funzionale al soddisfacimento *anche* di determinati altri diritti e

4.3 *Un diritto con un tutore istituzionale indebolito*

Un altro effetto di *integrazione* – sebbene al negativo – riguarda il quadro regolatorio. Infatti, per consapevole scelta del legislatore delegato⁵⁹, l'accesso generalizzato non è stato corredato del supporto di un'autorità di settore (abbastanza comune nei paesi che applicano un modello Foia), cui assegnare i compiti di risoluzione in via amministrativa del contenzioso, una funzione affatto strategica al fine di accompagnare ed indirizzare in modo unitario e coerente l'applicazione della disciplina. Ciò ha determinato un indebolimento complessivo della *governance* della trasparenza pubblica, soprattutto se posta a confronto con ruolo e poteri assegnati (anche in materia di accesso civico generalizzato) all'autorità preposta alla tutela del diritto "concorrente"⁶⁰.

4.4 *Il settore dei contratti pubblici come osservatorio privilegiato delle dinamiche in atto*

Gli effetti dell'integrazione dell'accesso generalizzato nel modello di trasparenza inaugurato con il d.lgs n. 33/2013 possono essere colti in modo efficace con riferimento al settore dei contratti pubblici. È in questo settore, infatti, che si è consumata una parte significativa della dialettica giurisprudenziale: oggetto del contendere – come noto – è stata la stessa applicabilità del nuovo istituto ai dati e ai documenti attinenti alle fasi di selezione del contraente e di esecuzione del contratto; tuttavia, all'ombra di tale contrasto interpretativo

interessi, anch'essi oggetto di selezione legislativa (ad esempio, la prevenzione della corruzione). In questo caso, la relazione di strumentalità della conoscenza al soddisfacimento *anche* di un interesse rilevante (il c.d. *overriding public interest test*) opera come meccanismo utile all'eventuale superamento degli interessi/limiti alla conoscibilità. Si tratta, dunque, di un piano distinto da quello della legittimazione soggettiva, un piano in cui interagiscono *tra di loro* gli interessi oggetto di selezione legislativa (gli uni, a limitare la conoscibilità generalizzata, gli altri, a promuoverla/rafforzarla).

⁵⁹ Va ricordato, infatti, che la legge delega prevedeva, tra i criteri direttivi, la «previsione di sanzioni a carico delle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni normative in materia di accesso, di procedure di ricorso all'Autorità nazionale anticorruzione in materia di accesso civico e in materia di accesso (civico generalizzato)» (cfr. art. 7, comma 1, lett. h) l. 7 agosto 2015, n. 124).

⁶⁰ Sul punto, si vedano le più dettagliate considerazioni formulate in questo numero da F. MERLONI; nonché da ID., *Il "governo" della trasparenza*, in *Atti del convegno "I paradigmi della trasparenza"*, Cagliari, 30 settembre 2022, in corso di pubblicazione; e da E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, il Mulino, 2022, in part. pp. 197 ss. e 249 ss.

sono state dibattute molte altre questioni: dalla cumulabilità delle domande di accesso generalizzato e documentale, alla (connessa) questione della ammissibilità della *mutatio libelli*; dalla qualificazione della situazione giuridica protetta (libertà o funzione), all'esperibilità dell'accesso generalizzato per interessi egoistici. L'arresto giurisprudenziale (la richiamata Ad. plen. n. 10/2020) che ha chiuso la vicenda (in un senso poi confermato anche dal legislatore, più di recente⁶¹) rappresenta un compendio articolato delle diverse opzioni interpretative dibattute. Allo stesso tempo, nel settore dei contratti pubblici si osserva anche la progressiva affermazione dell'opzione "centralizzata" della trasparenza *proattiva*. Una risorsa essenziale di conoscibilità, regolazione e gestione del settore è rappresentata dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici, base di dati di interesse nazionale⁶² gestita da ANAC, e che da tempo è intesa anche come infrastruttura (centrale) utile a «favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi»⁶³. Tale prospettiva è ripresa e promossa anche nel nuovo codice dei contratti pubblici, che fa proprio il principio di «principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni»⁶⁴, sebbene alcune scelte compiute nella formulazione degli specifici oggetti da destinare alla pubblicazione sul sito e alla comunicazione alla banca dati centralizzata ("dati e informazioni", con la pretermissione degli "atti") induce la dottrina a paventare il rischio di una «semplificazione per riduzione»⁶⁵.

⁶¹ Cfr. il testo dell'art. 35 del nuovo Codice dei contratti, nello schema di decreto legislativo adottato dal Consiglio dei ministri in data 9 gennaio 2023 e trasmesso alle Camere per i pareri delle commissioni competenti, che recepisce quanto deciso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 10/2020 (cfr. Relazione agli articoli e agli allegati", pag. 51), applicando esplicitamente agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti anche il diritto di accesso di cui agli art. 5 e 5-bis del d.lgs. 33/2013.

⁶² Cfr. l'art. 60, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale.

⁶³ Cfr. l'art. 62-bis del Codice dell'amministrazione digitale.

⁶⁴ Come si legge nella relazione di accompagnamento al nuovo testo del Codice dei contratti, elaborata dal Consiglio di Stato, tale principio è sancito «al fine di assicurare una semplificazione degli adempimenti in capo alle amministrazioni le quali molto spesso si trovano a dover comunicare i dati per popolare le banche dati detenute da altri soggetti pubblici e a pubblicare poi le stesse informazioni sul proprio sito istituzionale per altre finalità. Sarebbe opportuno quindi che queste attività si concentrassero e che l'invio di informazioni e dati soddisfacessero contemporaneamente a più finalità» (cfr. p. 43).

⁶⁵ Cfr. F. MERLONI, *Trasparenza amministrativa e contratti pubblici*, cit.: «Nel merito vi è una semplificazione per riduzione: la trasparenza si realizza relativamente alle «informazioni e i da-

4.5 *Dall'accesso generalizzato alla trasparenza-pubblicazione*

Sempre con riferimento alla dinamica di *integrazione* del modello, occorre infine segnalare i casi più rilevanti nei quali l'esercizio del diritto di accesso generalizzato ha finito, poi, per propiziare soluzioni di trasparenza base sulla pubblicazione e diffusione dei dati mediante il canale *web*. In almeno due casi, la *scelta dell'amministrazione* di optare per la pubblicazione *on-line* di determinate informazioni ha fatto seguito alla soccombenza della stessa amministrazione nei giudizi attivati per contestare il rifiuto opposto alle richieste di accesso generalizzato sulle medesime informazioni. In un primo caso, la controversia ha avuto ad oggetto i dati relativi alle presenze televisive e radiofoniche di politici e di cariche istituzionali che AGCOM raccoglie ai fini del monitoraggio del pluralismo politico-istituzionale; in esito alla soccombenza in primo grado⁶⁶, l'amministrazione – invece che impugnare – ha optato per assecondare le indicazioni emerse, ed ha proceduto ad alimentare nuova sezione del proprio sito istituzionale, da destinare alla periodica pubblicazione dei dati raccolti. Analogò è il caso – maturato durante la pandemia – relativo ai verbali del Comitato tecnico-scientifico: in questo caso, è il Dipartimento della protezione civile che ha deciso di procedere, tramite apposita sezione del suo portale istituzionale, alla pubblicazione dei verbali, 45 giorni dopo lo svolgimento della riunione⁶⁷.

ti relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici (comma1). Se finalmente l'oggetto della trasparenza quanto all'ampiezza è definito, sembra esplicita l'eliminazione degli atti, confermata dalla ulteriore previsione del comma 3: «Per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti». Quindi [parrebbe] nessuna pubblicazione degli atti che avrebbe potuto lasciare al cittadino la possibilità di estrapolare da essi i dati e le informazioni di proprio interesse, ma una totale predeterminazione dei dati e delle informazioni rilevanti».

⁶⁶ Cfr. TAR Lazio, sez. III, 3 marzo 2020, n. 2811.

⁶⁷ Le modalità di diffusione dei verbali disposte dal Dipartimento riprendono i termini disposti per le pubblicazioni c.d. facoltative dall'art. 7-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 33/2013 («Nei documenti sono state oscurate le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti privati, anche societari, e dei prodotti sanitari di questi ultimi, allo scopo di contemperare le esigenze di trasparenza con quelle di riservatezza dei terzi. Sono stati, altresì, omissi gli allegati e i documenti sottoposti alle valutazioni del CTS, in virtù di quanto disposto dall'articolo 5-*bis*, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013, e tenuto conto dell'alto numero di controinteressati, come previsto dalla Circolare FOIA 1/2019», si legge nel documento).

Ancora più significativo è il caso delle informazioni sugli alimenti raccolte e gestite dal Ministero della salute. Qui la vicenda è innescata dalla vittoria in giudizio da parte di una confederazione di produttori nel settore agroalimentare che si era vista negare dal Ministero una richiesta di accesso civico generalizzato particolarmente dettagliata⁶⁸. In questo caso, tuttavia, la vicenda si è chiusa con l'intervento del legislatore, che ha integrato il d.lgs. n. 33/2013, introducendo *una nuova fattispecie di pubblicazione obbligatoria*, con il dichiarato intento di «semplificare le procedure in materia di accesso alle informazioni sugli alimenti»⁶⁹.

5. Le questioni aperte

5.1 La trasparenza sui titolari di incarichi pubblici

La sentenza Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20 formulava l'auspicio di una organica revisione degli obblighi di pubblicità e trasparenza in materia di informazioni reddituali e patrimoniali dei dirigenti pubblici, ed in effetti alla fine dell'anno il Parlamento ha avviato un percorso in questa direzione⁷⁰: dettati alcuni criteri per la revisione della materia, ne ha rimesso la disciplina ad un regolamento governativo. In sintesi, tali criteri prevedono: la graduazione⁷¹ degli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 14, comma 1; quanto alla trasparenza sui dati reddituali e patrimoniali, tale graduazione può declinarsi nella pubblicazione o anche nella sola comunicazione dei dati all'amministrazione di appartenenza; viene esclusa l'indicizzazione da parte dei motori di ricerca; gli obblighi sono estesi ai titolari organi amministrazione straordinaria enti locali sciolti per infiltrazioni mafiose.

⁶⁸ La Coldiretti aveva chiesto alla Direzione generale della sanità animale e dei farmaci veterinari l'accesso ai dati dei flussi commerciali del latte e dei prodotti lattiero caseari oggetto di scambio intracomunitario e provenienti dall'estero; il diniego di accesso opposto dall'amministrazione è stato prima confermato (Tar Lazio, sez. III-*quater*, 16 marzo 2018, n. 2994) e successivamente annullato in appello (Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546).

⁶⁹ Cfr. il testo dell'art. 5-*bis*, comma 2-*bis*, introdotto dall'art. 43-*bis*, comma 1, d.l. 16 luglio 2020, n. 76/2020, come conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁷⁰ Cfr. l'art. 1, comma 7, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 (c.d. «Milleproroghe 2020»).

⁷¹ La graduazione degli obblighi di pubblicità va compiuta «in relazione al rilievo esterno dell'incarico svolto, al livello di potere gestionale e decisionale esercitato correlato all'esercizio della funzione dirigenziale, tenuto anche conto della complessità della struttura cui è preposto il titolare dell'incarico, fermo restando per tutti i titolari di incarichi dirigenziali l'obbligo di comunicazione dei dati patrimoniali e reddituali di cui all'articolo 13, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62».

Infine, la norma consente di individuare gli specifici incarichi dirigenziali (anche apicali) per i quali escludere integralmente l'obbligo di pubblicazione, in ragione del pregiudizio che ne potrebbe derivare «alla sicurezza nazionale interna ed esterna e all'ordine e sicurezza pubblica, nonché in rapporto ai compiti svolti per la tutela delle istituzioni democratiche e di difesa dell'ordine e della sicurezza interna ed esterna»⁷². Il termine per l'adozione del regolamento, originariamente fissato al 31 dicembre 2020 è stato poi prorogato al 30 aprile 2021 e contestualmente, si è disposta la sospensione dell'operatività delle sanzioni per il mancato adempimento degli obblighi di trasparenza per gli incarichi dirigenziali diversi da quelli di carattere apicale; effetto sospensivo destinato a perdurare fino alla data di entrata in vigore del regolamento *de quo*⁷³. Il termine del 30 aprile 2021 è, però, trascorso senza che il regolamento sia stato adottato, così che attualmente il sistema della trasparenza relativo a tali obblighi appare avvolto in una sorta di *limbo*. La mancata adozione del regolamento continua ad impedire l'attivazione delle sanzioni, e tuttavia, sempre la sua mancata adozione impedisce la produzione degli effetti abrogativi tipizzati nel meccanismo della delegificazione⁷⁴; cosicché parrebbero restare in vigore *gli obblighi* di pubblicazione (dei dati reddituali e patrimoniali) non solo con riferimento agli incarichi (apicali) di cui all'art. 19, commi 3 e 4 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (per i quali l'impianto sanzionatorio è tutt'ora operativo), ma anche per gli incarichi a questi assimilati, come individuati alla stregua della delibera ANAC applicativa degli effetti della sentenza n. 20/2019⁷⁵, oltre che per le altre tipologie di incarichi e cariche di amministrazione, di direzione o di governo comunque denominati di cui all'art. 14, comma 1-*bis*⁷⁶.

⁷² Ai medesimi fini, in attesa dell'adozione del regolamento in questione, la disposizione di legge consente di provvedere immediatamente, mediante decreti dei ministri competenti.

⁷³ Per effetto delle modifiche introdotte con l'art. 1, comma 16, d.l. 31 dicembre 2020, n. 183 ("Milleproroghe" 2021) all'art. 1, comma 7, d.l. 162/2019.

⁷⁴ Infatti, il regolamento di riordino sarebbe da approvarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400.

⁷⁵ Cfr. ANAC, delibera n. 586/2019, al netto degli interventi giurisprudenziali relativi agli incarichi di direzione di struttura complessa in ambito sanitario.

⁷⁶ Gli effetti determinati dalla mancata adozione del regolamento sono letti in questi termini anche da Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2022, n. 6654, ad avviso del quale «permane l'obbligo di

L'incertezza, dunque, non potrebbe essere maggiore: *de iure condendo*, i margini di discrezionalità rimessi al governo nel definire il nuovo regime potrebbero autorizzare anche un consistente arretramento del grado di trasparenza dei dati relativi ai titolari degli incarichi dirigenziali⁷⁷, anche tenuto conto del regime derogatorio (*già attivato*) che consente la loro totale disattivazione per determinate tipologie di incarico; *de iure condito*, la disciplina è retta da un insieme scoordinato e nebuloso di elementi normativi e regolatori, che lasciano interpreti e (soprattutto) operatori e cittadini nella nebbia più fitta (un caso di scuola di “trasparenza opaca”⁷⁸). Rispetto a questo cantiere (che più che “aperto”, appare oramai “abbandonato”), sarebbe poi lecito domandarsi se il raggio d'azione prospettato dal legislatore per il riordino degli obblighi di pubblicità in capo ai titolari di incarichi pubblici sia appropriato. È certamente vero che la sentenza della Corte ha riguardato alcune categorie di incarichi, vincolata in questo dall'oggetto della causa; il legislatore, al contrario, ha *scelto* di non inserire nell'operazione di ricalibratura gli *incarichi politici* (nonché quelli di amministrazione, direzione e governo), senza tenere conto che anche in questo ambito esistono rilevanti gradi di differenziazione, quanto a rilievo esterno dell'incarico svolto, livello di potere decisionale esercitato, dimensione e complessità dell'ente. Questa scelta, che assume gli *incarichi politici* in quanto tali come un dato omogeneo e uniforme, tradisce i medesimi principi di proporzionalità e necessità (nel trattamento dei dati personali) che hanno ispirato la sentenza n. 20/2019, ma soprattutto sembra perpetuare l'immagine della *politica* come l'attore ed il ruolo in cui massimamente si manifesta il rischio corruttivo. Un approccio venato di accenti *populistici*, e che appare poco persuasiva in particolare con riferimento al contesto ordinamentale nazionale, nel quale – per effetto del principio di distinzione – il potere decisionale effettivamente articolato e distribuito tra attori politici e attori amministrativi.

pubblicazione dei dati ma che, per effetto della disposizione appena richiamata (la cui dichiarata transitorietà consiglierebbe che il legislatore procedesse con sollecitudine al riordino della materia, adeguandosi puntualmente alla decisione della Corte costituzionale), tale obbligo non è attualmente provvisto di sanzione in caso di sua violazione.

⁷⁷ Cfr. A. CORRADO, *Gli obblighi di trasparenza dei dirigenti amministrativi: il lento e incerto incedere del legislatore*, in *Federalismi.it*, 20, 2021, p. 102 ss., in part. p. 120.

⁷⁸ *Ibidem*.

5.2 *La trasparenza tra coordinamento e semplificazione, e i rischi di una deriva funzionalista*

Sul piano del diritto positivo, il diritto di accesso generalizzato è stata sostanzialmente *giustapposto*⁷⁹ al diritto di accesso documentale, un approccio di politica del diritto che ha contribuito ad alimentare molte questioni e dubbi interpretativi (la cumulabilità delle domande; la sovrapposizione, integrazione o separazione tra i rispettivi sistemi di limiti; l'eventuale ordine di precedenza; l'ammissibilità della *mutatio libelli*, per citare solo i principali). L'assenza di un consapevole *coordinamento* tra le due modalità conoscitive viene, quindi, individuata come una problematica ancora aperta (come in effetti è), che necessita di un intervento normativo ordinatore⁸⁰. La direzione ed il carattere che dovrebbe assumere questo intervento, tuttavia, può incidere in modo significativo sull'*outcome* in termini di tutela del *diritto alla trasparenza*. Una prima alternativa potrebbe puntare ad esplicitare il rapporto tra le diverse pretese conoscitive attivabili, in particolare su due questioni. Per un verso, andrebbe finalmente chiarito che l'interesse *difensivo* o comunque *differenziato* del ricorrente (così come il collegamento tra tale interesse e i documenti richiesti) non

⁷⁹ In effetti, l'unico collegamento esplicito tra i due plessi normativi è stato inserito nell'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, dove – tra le materie radicalmente escluse dall'esercizio del diritto di accesso generalizzato – sono contemplati anche «i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990»: una disposizione che, per come è formulata, ha alimentato più problemi applicativi di quanti non ne abbia risolti.

⁸⁰ Ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817, offre una sistematizzazione delle diverse forme di accesso «per dar conto delle ragioni di una convivenza tra istituti che, altrimenti, avrebbero finito per sovrapporsi l'uno all'altro, in modo irragionevole». In dottrina, tale esigenza è sottolineata in particolare da E. CARLONI, F. GIGLIONI, *Three transparencies and the persistence of opacity in the Italian government system*, in *European Public Law*, 23(2), 2017; A. MOLITERNI, *La via italiana al FOIA: bilancio e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2019, p. 23 ss.; G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *Federalismi.it*, 19, 2018; G. TROPEA, *Forme di tutela giurisdizionale dei diritti d'accesso: bulimia dei regimi, riduzione delle garanzie?*, in *Il Processo*, 1, 2019, p. 71 ss.; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 4, 2019, p. 743 ss., sebbene quest'ultimo autore abbia in parte rivisto la sua posizione, ritenendo che l'Ad. plen. 2 aprile 2020, n. 10 abbia risolto buona parte dei problemi indotti dalla giustapposizione dei diversi istituti, e che sia preferibile che il sistema sia reso (e mantenuto) coerente per opera della giurisprudenza, piuttosto che dall'intervento del legislatore (cfr. F. MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, cit., p. 172 ss.).

opera (più⁸¹) come criterio di legittimazione soggettiva, quanto piuttosto come presupposto che consente di *superare* diversi *livelli di limiti* alla conoscibilità (in ragione della consistenza del diritto alla cui protezione la conoscenza è strumentale⁸²). Ciò risolverebbe la solo apparente contraddizione del sistema attuale, nel quale molte amministrazioni (e qualche giudice, ancora) continuano a considerare l'accesso generalizzato una sorta di "lasciapassare" utile a bypassare (in modo inammissibile) i requisiti dell'accesso documentale⁸³. Andrebbero poi articolati, sul piano positivo, presupposti e criteri per l'eventuale prevalenza del *diritto a conoscere*, esercitato mediante l'accesso generalizzato, quando dalla divulgazione dell'informazione (seppure ostacolata dall'operatività dei limiti) possa derivare (anche) un beneficio per determinati interessi generali (secondo la logica del *public interest test*, oggetto di espressa previsione in discipline più mature della nostra⁸⁴). Per evidenti ragioni di coerenza del sistema, tali interessi generali andrebbero selezionati, in effetti, tra quelli che la trasparenza via pubblicità obbligatoria mira a promuovere. Così operando, si otterrebbe quell'effetto di coordinamento tra i diversi strumenti, utile a non pregiudicare il *distinto, specifico* contributo offerto da ciascuno di essi, a seconda dei casi, in termini di capacità conoscitiva⁸⁵.

⁸¹ Infatti, come l'Adunanza plenaria n. 10/2020 ha efficacemente chiarito «La circostanza che l'interessato non abbia un interesse diretto, attuale e concreto ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, non per questo rende inammissibile l'istanza di accesso civico generalizzato, nata anche per superare le restrizioni imposte dalla legittimazione all'accesso documentale», cosicché in linea generale – a meno che l'interessato non escluda consapevolmente il ricorso all'accesso generalizzato – la legittimazione soggettiva ed il collegamento con l'informazione richiesta non operano più come ostacolo all'esercizio del diritto di conoscere, ma operano piuttosto – se presenti – come elementi utili ad integrare il bilanciamento con i contrapposti diritti/interessi alla riservatezza.

⁸² Secondo il modello delineato dall'art. 24 della l. n. 241/1990 e dagli artt. 59 e 60 del Codice *privacy*.

⁸³ Così, da ultimo, TAR Lombardia, 17 agosto 2021, n. 1939 («L'accesso civico, detto altrimenti, non può costituire una sorta di lasciapassare attribuito al soggetto che, in base alla generale disciplina ex L.241/1990, non sia titolare di una posizione giuridica tutelabile in relazione alla domanda di accesso»); Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2019, n. 5702 aveva ritenuto inammissibile il ricorso all'accesso generalizzato quale "surrogato" dell'accesso documentale.

⁸⁴ Si vedano ad esempio i casi della disciplina *Freedom of Information Act* del 2000, in UK; o il regolamento 1049/2001/Ce che disciplina il diritto di accesso alle informazioni in Ue.

⁸⁵ Un intento non dissimile da quello che ha guidato il giudice amministrativo nel ricostruire il rapporto tra le diverse forme di accesso, operazione condotta «secondo un canone ermeneutico

Diversa è, invece, la strada che si potrebbe imboccare, qualora le esigenze di coordinamento fossero declinate nell'ottica di una *semplificazione per riduzione*. Sotto questo profilo, rileva ancora la *direzione di marcia* indicata nel PNRR. La presenza di «norme che contemplano ben tre tipi di accesso ai documenti e alle informazioni amministrative» è letta – come già notato – come fattore che impone alle amministrazioni pubbliche e ai soggetti privati di rilevanza pubblica *oneri* e *adempimenti* “troppo pesanti”: il rimedio proposto è declinato in modo (ancora) non dettagliato, ma comunque *tranchant*: «un unico accesso alle informazioni pubbliche è idoneo ad avere evidenti effetti di semplificazione». Il rischio, in questo caso, è che una semplificazione mossa dall'esigenza di *riduzione di oneri per l'amministrazione*, abbia effetti pregiudizievole per le ragioni della *trasparenza* e del *diritto a conoscere*. Infatti, confrontare e bilanciare tra loro gli interessi in gioco, al fine di determinare la prevalenza degli uni o degli altri, comporta l'uso di attrezzate risorse professionali e di tempo: configurare l'uso di queste risorse come un *costo da ridurre*, e non come la *spesa necessaria* per dare soddisfazione a *diritti fondamentali di valore costituzionale*, conduce inevitabilmente alla compressione di questi ultimi. Analoghe considerazioni possono ripetersi per l'ulteriore, contiguo passaggio relativo agli obblighi di pubblicazione («è il caso delle disposizioni sulla trasparenza che prevedono – tra l'altro – obblighi di pubblicazione di numerosi atti, obblighi non sempre giustificati da effettive esigenze di conoscibilità dei cittadini e assai onerosi per gli uffici, soprattutto degli enti minori»). Quest'ultimo passaggio, però, ci introduce ad un ulteriore aspetto problematico. Infatti, la riduzione degli oneri, in questo caso, sarebbe conseguenza di una più *selettiva* identificazione degli obblighi di pubblicità, in relazione alle effettive (“giustificate”) esigenze conoscitive dei cittadini. La logica per cui deve spettare al legislatore (e non al cittadino) stabilire cosa sia meritevole di essere conosciuto dal cittadino stesso, è messa in questo modo al servizio (*in*

di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta 'per materia' delle singole discipline», così Cons. Stato, Ad. plen. n. 10/2020). Di un principio di “piena trasparenza” parla E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, cit., p. 139 ss.

funzione) di una riduzione/razionalizzazione di quanto deve poter essere conoscibile, quantomeno mediante lo strumento della pubblicazione. Si è anche già visto come la declinazione del diritto di accesso generalizzato in forma di *libertà* sia idonea ad operare in termini di *integrazione* (e, al limite, di compensazione), rispetto a questo rischio. Ma si è anche avuto modo di sottolineare che *integrazione* non significa *sostituzione*: alcuni degli attributi specifici della pubblicazione via web (immediata e generalizzata disponibilità delle informazioni) non sono *fungibili*, così che il *ritaglio* e la *riduzione* del perimetro della pubblicità obbligatoria si traduce *oggettivamente* in un complessivo arretramento della trasparenza. Anche sul fronte della *reactive disclosure*, per altro, non è del tutto scongiurato il rischio che possano tornare a prevalere le logiche dell'accesso *funzionalmente condizionato*, ben più radicate nella prassi e nella cultura giuridica delle amministrazioni italiane, in conseguenza di una "unificazione" degli accessi unicamente orientata nell'ottica della *semplificazione per riduzione*. Se così fosse, nel loro complesso tali misure potrebbero imprimere al modello una *deriva funzionalista*. L'effetto sarebbe quello di una riduzione della trasparenza effettivamente disponibile, e di una compressione delle pretese conoscitive dei cittadini, e – in definitiva – della loro stessa libertà.

I piani di prevenzione della corruzione: un bilancio dell'esperienza

Fabio Monteduro, Mattia Liburdi, Sonia Moi

Il Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT) è stato uno degli strumenti fondamentali su cui si è basata l'applicazione della Legge 6 novembre 2012, n. 190 prima dell'emanazione del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80 che ha ne disposto l'assorbimento all'interno del Piano integrato di organizzazione e attività (PIAO). L'articolo intende fare un bilancio dell'esperienza attuativa dei PTPCT nel corso dell'ultimo decennio. L'analisi longitudinale svolta su un campione di 190 Comuni medio-grandi evidenzia un progressivo miglioramento della capacità degli enti analizzati di applicare logiche di risk management in sede di predisposizione dei PTPCT. Tali risultati suggeriscono che se da un lato gli strumenti complessi come i PTPCT hanno bisogno di tempo per essere utilizzati correttamente da parte delle amministrazioni; dall'altro, sembra illogico "cambiare rotta" proprio quando la capacità attuativa delle amministrazioni ha raggiunto un livello tale che consentirebbe di sfruttarne appieno le potenzialità.

1. Introduzione

L'approvazione della legge n. 190/2012, ormai 10 anni fa, ha segnato un importante passaggio nella lotta alla corruzione all'interno del nostro Paese¹. Sotto la spinta degli impegni presi e delle numerose raccoman-

¹ Cfr. F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Astrid, Passigli editori, 2010; B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013; R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020.

dazioni a livello internazionale², la legge n. 190/2012 ha introdotto, per la prima volta, un articolato sistema di prevenzione della corruzione, che si compone di due livelli – un livello nazionale e un livello decentrato – con strumenti, attori e responsabilità differenti. Nello specifico, da un lato, il Piano nazionale anticorruzione (di seguito PNA) rappresenta il livello “nazionale”, con lo scopo di garantire la coerenza complessiva del sistema di prevenzione della corruzione attraverso la definizione di linee guida e meccanismi operativi. Dall’altro, i Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza (di seguito, PTPCT) hanno rappresentato, invece, il livello “decentrato”, con l’obiettivo di garantire l’autonomia delle singole amministrazioni e l’efficacia di soluzioni personalizzate³. Il PTPCT ha costituito, dunque, lo strumento chiave della disciplina sulla prevenzione della corruzione. In tale documento, ogni pubblica amministrazione⁴ era chiamata a definire la propria strategia di prevenzione della corruzione attraverso l’individuazione, la programmazione e l’adozione di misure organizzative di prevenzione della corruzione, con metodi e strumenti propri dei sistemi di gestione del rischio⁵.

² Sono da annoverarsi, in primo luogo, la ratifica della Convenzione di Merida, che impegnava gli Stati firmatari all’adozione di politiche e di efficaci strumenti di prevenzione della corruzione, o le raccomandazioni del GRECO, secondo cui in Italia «(...) *there was a widely shared perception (...) that corruption in Italy is a pervasive and systemic phenomenon which affects society as a whole. (...) The information gathered by this research suggests that corruption is not confined to a single area of activity or territory; in Italy, numerous sectors are affected by the problem. Italy has seen a significant number of corruption cases concerning prominent political figures, high officials and business leaders*» (GRECO, *Joint First and Second Evaluation Round. Evaluation Report on Italy*, 2009).

³ F. DI CRISTINA, *I piani per la prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 98 ss.

⁴ L’ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza è disciplinato all’articolo 2-bis del d.lgs n. 33/2013, secondo cui «per pubbliche amministrazioni si intendono tutte le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni si applica anche, in quanto compatibile: agli enti pubblici economici e agli ordini professionali; alle società in controllo pubblico; alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato con determinate caratteristiche».

⁵ F. MONTEDURO, S. MOI, *The “risk” approach and the standards to fight corruption in public organizations*, in E. CARLONI (a cura di), *Preventing corruption through administrative measures*. Perugia, Morlacchi, 2019.

In tale contesto, l'attenzione alla gestione del rischio di corruzione è diventata una priorità per le pubbliche amministrazioni che, con una grande novità rispetto al passato, sono state chiamate a introdurre logiche di gestione del rischio all'interno delle proprie organizzazioni.

L'implementazione di un processo di gestione dei rischi è non solo strumentale all'identificazione e alla valutazione dei rischi a cui un'organizzazione è esposta e alla definizione di una strategia di risposta volta a contenere gli effetti negativi che potenzialmente possono manifestarsi, ma rappresenta lo strumento chiave dell'intero sistema di prevenzione della corruzione, riconosciuto ed utilizzato a livello internazionale⁶.

Per quasi un decennio i PTPCT previsti dall'art. 1, co. 5, lett. a) della Legge 6 novembre 2012, n. 190 sono stati lo strumento chiave della disciplina sulla prevenzione della corruzione. Di recente, tuttavia, il decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80 ha apportato una rilevante novità in materia di pianificazione degli interventi di prevenzione della corruzione. Tale decreto dispone che le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n.165/2001 adottino annualmente il Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO). Si tratta di un documento di programmazione unitario nel quale la pianificazione della prevenzione della corruzione e della trasparenza viene unificata ad altri strumenti di pianificazione (piano delle *performance*, piano triennale dei fabbisogni di personale, piano organizzativo per il lavoro agile, ecc.).

La disciplina sul PIAO si è poi delineata più compiutamente con l'emanazione del d.P.R. del 24 giugno 2022 n. 81 «Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione» e il d.m. del 30 giugno 2022 n. 132 «Regolamento recante definizione del contenuto del Piano integrato di attività e organizzazione». In particolare, il d.m. del 30 giugno 2022 n. 132 ha previsto che i contenuti di pianificazione tipici dei PTPCT vengano riportati in una sotto-sezione denominata «Rischi corruttivi e trasparenza».

⁶ Si cita, a titolo esemplificativo l'OCSE, che all'interno dell'*Integrity Framework* del 2009, individua nell'analisi del rischio lo strumento chiave per la gestione dei rischi di integrità. Si veda al tal proposito OECD (2009), *Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes, Structures, and Conditions for Implementation*

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&co...e=GOV/PGC/GF\(2009\)1](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&co...)

Tale la sottosezione è predisposta dal Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e deve essere coerente con gli obiettivi strategici dell'amministrazione e con le indicazioni metodologiche del Piano nazionale anticorruzione (PNA) adottato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). L'intento del legislatore è quello di realizzare con il PIAO una effettiva "integrazione" degli strumenti di programmazione, facendo in modo che i profili della performance, dell'anticorruzione, e della sostenibilità organizzativa e finanziaria siano oggetto di una considerazione unitaria. Il PIAO non dovrebbe essere concepito invece come una mera giustapposizione dei Piani assorbiti⁷.

Una disamina dettagliata delle novità apportate dalla disciplina dei PIAO è al di fuori degli scopi del presente contributo; è di interesse, invece, comprendere in che modo la nuova disciplina del PIAO possa incidere sulla applicazione di logiche e metodi di *risk management* nell'ambito dei sistemi di prevenzione della corruzione. Limitatamente a questo aspetto, si può ritenere che la nuova disciplina dei PIAO abbia un impatto relativamente marginale, poiché l'idea chiave di programmare le misure di prevenzione sulla base di una preventiva analisi e valutazione del rischio di corruzione resta immutata.

Una tale evidenza è desumibile innanzitutto dalle Linee Guida sulla predisposizione dei PIAO allegate al d.m. del 30 giugno 2022 n. 132 che, relativamente alla sezione «Rischi di corruzione e trasparenza», confermano tutte le fasi del processo di gestione del rischio.

Inoltre, il nuovo PNA 2022⁸, con riferimento alla metodologia di *risk management* da applicare per la redazione della sezione del PIAO sull'anticorruzione e sulla trasparenza, ha confermato quasi integralmente la metodologia già definita nei PNA precedenti e, in particolare, quella contenuta nell'allegato 1 del PNA 2019. Secondo ANAC, infatti, è necessario non disperdere «il patrimonio di esperienze maturato nel tempo dalle amministrazioni» (pag. 28).

⁷ Si tratta tuttavia di un rischio molto concreto che già era stato lucidamente evidenziato dal Consiglio di Stato nei pareri n. 902/2022 e n. 506/2022. Le prime esperienze attuative, inoltre, sembrano aver concretizzato in larga misura tale rischio.

⁸ Adottato dall'ANAC con la delibera n. 7 del 17 gennaio 2023.

Non va trascurato infine che l'ambito soggettivo delle amministrazioni tenute all'adozione del PTPCT è più ampio di quello di applicazione del PIAO⁹. Come conseguenza, una serie di enti pubblici – tra cui gli enti pubblici economici, gli ordini professionali, le autorità amministrative indipendenti, le scuole e le istituzioni educative – non sono tenuti alla predisposizione dei PIAO ma restano tenuti alla predisposizione dei PTPCT.

In conclusione, il processo di gestione dei rischi continua a costituire lo strumento chiave per la definizione della strategia di prevenzione della corruzione anche nella nuova prospettiva della programmazione integrata sottesa al PIAO.

In tale contesto assume una particolare rilevanza porsi la seguente domanda di ricerca: come è cambiata nel corso degli ultimi dieci anni la capacità delle amministrazioni di predisporre i PTPCT sulla base di una adeguata metodologia di *risk management*?

L'articolo risponde a questa domanda di ricerca attraverso un'analisi empirica condotta su un campione costituito da 190 Comuni medio-grandi. Adottando una prospettiva di analisi economico-aziendale, l'articolo ha lo scopo di illustrare come è mutata la "qualità" dei PTPCT in termini di congruità di tali documenti programmatici rispetto alle indicazioni fornite dall'Autorità nazionale anticorruzione (di seguito ANAC) nei Piani nazionali anticorruzione. A tal fine, dopo aver illustrato i principi metodologici della gestione dei rischi di corruzione (paragrafo 2), l'articolo riporta il metodo e risultati dell'analisi empirica (paragrafo 3), ed espone le principali implicazioni dello studio, cercando di delineare i punti di forza e le criticità che permangono nella redazione dei PTPCT tenendo conto, laddove rilevante, dei contenuti della sottosezione dedicata all'anticorruzione e trasparenza del PIAO (paragrafo 4).

2. *Risk Management e Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione*

Secondo l'art. 1 co. 5 legge n. 190/2012, il PTPCT doveva contenere una valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione e indicare le misure organizzative volte a prevenire tale

⁹ L'ambito soggettivo dei PTPCT è definito dall'art. 1, co. 2-bis della l. n. 190/2012 che rinvia all'art. 2-bis del d.lgs. n. 33/2013.

rischio. Inoltre, secondo l'art. 1, co. 9 della legge, esso doveva, tra le altre cose, individuare le attività che incorporano un maggior rischio di corruzione, e le relative misure di contrasto; prevedere, per tali attività, la formazione, l'attuazione delle misure e il controllo delle decisioni idonee a prevenire il rischio di corruzione; individuare specifici obblighi di trasparenza. Si trattava, dunque, di un documento complesso, i cui contenuti dovevano essere sviluppati attraverso l'applicazione di una solida metodologia, al fine di evitare che la stesura del documento si traducesse in un mero esercizio compilativo. D'altra parte, la stesura del documento rappresentava solo l'atto finale di un'analisi che ogni amministrazione era chiamata a realizzare attraverso la messa in atto del processo di gestione del rischio.

Tale impostazione derivava dagli orientamenti internazionali che si sono ormai consolidati in tema di prevenzione della corruzione. Si considerino, ad esempio, le raccomandazioni del Consiglio dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) sull'integrità pubblica, secondo cui occorre: «Applicare un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi per salvaguardare l'integrità delle organizzazioni del settore pubblico, in particolare:

- a) garantire un ambiente di controllo interno con obiettivi chiari che dimostrino l'impegno dei dirigenti nei confronti dell'integrità pubblica e dei valori del servizio pubblico e che forniscano un livello ragionevole di garanzia dell'efficienza, della produttività e della conformità di un'organizzazione a leggi e usi;
- b) assicurare un approccio strategico alla gestione dei rischi che includa la valutazione dei rischi per l'integrità pubblica, il superamento delle carenze di controllo (compresa la creazione di segnali sentinella nei procedimenti più a rischio), nonché la creazione di un efficiente meccanismo di monitoraggio e garanzia della qualità del sistema di gestione dei rischi;
- c) garantire che i meccanismi di controllo siano coerenti e includano procedure chiare per rispondere a denunce credibili di violazioni di leggi e regolamenti e che facilitino le segnalazioni alle autorità competenti senza timore di ritorsioni»¹⁰

¹⁰ Raccomandazioni del Consiglio dell'OCSE sull'integrità pubblica 2017 <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-it.pdf>.

Sempre l'OCSE, qualche anno prima¹¹, sosteneva che: «un modo sempre più accreditato per promuovere l'integrità è concentrarsi sui rischi. In un processo di analisi dei rischi, si mappano i processi sensibili (es. approvvigionamento, promozione del personale, ispezione, ecc.) e le funzioni sensibili (tipicamente il personale con un ruolo di responsabilità nei processi sensibili o nel processo decisionale in generale) e si identificano i punti in cui esiste una vulnerabilità significativa per le violazioni dell'integrità (ad esempio, selezione del metodo per la gara o modifica del contratto premiato)»

Nella stessa direzione si è espresso più volte il *Groupe d'États contre la corruption* (GRECO), un organo di controllo contro la corruzione del Consiglio d'Europa. Secondo il GRECO: «Il primo prerequisito per una prevenzione soddisfacente è una valutazione obiettiva dei rischi»¹². Il GRECO ha più volte rilevato come l'analisi sistematica dei fattori di rischio (es. conflitti di interesse, ottenimento di vantaggi indebiti, assenza di regole sulla segnalazione di reati commessi all'interno dell'amministrazione, ecc.) e dei settori esposti alla corruzione (es. appalti pubblici, sanità assistenza sanitaria, rilascio di permessi e licenze) sia carente, suggerendo, di conseguenza, di approfondire le analisi specie in quei settori più vulnerabili, ai fini di addivenire a un miglior sistema di prevenzione della corruzione.

Appare, così, più chiaro l'intento del legislatore di far discendere i contenuti dei PTPCT ai risultati di una preventiva analisi dei rischi. Gli indirizzi forniti alle pubbliche amministrazioni attraverso le diverse edizioni del PNA hanno progressivamente consolidato questo approccio. Ad esempio, nel PNA 2019, si specifica che la «finalità del PTPCT è quella di identificare le misure organizzative volte a contenere il rischio di assunzione di decisioni non imparziali. A tal riguardo spetta alle amministrazioni di valutare e gestire il rischio corruttivo, secondo una metodologia che comprende l'analisi del contesto (interno ed esterno), la valutazione

¹¹ OECD (2009), *Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes, Structures, and Conditions for Implementation* [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=GOV/PGC/GF\(2009\)1](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=GOV/PGC/GF(2009)1).

¹² GRECO (2012), *Lessons learnt from the three Evaluation Rounds (2000-2010) Thematic Articles* <https://rm.coe.int/16806cbfc6>.

del rischio (identificazione, analisi e ponderazione del rischio) e il trattamento del rischio (identificazione e programmazione delle misure di prevenzione)¹³.

Il PTPCT si configurava pertanto come un documento di natura programmatica, all'interno del quale far confluire le misure organizzative di prevenzione della corruzione che ciascuna amministrazione individuava in rapporto al proprio livello di esposizione al rischio.

Il c.d. *risk management* – ossia la metodologia su cui doveva basarsi la predisposizione dei PTPCT (e su cui deve basarsi la predisposizione della sottosezione anticorruzione e trasparenza del PIAO) – è un tema molto studiato e dibattuto nelle scienze economico-aziendali¹⁴. In quest'ambito, il rischio di corruzione si configura come un “rischio puro”¹⁵, ossia come l'eventualità di ottenere un effetto indesiderato nello svolgimento di un'azione futura¹⁶. I rischi – inclusi i rischi di corruzione – sono un aspetto insopprimibile e intrinseco dell'agire amministrativo. Questo significa che i rischi di corruzione – come gli altri rischi – si presentano quotidianamente nella vita delle organizzazioni e, pertanto, un efficace sistema di *risk management* è una condizione essenziale per prevenire forme di “*maladministration*” o, in altri termini, per promuovere una amministrazione efficiente ed efficace.

In considerazione della rilevanza del *risk management* per una buona gestione, nel corso degli ultimi decenni si sono sviluppate numerose iniziative a livello internazionale volte a definire modelli di riferimento e strumenti operativi per la gestione dei rischi. Tra questi modelli, quelli

¹³ PNA 2019, p. 17.

¹⁴ U. BERTINI, *Introduzione allo studio dei rischi nell'economia aziendale*, Milano, Giuffrè, 1987; P. DI CAGNO, *Il sistema aziendale tra rischio di impresa e rischio economico generale*, Bari, Cacucci Editore, 2022; G. D'ONZA, *Il sistema di controllo interno nella prospettiva del risk management*, Milano, Giuffrè, 2008; P. BROMILEY, M. McSHANE, A. NAIR, E. RUSTAMBEKOV, *Enterprise Risk Management: Review, Critique, and Research Directions*, in *Long Range Planning*, Vol. 48, Issue 4, 2015.

¹⁵ In termini più generali, il concetto di rischio – in quanto condizione di incertezza circa il futuro – implica sia eventualità negative (rischio puro), sia l'eventualità positive (rischio speculativo). Spesso, però, si tende a considerare come rischi solo le eventualità di perdite o danni. Cfr. G. D'ONZA, *Il sistema di controllo interno nella prospettiva del risk management*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁶ S. SASSI, *Il sistema dei rischi d'impresa*, Milano, Vallardi, 1940.

noti come *Enterprise Risk Management* (ERM), sono particolarmente interessanti perché propongono una gestione integrata di tutti i rischi che un'organizzazione deve affrontare, il che richiede intrinsecamente l'allineamento della gestione del rischio con la governance e la strategia¹⁷. Esistono numerosi modelli operativi dell'ERM il processo fra cui:

- l'*Enterprise Risk Management- Integrated Framework* proposto dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*;
- il *Risk Management Standard* proposto dall'*Institute of Risk Management*, l'*Association of Insurance and Risk Managers* ed il *National Forum for Risk Management in the Public Sector*;
- lo *Standard ISO 31000 - Risk management – Principles and guidelines* proposto dall'*International Organization for Standardization*.

Questi modelli presentano molti elementi in comune ma di particolare interesse appare lo Standard ISO 31000 che è esplicitamente citato come riferimento metodologico nel PNA 2013 e che ha chiaramente ispirato anche gli indirizzi successivi forniti dall'ANAC.

Lo Standard ISO 31000 si compone: a) del *framework* che definisce, tra le altre cose, il sistema di governance e l'approccio alla corretta ed efficace adozione dello standard; b) dei principi, ossia le regole e criteri di base che devono essere garantiti e rispettati dalle organizzazioni affinché la gestione risulti efficace; 3) del processo di gestione del rischio, che ne rappresenta il metodo.

Con riferimento a questo ultimo aspetto, il processo di gestione del rischio si articola nelle seguenti fasi:

- definizione del contesto, che rappresenta il momento in cui l'analisi viene contestualizzata rispetto all'organizzazione (contesto interno) e al contesto in cui essa è inserita e opera (contesto esterno);
- valutazione del rischio, che si suddivide in:
 - identificazione dei rischi, ovvero il processo di individuazione, riconoscimento e registrazione dei rischi, con lo scopo, di identificare cosa potrebbe accadere o quali situazioni potrebbero manifestarsi e la cui manifestazione influenzerebbe il raggiungimento degli obiettivi del sistema o dell'organizzazione;

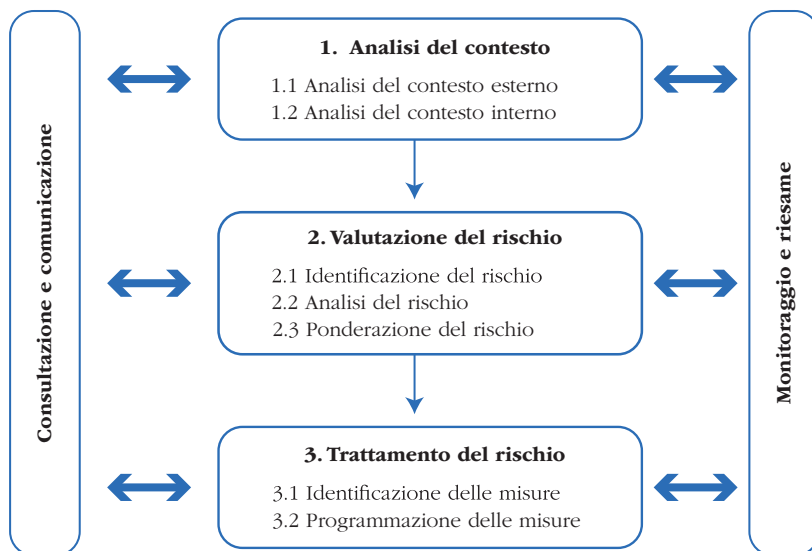
¹⁷ P. BROMILEY, M. McSHANE, A. NAIR, E. RUSTAMBEKOV, *Enterprise Risk Management: Review, Critique, and Research Directions*, cit.

- analisi del rischio, ovvero sviluppare una comprensione del rischio. Fornisce un “*input*” alla valutazione del rischio e alle decisioni sulla necessità di trattare i rischi e sulle strategie e sui metodi di trattamento più appropriati;
- valutazione del rischio, che consiste nel confrontare i livelli di rischio stimati con i criteri di rischio definiti in fase di definizione del contesto, al fine di determinare la significatività del livello e della tipologia di rischio;
- trattamento del rischio, che si riferisce alle decisioni di:
 - accettare il rischio;
 - ridurre la probabilità e l'impatto;
 - trasferire il rischio;
 - evitare il rischio;
 - ed implica la decisione di individuare adeguate misure di prevenzione dei rischi.

Tali fasi si completano, poi, con i processi trasversali di comunicazione e monitoraggio.

Partendo da tali indicazioni generali, le diverse edizioni dei PNA hanno contestualizzato l'applicazione della norma ISO 31000 per renderla funzionale alla gestione del rischio di corruzione all'interno delle pubbliche amministrazioni italiane (figura 1).

Come si evidenzierà nel prosieguo, tali indicazioni metodologiche sono contenute all'interno nel PNA 2019, cui il PNA 2022 rimanda in più punti, ribadendo la necessità di ancorare la redazione della sottosezione anticorruzione e trasparenza alla metodologia di gestione dei rischi di seguito delineata.

Figura 1. *Il processo di gestione del rischio di corruzione*

Fonte: allegato 1 del PNA 2019

2.1 *L'analisi del contesto*

La prima fase del processo di gestione del rischio corruttivo è l'analisi del contesto, esterno ed interno, che ha l'obiettivo di raccogliere ed elaborare tutte le informazioni utili a individuare la vulnerabilità dell'amministrazione al rischio corruttivo attraverso l'esame delle caratteristiche dell'ambiente in cui essa opera (contesto esterno) e della propria organizzazione (contesto interno).

Per quanto riguarda il contesto esterno, in particolare, occorre individuare ed esaminare le caratteristiche dell'ambiente in cui le amministrazioni svolgono le proprie attività al fine di evidenziare come tali caratteristiche possono favorire il manifestarsi di fenomeni corruttivi all'interno dell'organizzazione.

L'oggetto dell'analisi non è solo l'individuazione e la descrizione delle caratteristiche sociali, economiche e istituzionali che sono associate al

territorio o al settore specifico di riferimento, ma soprattutto la comprensione di come tali dinamiche possono incidere sulla vulnerabilità dell'amministrazione alla corruzione. Punto cruciale dell'analisi, è, dunque, la descrizione di come le caratteristiche individuate ed esaminate possono favorire la manifestazione di fenomeni corruttivi nell'amministrazione, anche fornendo indicazioni su possibili eventi rischiosi associati a specifiche attività o spunti su possibili misure di prevenzione della corruzione. Il PNA 2022 ribadisce questi aspetti, rammentando che, «per le finalità della sezione anticorruzione e trasparenza, tali analisi [del contesto interno ed esterno] contengano elementi utili e significativi per corrispondere alle esigenze della gestione del rischio corruttivo»¹⁸.

Scopo dell'analisi del contesto interno, invece, è quello di far emergere, da un lato, il sistema delle responsabilità, dall'altro, il livello di complessità dell'amministrazione. Oltre alla rappresentazione della struttura organizzativa dell'amministrazione, strumento fondamentale dell'analisi del contesto interno è la cosiddetta "mappatura dei processi", attraverso cui identificare, descrivere e rappresentare i processi organizzativi nelle loro interrelazioni con altri processi e con le loro componenti interne, con l'utilizzo di tecniche e metodologie definite.

In altre parole, attraverso la mappatura dei processi, è possibile suddividere un'organizzazione complessa in un insieme di attività di base, e quindi: ricostruire i collegamenti tra le attività al fine di ottenere una rappresentazione sintetica delle operazioni; identificare le diverse attività che compongono i processi; evidenziare le interdipendenze tra le varie attività (anche se svolte da unità aziendali distinte), chiarire le modalità di impiego delle risorse (umane, strumentali e finanziarie) all'interno dell'organizzazione e le aree di responsabilità nell'esecuzione delle attività; identificare i punti critici di controllo; e capire se il processo viene eseguito in modo efficiente ed efficace nello stato attuale ("*as is*") al fine di valutarne eventuali semplificazioni e modifiche ("*to be*"). Pertanto, la mappatura dei processi rappresenta un utile strumento attraverso il quale l'organizzazione può perseguire una serie di obiettivi, tra cui: il miglioramento dell'attività di pianificazione e controllo della gestione,

¹⁸ PNA 2022, p. 30.

la ristrutturazione delle procedure organizzative e dei ruoli all'interno dell'organizzazione e la redistribuzione del carico di lavoro.

Secondo il PNA 2022, «la mappatura dei processi costituisce una parte fondamentale dell'analisi di contesto interno»¹⁹. Infatti, una buona mappatura dei processi è la base di partenza per impostare correttamente la valutazione del rischio, poiché consente di comprendere meglio come vengono gestite le attività all'interno dell'organizzazione e individuarne eventuali punti critici in cui può più facilmente manifestarsi la corruzione. Ai fini del PIAO, inoltre, l'ANAC ribadisce che «una buona programmazione delle misure di prevenzione della corruzione all'interno del PIAO richiede che si lavori per una mappatura dei processi integrata al fine di far confluire obiettivi di performance, misure di prevenzione della corruzione e programmazione delle risorse umane e finanziarie necessarie per la loro realizzazione»²⁰.

2.2 *La valutazione del rischio*

La valutazione del rischio, seconda fase del sopraccitato processo di *risk management*, si articola nell'identificazione, analisi e ponderazione del rischio.

L'identificazione del rischio ha l'obiettivo di individuare tutti quei comportamenti o eventi che possono verificarsi in relazione ai processi di pertinenza delle amministrazioni. In questa sotto-fase vengono pertanto individuati i potenziali eventi rischiosi che possono manifestarsi nel concreto svolgimento delle attività svolte dall'amministrazione. Questa analisi è fondamentale, poiché se un rischio non viene prima individuato e identificato, non sarà poi gestito, vanificando lo scopo della prevenzione della corruzione.

L'analisi del rischio è la seconda sotto-fase e ha lo scopo di addivenire ad una comprensione più approfondita degli eventi rischiosi identificati nella sotto-fase precedente.

Una prima parte dell'analisi consiste nella comprensione dei cosiddetti "fattori abilitanti" dei rischi di corruzione, ossia quei fattori strutturali,

¹⁹ PNA 2022, p. 31.

²⁰ PNA 2022, p. 31.

organizzativi o culturali che possono favorire, in concreto, la manifestazione degli eventi rischiosi (ad esempio: opacità dei processi decisionali, carenze dei sistemi di controllo interni, eccessiva regolamentazione, carenza di competenze, ecc.). La comprensione dei fattori abilitanti specifici per un dato processo organizzativo, in una data organizzazione e in un dato momento, è di fondamentale importanza per identificare poi gli interventi necessari a mitigare il rischio corruttivo. La misura di prevenzione, infatti, potrà essere efficace solo se sarà in grado di incidere sul fattore abilitante del rischio. Ad esempio, se il fattore abilitante del rischio per un dato processo è lo scarso livello di competenze del personale impiegato, un utile intervento di prevenzione sarà la formazione, mentre avrà poche probabilità di successo un rafforzamento dei controlli interni. In questa logica non ci sono misure di prevenzione “migliori” delle altre in termini assoluti, ma la loro efficacia potenziale dipende solo dalla capacità organizzativa di programmare le misure più idonee in rapporto al tipo di rischio e ai suoi fattori abilitati specifici. I rischi e i fattori abilitanti cambiano da organizzazione a organizzazione e nella stessa organizzazione possono mutare nel tempo. Da qui, l'importanza di analizzare il rischio specifico di ogni organizzazione *prima* di identificare e programmare gli interventi di prevenzione.

Una seconda parte dell'analisi del rischio è la stima del livello di esposizione al rischio al fine di comprendere e individuare quali attività del processo siano “maggiormente” esposte al rischio corruttivo. Tale stima è importante per individuare i processi e le attività del processo su cui concentrare l'attenzione in fase di progettazione delle misure di prevenzione. L'approccio utilizzabile per stimare l'esposizione al rischio può essere qualitativo, quantitativo o misto. L'approccio quantitativo utilizza metodologie che consentono di misurare l'esposizione al rischio in termini numerici. Questo approccio ha l'indubbio vantaggio di rappresentare il rischio in maniera facilmente intellegibile – chiunque può facilmente comparare due numeri tra loro e comprendere quale dei due è più grande o più piccolo dell'altro e di quanto –, ma ha anche grandi criticità. La più rilevante è che richiede la pregressa disponibilità dei dati necessari. Ad esempio, una tecnica di stima quantitativa del rischio molto utilizzata consiste nella misurazione del “danno atteso” che può essere causato da un dato evento. In pratica si calcola la somma delle possibili perdite

connesse ad un evento a rischio, ciascuna moltiplicato per la probabilità di verificaione dell'evento.

Per comprendere la logica consideriamo il seguente esempio. Supponiamo che:

- l'evento A abbia una probabilità del 50% di causare un danno pari a 100 e una probabilità del 50% di causare un danno di pari a 0;
- l'evento B abbia una probabilità del 90% di causare un danno pari a 100 e una probabilità del 10% di causare un danno di pari a 0;
- l'evento C abbia una probabilità del 50% di causare un danno pari a 180 e una probabilità del 50% di causare un danno di pari a 0.

I danni attesi saranno rispettivamente:

- di 50 per l'evento A ($100 * 0,5 + 0 * 0,5 = 50$),
- di 90 per l'evento B ($100 * 0,9 + 0 * 0,1 = 90$),
- di 90 per l'evento C ($180 * 0,5 + 0 * 0,5 = 90$).

L'esempio consente di mettere in luce i principali vantaggi dell'approccio quantitativo. Tale approccio consente: (1) una semplice e immediata graduazione del rischio, poiché è immediato constatare che gli eventi B e C abbiano un medesimo livello di rischio e, in entrambi i casi, nettamente superiore all'evento A; (2) di rendere evidente che il rischio aumenta all'aumentare della probabilità di verificaione dell'evento avverso o all'aumentare del valore della perdita associata al verificarsi dell'evento avverso.

Tuttavia, in ambito di prevenzione della corruzione, questo approccio risulta di fatto difficilmente applicabile per due ragioni fondamentali.

Primo, per stimare le probabilità di accadimento degli eventi avversi (episodi di corruzione) occorrerebbe avere una serie storica di dati sufficientemente estesa e affidabile. Tuttavia, è semplice constatare che questo presupposto è allo stato irrealistico, sia perché la corruzione è un fenomeno che resta in gran parte "sommerso", sia perché prima dell'emanazione della legge n. 190/2012 non era prevista alcuna rilevazione degli episodi di corruzione all'interno di ogni amministrazione (oggi questo dato è invece rilevato nelle relazioni annuali dei Responsabili per la prevenzione della corruzione).

Secondo, occorrerebbe trovare una modalità condivisa di quantificazione del danno derivante dagli episodi di corruzione e ricondurli ad una stessa unità di misura. Anche questo presupposto è purtroppo insussistente

nello specifico contesto della corruzione nella pubblica amministrazione, sia perché i danni della corruzione attengono non solo alla sfera economica ma soprattutto a quella sociale (e quindi non è possibile misurare compiutamente il danno in termini monetari), sia perché, anche volendo limitarsi alla misurazione del solo danno economico, la corruzione arreca danni economici non solo diretti (il valore delle risorse oggetto di scambio tra corrotto e corruttore) ma anche e soprattutto danni economici indiretti, che sono però molto difficilmente rilevabili (ad esempio, i costi derivanti dalle inefficienze indotte dalla corruzione, dalla riduzione o diversione degli investimenti, ecc.).

In sintesi, gli approcci quantitativi alla stima del rischio sembrano, almeno per ora, poco attuabili con riferimento alla corruzione nella pubblica amministrazione. È anche per tali ragioni che, dopo un primo fallimentare ma fortunatamente breve orientamento verso una modalità di stima numerica del rischio²¹, i PNA hanno suggerito alle amministrazioni di adottare un approccio di tipo qualitativo. In tale approccio il rischio è stimato attraverso motivate valutazioni espresse dai soggetti coinvolti nell'analisi sulla base di specifici criteri. Tali valutazioni, anche se supportate da dati, non prevedono la loro rappresentazione finale in termini numerici. Si dà invece ampio spazio alla motivazione della valutazione e alla trasparenza dei criteri utilizzati.

La ponderazione del rischio, infine, ha lo scopo di coadiuvare il processo decisionale in merito alle priorità di trattamento dei rischi, al fine di stabilire se e su quali processi individuare e/o rafforzare misure di prevenzione della corruzione.

2.3 Trattamento del rischio

La fase relativa al trattamento del rischio si pone, come principale obiettivo, quello di individuare adeguate modalità per prevenire i rischi: questo processo viene svolto a seguito dei risultati emersi in sede di valutazione degli eventi rischiosi e prevede azioni mirate e puntuali con responsabilità certe e tempi definiti. In particolare, il trattamento del rischio consiste

²¹ Ci si riferisce in particolare alla metodologia proposta dall'allegato 5 del PNA 2013, che i successivi PNA adottati da ANAC hanno poi rapidamente abbandonato per via dei suoi limiti.

nell'individuazione di misure di prevenzione della corruzione e nella loro programmazione.

L'individuazione delle misure di prevenzione della corruzione deve tener conto degli esiti del monitoraggio, al fine di non duplicare e/o sovrapporre misure in processi già sufficientemente presidiati. Deve, altresì, tener conto dell'analisi dei fattori abilitanti precedentemente esposta e delle caratteristiche specifiche dell'organizzazione, al fine di individuare misure organizzative che siano realmente efficaci. La programmazione delle misure, infine, ha lo scopo di renderle operative e di responsabilizzare i soggetti tenuti ad attuarle attraverso l'indicazione di modalità o fasi di attuazione, tempistiche, responsabilità legate all'attuazione della misura e indicatori di monitoraggio.

2.4 *Monitoraggio e riesame*

Il monitoraggio e il riesame periodico rappresentano una delle fasi trasversali rispetto al complessivo processo di gestione del rischio corruttivo. Tali attività hanno l'obiettivo di controllare e verificare l'effettiva adeguatezza e la corretta attuazione delle misure di prevenzione precedentemente elaborate e di vigilare sull'effettivo funzionamento dell'intero processo. Infatti, laddove vi fosse la necessità, le fasi di monitoraggio e riesame supportano le amministrazioni nell'apportare i necessari correttivi.

In particolare, il monitoraggio consiste in attività continuative di verifica dell'attuazione e dell'idoneità delle singole misure di prevenzione mentre il riesame consiste in attività svolte ad intervalli programmati nel tempo, incidenti sul complessivo sistema di *risk management*, al fine di verificare eventuali criticità reimpostarne, di conseguenza, alcune fasi/attività specifiche.

2.5 *Consultazione e comunicazione*

La fase di consultazione e comunicazione rappresenta il secondo complesso di attività avente natura trasversale alle altre fasi del processo di gestione del rischio. Queste prevedono:

- a) attività di coinvolgimento dei soggetti sia interni come il personale oppure l'organo politico, sia esterni come i cittadini, le associazioni o altre istituzioni. Questo primo passaggio viene attuato per poter formulare delle strategie di prevenzione più coerenti con le caratteristiche di ogni amministrazione;

b) attività di comunicazione sia in termini di azioni da intraprendere, sia in termini di compiti e di responsabilità di ciascun individuo. Tutte le tempistiche e le modalità di svolgimento sono definite all'interno del Piano triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza anche ai sensi di ciò che viene disciplinato dalla normativa prevista. Il coinvolgimento deve avvenire in ogni fase del processo di gestione del rischio. Per quanto riguarda la comunicazione, essa concerne molteplici aspetti: raccolta, esame e condivisioni delle informazioni; attuazione di determinati *feedback* da fornire come risposta ad ogni contributo; accoglimento di nuove proposte finalizzate per apportare significativi miglioramenti nei confronti del complessivo sistema di gestione del rischio.

3. Analisi empirica dei PTPCT di un campione di Comuni medio-grandi

Come già sottolineato, i PTPCT per essere efficaci strumenti di prevenzione della corruzione avrebbero dovuto essere redatti attuando i contenuti metodologici del processo di *risk management* descritto nel paragrafo precedente. Di conseguenza, è interessante verificare empiricamente quale sia stata l'effettiva capacità delle amministrazioni di recepire queste indicazioni metodologiche in sede di predisposizione dei PTPCT e se tale capacità sia variata nel corso degli ultimi dieci anni.

Per rispondere a tali domande, è stata effettuata un'analisi longitudinale sui PTPCT di un campione costituito da 190 Comuni medio-grandi. Nel dettaglio, l'oggetto dell'analisi è rappresentato dai documenti (PTPCT) adottati in tre periodi diversi (trienni 2015-2017, 2017-2019 e 2020-2022) da un campione di 190 Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti.

3.1 Oggetto, strumenti, metodologia e protocollo di analisi

La raccolta dei Piani è stata effettuata attraverso la consultazione della sezione «Amministrazione Trasparente» dei siti istituzionali di tutti i Comuni inclusi nel campione²². In aggiunta, sono stati analizzati ulteriori documenti utili come le delibere di approvazione e gli allegati dei PTPCT.

²² L'art. 9 del d.lgs. n. 33/2013 ha previsto che ai fini della piena accessibilità delle informazioni pubblicate, nella *home page* dei siti istituzionali è collocata un'apposita sezione denomi-

Ai fini di valutare la congruità del processo di gestione del rischio realizzato da uno specifico ente in sede di predisposizione del PTPCT rispetto alle indicazioni metodologiche dei PNA, è stata predisposta una scheda di valutazione graduata articolata in quattro criteri:

- 1) accuratezza dell'analisi del contesto esterno,
- 2) accuratezza dell'analisi del contesto interno,
- 3) adeguatezza del processo di valutazione del rischio (*risk assessment*),
- 4) adeguatezza del trattamento del rischio.

Tali criteri sono stati articolati in 7 *items*:

- 1.1) Analisi del contesto esterno
- 2.1) Analisi del contesto interno - analiticità della mappatura processi (aree obbligatorie)
- 2.2) Analisi del contesto interno - analiticità della mappatura dei processi (aree ulteriori)
- 2.3) Analisi del contesto interno - identificazione responsabilità organizzative
- 3.1) Identificazione/analisi dei rischi
- 3.2) Valutazione e ponderazione dei rischi
- 4.1) Trattamento del rischio

Per ognuno dei 7 *items* sono stati definiti specifici descrittori dei requisiti metodologici del processo di gestione del rischio. Ai descrittori è stata associata una scala di misurazione di tipo ordinale (valori da 0 a 5), dove i valori i più elevati indicano una migliore articolazione del processo di gestione del rischio, ossia una maggiore capacità di recepimento delle indicazioni metodologiche dei PNA in sede di redazione dei PTPCT. La scheda di valutazione con il dettaglio dei criteri, degli *items*, dei descrittori e dei punteggi è riportata nell'Appendice 1.

La rilevazione e la valutazione di ogni PTPCT è stata condotta da un gruppo di valutatori "esterni" rispetto alle singole amministrazioni, opportunamente formati. Dal momento che sono stati coinvolti valutatori diversi, si è ritenuto opportuno verificare se questa eterogeneità abbia potuto influenzare in maniera significativa i risultati. A tal fine è stato effettuato un controllo specifico facendo in modo che ogni valutatore

rivalutasse un campione di PTPCT già analizzato in precedenza da un altro valutatore. È stata quindi effettuata una comparazione tra le medie per verificare l'esistenza di una differenza statisticamente significativa tra le valutazioni dello stesso documento da parte di due valutatori diversi. Il test "t" di Student non ha rilevato una differenza statisticamente significativa fra le medie osservate.

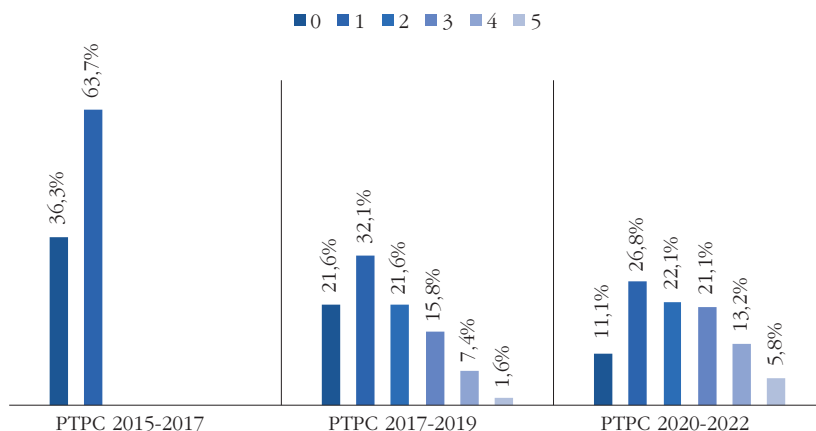
Di seguito, sono illustrati i principali risultati dell'analisi svolta.

3.2 Analisi del contesto esterno

L'analisi del contesto esterno è una componente rilevante del processo di gestione rischio. Se opportunamente realizzata, tale analisi consente ad ogni amministrazione di adattare la propria strategia di prevenzione della corruzione alle caratteristiche del territorio e dell'ambiente in cui opera. Un'analisi carente, invece, comporta una scarsa capacità di individuazione e gestione dei rischi di corruzione e, in ultima analisi, una scarsa efficacia delle misure di prevenzione.

Il grafico 1 riporta i risultati dello studio relativi a questa fase del processo di gestione del rischio. Risulta chiaramente evidente un progressivo miglioramento nel corso del tempo della capacità delle amministrazioni di analizzare il contesto esterno.

Grafico 1. La capacità di analisi del contesto esterno



In particolare, nel primo periodo analizzato (PTPCT 2015-2017), in nessuno dei documenti analizzati è stata rilevata un'analisi del contesto esterno sufficiente, dal momento che è risultata insufficiente nel 63,7% dei casi e del tutto assente nel restante 36,3% dei casi.

Nel secondo periodo (PTPCT 2017-2019), pur rilevando una maggioranza di casi in cui l'analisi del contesto è ancora inadeguata (75,3% dei casi, sommando i punteggi 0, 1 e 2), è possibile osservare che in quasi un quarto dei casi è stata condotta un'analisi del contesto esterno più che sufficiente (24,7% dei casi, sommando i punteggi 3, 4 e 5). Tuttavia, i casi in cui l'analisi del contesto è stata svolta in maniera perfettamente rispondente ai criteri metodologici definiti nei PNA sono molto pochi (solo l'1,6% dei casi raggiunge il massimo punteggio).

Nel terzo periodo (PTPCT 2020-2022), la situazione generale sembra ulteriormente migliorata. La percentuale di valutazioni insufficienti (punteggi 0, 1, e 2) si riduce al 60% (con una riduzione del 15,3% rispetto al secondo periodo e del 40% rispetto al primo). Si nota soprattutto in calo drastico degli inadempienti – ossia dei PTPCT in cui l'analisi del contesto esterno è totalmente assente – che si riducono al 11,1% del totale dei casi. Specularmente, il 40% dei PTPCT analizzati contiene un'analisi del contesto esterno almeno sufficiente e quasi un piano su cinque contiene un'analisi del contesto molto o perfettamente aderente ai criteri metodologici del *risk management*.

3.3 *Analisi del contesto interno*

L'analisi del contesto interno è la seconda componente metodologica essenziale che consente di rendere il sistema di prevenzione maggiormente specifico rispetto alle caratteristiche di una data organizzazione. L'aspetto che maggiormente rileva è la capacità di “mappare” i processi organizzativi e il sistema delle responsabilità.

La rilevazione si è perciò concentrata su tre aspetti:

- a) l'ampiezza e l'eshaustività della mappatura dei processi con riferimento alle aree di rischio esplicitamente richiamate nella legge n. 190/2012²³;

²³ Si fa in particolare riferimento alle aree individuate dal comma 16 dell'art. 1 della l. n. 190/2012: a) autorizzazione o concessione; b) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice

- b) l'ampiezza e l'eshaustività della mappatura dei processi con riferimento alle aree di rischio ulteriori a quelle richiamate esplicitamente nella legge n. 190/2012;
- c) la chiara identificazione dei responsabili dei processi.

La Tabella 1 riporta una prima sintesi dei risultati ottenuti con riferimento ai diversi elementi della capacità di analisi del contesto interno oggetto di valutazione.

Tabella 1. *La capacità di analisi del contesto interno*

Aspetti oggetto di valutazione	valutazioni	2015-2017	2017-2019	2020-2022
Mappatura dei processi – aree di rischio esplicitamente richiamate nella legge n. 190/2012	da 0 a 2	87,9%	72,1%	60,0%
	da 3 a 5	12,1%	27,9%	40,0%
Mappatura dei processi – aree di rischio ulteriori	da 0 a 2	66,2%	66,2%	43,7%
	da 3 a 5	33,7%	33,7%	56,3%
Identificazione dei responsabili dei processi	da 0 a 2	66,2%	56,8%	34,8%
	da 3 a 5	33,7%	43,2%	65,2%

Si nota un miglioramento della capacità degli enti di mappare i processi in maniera completa e dettagliata, sia con riferimento alle aree rischio esplicitamente richiamate nella legge n. 190/2012, sia con riferimento a quelle ulteriori. Con riferimento alle aree di rischio esplicitamente richiamate nella legge n. 190/2012, la percentuale degli enti che ha realizzato una mappatura dei processi ad un livello almeno sufficiente (valutazioni da 3 a 5) passa dal 12% nel primo periodo (PTPCT 2015-2017) al 40% del terzo periodo (PTPCT 2020-2022). Per le aree di rischio ulteriori, nello stesso intervallo temporale, si passa dal 33,7% al 56,3%.

Emerge, inoltre, un netto miglioramento della capacità di indentificare i responsabili dei processi, preconditione per creare una responsabilità organizzativa in fase di individuazione, valutazione e trattamento dei rischi di corruzione. In questo ambito, si nota che la percentuale degli enti che identifica in modo almeno sufficiente i responsabili processi

dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; e) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; d) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera.

(valutazioni da 3 a 5) passa dal 33,7% nel primo periodo (PTPCT 2015-2017) al 65,2% del terzo periodo (PTPCT 2020-2022).

A fronte di questo quadro sostanzialmente positivo, un'analisi più dettagliata dei dati fa emergere alcuni profili di criticità (Tabella 2).

Tabella 2. *Analisi del contesto interno pienamente aderente alle indicazioni metodologiche*

Aspetti oggetto di valutazione	valutazioni	2015-2017	2017-2019	2020-2022
Mappatura dei processi – aree di rischio esplicitamente richiamate nella legge n. 190/2012	4	1,6%	3,7%	9,5%
	5	1,6%	1,6%	1,6%
	4+5	3,2%	5,3%	11,1%
Mappatura dei processi – aree di rischio ulteriori	4	8,4%	3,7%	10,0%
	5	4,2%	2,1%	2,6%
	4+5	12,6%	5,8%	12,6%
Identificazione dei responsabili dei processi	4	8,4%	12,1%	15,8%
	5	4,2%	7,9%	8,9%
	4+5	12,6%	20,0%	24,7%

Se consideriamo le sole valutazioni più elevate e il periodo più recente (PTPCT 2020-2022), notiamo che la mappatura dei processi rappresenta una sfida particolarmente complessa per le amministrazioni. Se da un lato in un caso su quattro i responsabili dei processi sono identificati con buona o piena aderenza alle indicazioni metodologiche contenute nei PNA; dall'altro, solo in un caso su dieci la mappatura dei processi ottiene una simile valutazione e in meno di tre casi su cento la mappatura dei processi è pienamente aderente alle indicazioni dei PNA.

Inoltre, se ci concentriamo sulla valutazione massima (punteggio 5), che segnala una perfetta aderenza alle indicazioni metodologiche sulla gestione del rischio contenute nei PNA, non registriamo alcun miglioramento nei tre periodi analizzati con riferimento alla capacità di mappare i processi in modo ottimale.

Questi dati, a nostro avviso, segnalano che la mappatura dei processi è l'aspetto metodologico del processo di gestione del rischio che le amministrazioni fanno più fatica ad attuare correttamente. Vi sono almeno due fattori che spiegano tale difficoltà.

La prima è specifica rispetto al tipo di enti analizzati – i Comuni – i quali si caratterizzano per un'ampia varietà di funzioni svolte e, quindi, di attività realizzate. Questo significa che i processi organizzativi dei Comuni sono numerosi ed eterogenei, aspetto che rende più difficoltosa e onerosa la rilevazione e l'analisi dei processi.

La seconda motivazione è invece di carattere generale e attiene alla carenza “strutturale” di competenze e strumenti manageriali nelle amministrazioni pubbliche. Molte amministrazioni pubbliche hanno iniziato a mappare i processi organizzativi – concetto distinto da quello dei procedimenti amministrativi²⁴ – solo in seguito all'adozione della legge n. 190/2012 e al solo scopo di gestire il rischio di corruzione. La mappatura dei processi è invece uno strumento organizzativo che richiede un contributo di lavoro iniziale considerevole e la partecipazione di tutta l'organizzazione, condizioni che è più facile garantire quando la sua introduzione avviene in modo progressivo e integrato (ad esempio, la mappatura dei processi realizzata per la digitalizzazione di un servizio è poi utilizzata come base per la gestione del rischio). Infatti, nelle aziende private e nelle amministrazioni pubbliche in altri Paesi, la mappatura dei processi è generalmente uno strumento già consolidato precedentemente alla gestione del rischio. In sede di gestione del rischio non si è, dunque, costretti a “partire da zero” ma è quasi sempre sufficiente aggiornare o finalizzare una mappatura già esistente. In sintesi, le criticità registrate in sede di mappatura dei processi non sono altro se non una

²⁴ L'allegato 1 del PNA 2019 chiarisce bene la differenza tra i due concetti. Il processo organizzativo può essere definito come una sequenza di attività interrelate ed interagenti che, utilizzando alcune risorse, realizzano un *output* (bene, servizio, documento, ecc.) destinato a un soggetto interno o esterno all'amministrazione (utente). Il procedimento amministrativo – inteso come una serie di atti funzionalizzati all'adozione di un provvedimento amministrativo – ha alcune caratteristiche comuni a quelle del processo organizzativo (ad esempio la sequenza di attività), ma ha uno scopo molto differente. Il procedimento è uno strumento di formalizzazione dell'attività amministrativa che funge da contrappeso all'efficacia autoritativa e unilaterale del potere amministrativo. Il processo è uno strumento organizzativo di descrizione e rappresentazione dell'attività gestionale. Nell'ambito della gestione del rischio, rispetto al procedimento amministrativo, il processo è un concetto organizzativo: a) *più flessibile* perché il livello di dettaglio non è definito in maniera esogena (dalla normativa) ma stabilito internamente a seconda delle esigenze di analisi; b) *più completo*, poiché si riferisce a tutta l'attività svolta all'interno dell'amministrazione, sia quella procedimentalizzata, sia quella non procedimentalizzata; c) *più concreto*, perché non descrive la sequenza di attività attesa - quella che dovrebbe essere realizzata - ma quella che si è effettivamente attuata.

manifestazione particolare del più generale problema della carenza di capacità organizzative e manageriali.

3.4 *Analisi e valutazione del rischio*

La seconda fase è la valutazione del rischio che include le sottofasi di: a) identificazione degli eventi rischiosi; b) analisi dei “fattori abilitanti”; c) stima del livello di esposizione al rischio e la ponderazione del rischio. Con riferimento alle prime due sottofasi (identificazione e analisi del rischio) emergono i seguenti risultati.

Tabella 3. *La capacità di identificare e analizzare i rischi corruttivi*

valutazioni	2015-2017	2017-2019	2020-2022
da 0 a 2	71,1%	63,6%	37,9%
da 3 a 5	28,9%	36,4%	62,1%

In termini generali, si nota un netto miglioramento della capacità degli enti di identificare gli eventi rischiosi (Tabella 3). La percentuale degli enti che ha identificato i rischi ad un livello almeno sufficiente (valutazioni da 3 a 5) passa dal 28,9% del primo periodo (PTPCT 2015-2017) al 62,1% del terzo periodo (PTPCT 2020-2022). Nello specifico, questo significa che tre enti su cinque hanno individuato rischi “specifici” dell’amministrazione, senza limitarsi a considerare solo le esemplificazioni degli eventi rischiosi riportate nei PNA.

La capacità di analizzare i fattori abilitanti dei rischi appare meno sviluppata. Questo tipo di capacità risultava praticamente assente nel 2015 (è stata riscontrata solo nello 0,5% dei PTPCT 2015-2017 analizzati) e, pur essendo migliorata, era comunque ancora molto limitata nel 2020 (è risultata presente nel 5,8% dei PTPCT 2020-2022 analizzati). Tale evidenza suggerisce una scarsa capacità di individuare i fattori di vulnerabilità organizzativa sottostanti ai rischi di corruzione, criticità che potrebbe poi condurre alla definizione di misure idonee a prevenire il rischio di corruzione. Ad esempio, se l’amministrazione non è in grado di mettere a fuoco che, in un dato processo, il rischio di corruzione dipende dalle scarse competenze del personale, potrebbe associare a quel processo una misura diversa da quella della formazione che invece è, in questo caso,

l'unica in grado di incidere sul fattore organizzativo di vulnerabilità. In altri termini, l'assenza di una sistematica analisi dei fattori abilitanti può comportare una sensibile riduzione dell'efficacia dei PTPCT.

Con riferimento alla terza sottofase (stima del livello di esposizione al rischio e la ponderazione del rischio) si rileva una tendenza complessivamente positiva (Tabella 4).

Tabella 4. *La capacità di stimare e ponderare il livello di esposizione al rischio*

valutazioni	2015-2017	2017-2019	2020-2022
da 0 a 3	79,0%	61,1%	40,6%
da 4 a 5	21,1%	39,0%	59,5%

Il dato più recente (PTPCT 2020-2022) evidenzia che in tre casi su cinque (59,5%) il rischio è stato stimato con un adeguato grado di coerenza con le indicazioni metodologiche²⁵. Si tratta di una percentuale tre volte superiore a quella registrata nel primo periodo analizzato (PTPCT 2015-2017). Tuttavia, anche in questo ambito si registra una difficoltà a implementare metodi evoluti di stima del rischio e di utilizzare nella valutazione i dati sui casi giudiziari precedentemente verificatisi: un tale approccio avviene solo dell'1,6% nel triennio 2015-2017, dell'1,1% nel triennio 2017-2019 e del 4,2% nel triennio 2020-2022.

3.5 *Trattamento del rischio*

Il trattamento del rischio è la fase del *risk management* nella quale si concretizzano i risultati delle analisi e delle valutazioni svolte nelle fasi precedenti. Infatti, tenendo conto delle priorità emerse in sede di valutazione degli eventi rischiosi, in questa fase si individuano e si programmano le misure di prevenzione, ossia gli interventi organizzativi più idonei a “gestire” i rischi di corruzione.

Trattare nel modo opportuno i rischi di corruzione è di fondamentale importanza per almeno tre motivi. Primo, un adeguato trattamento del rischio può ridurre sensibilmente la probabilità di accadimento dell'evento rischioso oppure può minimizzare il danno conseguente al verificarsi

²⁵ In questo caso, i descrittori graduati indicano una conformità sufficiente o buona con le indicazioni dei PNA solo a nei descrittori graduati con il punteggio di 4 e 5.

di tale evento. Si tratta pertanto di azioni che possono essere realizzate subito, e con oneri circoscritti, per cercare di evitare situazioni future, incerte nell'accadimento, ma certamente più onerose nel caso dovessero manifestarsi.

Secondo, l'individuazione di una misura di prevenzione non adeguata (ossia non collegata ai risultati della valutazione del rischio) determina non solo un'inefficacia del sistema di prevenzione (il rischio non si riduce) ma anche un'inefficienza organizzativa (il sistema di prevenzione "costa" più del necessario).

Terzo, un'inadeguata contestualizzazione e programmazione delle misure di prevenzione può incidere molto negativamente sulla capacità di attuazione di tali misure da parte dell'amministrazione. Non è infatti sufficiente identificare le misure "astrattamente" più efficaci ma bisogna anche valutarne la sostenibilità economica e organizzativa nel tempo (in un dato momento) e nello spazio (per una data amministrazione). Inoltre, poiché le misure di prevenzione non si attuano automaticamente, è necessario individuare i responsabili e i tempi dell'attuazione.

Alcune misure di prevenzione della corruzione, in ragione della loro trasversalità alle diverse tipologie di amministrazioni pubbliche o della loro strumentalità anche a scopi di interesse generale ulteriori a quello della prevenzione della corruzione, sono state disciplinate direttamente dalla legge. Si pensi a misure quali la trasparenza, i codici di comportamento, la rotazione del personale, la disciplina dei conflitti di interesse, ecc. Questa circostanza rende l'attuazione di tali misure "obbligatoria" per le amministrazioni che rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione della normativa di riferimento. Le amministrazioni possono poi sviluppare misure "ulteriori" anche in riferimento al particolare contesto di riferimento.

Si genera un'apparente contraddizione tra la logica giuridica e quella organizzativa. Da un lato, il legislatore sembra aver predeterminato alcune misure di prevenzione universalmente valide e applicabili a tutte le situazioni esposte al rischio di corruzione; dall'altro, la logica organizzativa di gestione del rischio presuppone che la misura di prevenzione non possa essere predeterminata, ma al contrario debba essere definita come "risultato" del processo di valutazione del rischio. Inoltre, in una prospettiva di tipo organizzativo, non esistono misure di prevenzione

universalmente valide, anzi le misure possono essere efficaci o inefficaci – e a volte perfino controproducenti – a seconda della loro capacità o meno di incidere sui fattori abilitanti dei rischi²⁶.

In realtà la contraddizione è solo apparente, perché l'ambito di riferimento delle due logiche – giuridica e organizzativa – è differente. Nel primo caso, l'ambito di applicazione della norma è l'amministrazione, nel secondo, l'ambito di riferimento è costituito dai processi organizzativi all'interno dell'amministrazione. In altri termini, è possibile dare una interpretazione coerente dal punto di vista giuridico e organizzativo. Alcune misure, per la loro generalità o il loro frequente utilizzo ai fini di prevenzione della corruzione, sono state individuate dal legislatore come misure che ogni amministrazione deve adottare, ma questo non significa che devono essere applicate a ogni singolo processo organizzativo che si realizza in quella data amministrazione. In altri termini, la scelta di quale misura di prevenzione abbinare a ogni singolo processo organizzativo, a prescindere dal fatto che tale misura appartenga o meno a quelle disciplinate dalla legge, resta una scelta non predeterminata rispetto all'analisi e valutazione del rischio.

È necessario però possedere un adeguato livello di professionalità e competenza in materia di gestione del rischio di corruzione per riuscire a coniugare opportunamente la prospettiva giuridica e quella organizzativa nella scelta e nella progettazione delle misure di prevenzione della corruzione. In questo modo si può evitare che il trattamento del rischio si riduca a un mero adempimento burocratico, ossia a una mera elencazione delle sole misure disciplinate dalla legge senza un effettivo collegamento ai rischi identificati e analizzati per ogni processo organizzativo. Per essere efficace, invece, il trattamento del rischio dovrebbe essere realizzato riuscendo ad abbinare per ogni processo organizzativo la misura di prevenzione maggiormente in grado di neutralizzare il fattore abilitante

²⁶ Si consideri, ad esempio, la rotazione del personale dirigenziale. In alcune circostanze – quando esiste una condizione di concentrazione e prolungato esercizio del potere decisionale tale da alimentare possibili dinamiche improprie nella gestione amministrativa - la rotazione è una misura potenzialmente efficace. Quando invece il fattore abilitante del rischio di corruzione è diverso – ad esempio la carenza di controlli interni – la rotazione del personale non solo è probabilmente inefficace, ma potrebbe essere anche controproducente, ad esempio nei casi in cui la rotazione abbia come "effetto collaterale" la perdita di esperienze e competenze rilevanti per lo svolgimento delle attività.

del rischio di corruzione. In molti casi, tale misura potrà essere una di quelle disciplinate direttamente dalla legge. Nei casi più specifici dovrà essere una misura di prevenzione ulteriore rispetto a quelle disciplinate dalla legge. Nelle esperienze più avanzate si dovrebbe osservare quindi una combinazione di misure obbligatorie e misure specifiche, identificate in maniera coerente con l'analisi dei rischi. Si dovrebbe osservare inoltre una programmazione operativa delle misure, ossia una individuazione delle fasi, dei tempi e dei responsabili per l'attuazione delle misure. Con riferimento a questi aspetti, l'analisi dei dati evidenzia un deciso miglioramento della capacità di trattare il rischio di corruzione nell'ambito dei PTPCT.

Un primo profilo rilevante è quello della capacità di collegare le misure di prevenzione ai risultati dell'analisi dei rischi (Tabella 5). In quest'ambito si nota che, nel primo periodo preso in esame (PTPCT 2015-2017), solo in tre casi su dieci è stata rilevata una buona capacità di collegare l'identificazione delle misure di prevenzione con i risultati dell'analisi e valutazione del rischio, mentre, nell'ultimo periodo (PTPCT 2020-2022), una simile capacità è stata riscontrata in sette casi su dieci.

Tabella 5. *La capacità di identificare e programmare le misure di prevenzione della corruzione*

valutazioni	2015-2017	2017-2019	2020-2022
da 0 a 2	71,6%	52,6%	27,3%
da 3 a 5	28,4%	47,4%	72,7%

Un secondo profilo è quello relativo alla capacità di utilizzare in maniera combinata le misure obbligatorie (direttamente disciplinate dalla legge) con quelle ulteriori (autonomamente definite dalle singole amministrazioni). In questo caso, la percentuale di amministrazioni che hanno dimostrato tale capacità, in aggiunta ad un buon collegamento con i risultati dell'analisi del rischio, passa dal 20,5% del primo periodo al 65,3% del terzo e ultimo periodo di rilevazione.

Un terzo e ultimo profilo è quello della capacità di programmare in modo dettagliato le misure di prevenzione della corruzione, identificando tempi, responsabili e opportuni indicatori di monitoraggio. Si passa dal 2,6% dei casi nel primo periodo al 22,10% nel terzo periodo. Nonostante la

crescita sia notevole, si può notare che nel caso migliore – piani triennali predisposti nel 2020 – solo una amministrazione su cinque evidenziava una buona capacità di programmazione delle misure. Questo aspetto evidenzia una certa difficoltà delle amministrazioni a integrare la prevenzione della corruzione nell'organizzazione, ossia a farla diventare uno strumento di gestione condiviso e responsabilizzante per tutte le unità organizzative. Inoltre, un piano che non individua con chiarezza l'articolazione delle responsabilità, la scansione temporale degli interventi e gli strumenti per monitorare l'attuazione e l'efficacia delle misure, è un piano scarsamente attuabile.

4. Conclusioni

I Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza (PTPCT), introdotti nel nostro ordinamento dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, hanno costituito lo strumento attraverso il quale attuare un modello di prevenzione della corruzione basato su due cardini fondamentali: a) la responsabilizzazione di ogni ente pubblico nella definizione di una propria strategia di prevenzione della corruzione; b) la pianificazione delle misure di prevenzione sulla base di una preventiva analisi e valutazione del rischio di corruzione.

Si tratta di un approccio molto innovativo al contrasto della corruzione che, seppure con un notevole ritardo, ha allineato l'Italia alle indicazioni fornite dalle principali istituzioni internazionali²⁷ e all'esperienza di altri paesi come ad esempio l'Australia, la Slovenia, il Sud Africa e il Regno Unito²⁸.

L'aver basato il modello della prevenzione della corruzione sulle autonome determinazioni di ogni amministrazione e sulla metodologia

²⁷ OECD, *Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes, Structures, and Conditions for Implementation*, Global Forum on Public Governance, OECD Conference Centre, Paris, France, 2009, accessibile a

[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&ote=GOV/PGC/GF\(2009\)1](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&ote=GOV/PGC/GF(2009)1); GRECO, *Lessons learnt from the three Evaluation Rounds (2000-2010) Thematic Articles*, Council of Europe, Strasbourg, France, 2012, accessibile a: <https://rm.coe.int/16806cbfc6>.

²⁸ OECD, *Integrity Review of Italy: Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust for Sustainable Growth*, in *OECD Public Governance Reviews*, Paris, OECD Publishing, 2013, pp. 109-110, accessibile a: <https://doi.org/10.1787/9789264193819-en>.

di gestione del rischio ha avuto alcuni essenziali vantaggi tra cui, in particolare, la flessibilità e la personalizzazione con cui si è potuto programmare gli interventi organizzativi di prevenzione della corruzione, caratteristica certamente rilevante per una pubblica amministrazione molto frammentata ed eterogenea come quella italiana. Non sono tuttavia mancate le criticità, la più importante delle quali è stata certamente quella delle competenze. La gestione del rischio è un approccio metodologico che richiede un elevato livello di competenza e di esperienza per poter esprimere il suo potenziale. Nella pubblica amministrazione, tali competenze non erano certamente sufficientemente diffuse dieci anni fa, al momento dell'adozione della legge n. 190/2012. Questa condizione unitamente alla clausola di invarianza finanziaria contenuta nella legge, ai limiti alla spesa per la formazione che all'epoca erano ancora molto forti, al divieto di coinvolgere consulenti esterni nella elaborazione dei PTPCT²⁹, hanno significativamente rallentato nelle fasi iniziali la capacità di attuare correttamente il sistema di prevenzione delineato nella legge n. 190/2012.

I risultati dello studio longitudinale condotto su un campione di 190 Comuni medio-grandi e illustrato nelle pagine precedenti evidenziano un lento ma costante miglioramento nel tempo della capacità degli enti analizzati di applicare le logiche del *risk management* in sede di predisposizione dei PTPCT. La spiegazione più logica dei risultati ottenuti è che il miglioramento della capacità di predisporre i PTPCT sia la conseguenza della progressiva crescita delle competenze e della professionalità all'interno delle amministrazioni pubbliche.

I risultati evidenziano inoltre che i margini per ulteriori miglioramenti sono ancora significativi. Nell'ultimo periodo di rilevazione, relativo ai piani triennali 2020-2022, la percentuale di enti in grado di sviluppare in maniera sufficientemente corretta le fasi della gestione del rischio di corruzione variava da un minimo del 40% (per l'analisi del contesto esterno e la mappatura dei processi) ad un massimo del 73% (per il trattamento del rischio).

²⁹ Tale divieto è contenuto nell'art. 1, co. 8 l. n.190/2012.

Sarebbe necessario quindi sostenere ulteriormente il percorso di formazione e crescita delle competenze ed evitare di disperdere questo patrimonio di conoscenze proprio quando la capacità attuativa delle amministrazioni ha raggiunto un livello tale che consentirebbe di sfruttare le potenzialità dei PTPCT. In questo contesto, ad esempio, è di fondamentale importanza che la predisposizione del Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO) – che, come indicato in premessa, prevede l'assorbimento del Piano triennale per prevenzione della corruzione nella sottosezione «Anticorruzione e Trasparenza» – avvenga mantenendo una sostanziale continuità metodologica in termini di approccio alla gestione dei rischi di corruzione.

Appendice 1 - Scheda di Valutazione

CRITERI		ITEM E SCALA DI MISURAZIONE
		0 Assente
		1 Poche informazioni sul contesto socio-territoriale e assenza di analisi sugli elementi di contesto che possono incidere sul rischio di corruzione
		2 Alcune informazioni sul contesto socio-territoriale ma carenza di analisi sugli elementi di contesto che possono incidere sul rischio di corruzione
A.1) Accuratezza dell'analisi del contesto esterno	A.1.1) Analisi del contesto esterno	3 Buon livello di informazione sul contesto socio-territoriale ma carenza di analisi sugli elementi di contesto che possono incidere sul rischio di corruzione
		4 Buon livello di informazione sul contesto socio-territoriale e presenza analisi di come esso può impattare sul rischio di corruzione
		5 Analisi dettagliata del contesto esterno, con particolare riguardo ai fattori che possono incidere in misura rilevante sul fenomeno corruttivo (variabili culturali, criminologiche, sociali e economiche)
		0 Assente
		1 Solo alcuni macro-processi, comunque non esaustivi delle aree a maggior rischio indicate nel PNA descritti e rappresentati in maniera sommaria
	A.2.1) Analisi del contesto interno: a) analiticità della mappatura processi (aree obbligatorie)	2 Tutti i macro-processi riguardanti le aree a maggior rischio indicate nel PNA, descritti e rappresentati in maniera sufficiente
A.2) Accuratezza dell'analisi del contesto interno		3 Tutti i macro-processi riguardanti le aree a maggior rischio indicate nel PNA descritti e rappresentati in maniera sufficiente (almeno input output e fasi) oppure solo alcuni macro-processi descritti e rappresentati in maniera accurata
		4 Tutti i macro-processi riguardanti le aree a maggior rischio indicate nel PNA, descritti e rappresentati in maniera puntuale (fasi, input, output e responsabilità)
		5 Tutti i processi relativi alle aree a maggior rischio indicate nel PNA descritti e rappresentati in maniera puntuale (fasi, input, output e responsabilità)

CRITERI		ITEM E SCALA DI MISURAZIONE
		0 Assente
		1 Solo alcuni macro-processi integrativi delle aree obbligatorie del PNA descritti e rappresentati in maniera sommaria
		2 Solo alcuni macro-processi integrativi descritti e rappresentati in maniera sufficiente
A.2.2) Analisi del contesto interno:		3 Individuazione di aree di rischio "ulteriori" e analisi sufficiente dei macro-processi ivi compresi o adeguata argomentazione della non sussistenza di ulteriori macro-processi a rischio
b) Analiticità della mappatura dei processi (aree ulteriori)		4 Individuazione di aree di rischio "ulteriori" e analisi approfondita dei macro-processi o adeguata argomentazione della non sussistenza di ulteriori macro-processi a rischio
		5 Individuazione di aree di rischio "ulteriori" e analisi dettagliata e puntuale dei singoli processi (e/o adeguata argomentazione della non sussistenza di ulteriori macro-processi a rischio)
		0 Assente
		1 Inadeguata identificazione delle responsabilità organizzative (solo a livello molto aggregato e solo per alcuni processi/ macro-processi)
		2 Parziale identificazione delle responsabilità organizzative (a livello aggregato ma per tutti i processi/ macro-processi relativi alle aree a maggior rischio indicate nel PNA)
A.2.3) Analisi del contesto interno:		3 Sufficiente identificazione delle responsabilità organizzative (a livello aggregato ma sia per i processi/ macro-processi relativi alle aree a maggior rischio indicate nel PNA sia anche per ulteriori processi/ macro-processi)
c) identificazione responsabilità organizzative (uffici che intervengono nei vari processi/macro processi)		4 Buona identificazione delle responsabilità organizzative (a livello dettagliato e per tutti i processi/ macro-processi relativi alle aree a maggior rischio indicate nel PNA)
		5 Ottima identificazione delle responsabilità organizzative (a livello dettagliato, sia per i processi/ macro-processi relativi alle aree a maggior rischio indicate nel PNA sia anche per ulteriori processi/ macro-processi)

ITEM E SCALA DI MISURAZIONE	
A.3) Adeguatezza del processo di risk assessment	0 Assente
	1 Identificazione dei soli eventi rischiosi riportati nell'all.3 PNA, e sommario abbinamento degli stessi alle aree di rischio
	2 Identificazione dei soli eventi rischiosi riportati nell'all.3 PNA, e sommario abbinamento degli stessi ai singoli processi/ macro-processi
	3 Definizione di un catalogo dei rischi più ampio di quello esemplificativo di cui all'all.3 (ad esempio attraverso l'analisi della casistica giudiziaria) e abbinamento dei rischi alle aree di rischio
	4 Definizione di un catalogo dei rischi più ampio di quello esemplificativo di cui all'all.3 (ad esempio attraverso l'analisi della casistica giudiziaria) e abbinamento dei rischi ai processi/ macro-processi
A.3.1) Identificazione/ analisi dei rischi	5 Definizione di un catalogo dei rischi più ampio di quello esemplificativo di cui all'all.3 (ad esempio attraverso l'analisi della casistica giudiziaria), abbinamento dei rischi ai processi/ macro-processi e analisi delle cause/fattori abilitanti degli eventi rischiosi
	0 Assente
	1 All.5 PNA per area di rischio
	2 All.5 per sotto-aree di rischio e/o macro-processi
	3 All.5 per macro-processi con poca diversificazione dell'esposizione al rischio (assenza attribuzione di priorità esposizione al rischio)
A.3.2) Valutazione e ponderazione dei rischi	4 All.5 o altri metodi con ponderazione dei rischi per fasce di priorità di intervento
	5 Metodi evoluti con utilizzo dati oggettivi (es. Dati giudiziari) e diversificazione valutazione per fasi del processo e per ufficio)

CRITERI		ITEM E SCALA DI MISURAZIONE
		0 Assente
		1 Indicazione di sole misure "obbligatorie" non collegate all'analisi e valutazione del rischio
		2 Indicazione di misure "obbligatorie" e misure "ulteriori" ma scarso collegamento con l'analisi e valutazione del rischio
A.4) Adeguatezza del trattamento del rischio	A.4.1) Trattamento del rischio	3 Indicazione di sole misure "obbligatorie" ma buon collegamento con le risultanze dell'analisi e valutazione del rischio
		4 Indicazione di misure "obbligatorie" e misure "ulteriori" e buon collegamento con le risultanze dell'analisi e valutazione del rischio
		5 Individuazione e programmazione operativa di misure "obbligatorie" e misure "ulteriori" e buon collegamento con le risultanze dell'analisi e valutazione del rischio

Table of contents and abstracts

Editorial

Where Anti-corruption Goes: A Critical Assessment Ten Years After Law No. 190/2012 (p. 303)

Enrico Carloni

Essays and Articles

Anti-corruption: a Balance between Prevention and Repression (p. 321)

Raffaele Cantone

In 2012, a new anti-corruption policy was launched that has been unfolding for almost ten years and has profoundly changed the relevant legislation on both the preventive and repressive sides, introducing a framework that has established itself as a model for study even at the international level. The overall assessment of the changes is overall positive because the country has brought itself in line with international standards and equipped itself with rules that, at least in the abstract, appear to be efficient and effective in the fight against corruption and have also yielded good results in improving its international image. The application, however, shows some problems and criticalities, also from the point of view of interpretation, which would need targeted interventions of maintenance of the regulations to ensure greater systematicity to the many rules introduced, especially those related to prevention.

The Weariness with Threatening Criminal Sanctions Vainly (Scattered Notes Ten Years after the 2012 Anti-Corruption Law, so Called Severino Law) (p. 351)

Alberto Di Martino

This article critically reflects on the legislative and applicative trends that have marked the decade following the approval of the 2012 anti-corruption law (the so-called Severino law), with particular reference to the cultural attitudes that have accompanied the reform and with which it has been implemented, especially by case law. In particular, concerning

case law, this paper focuses on methodological issues arising from the distinction – put forward by a leading case of the Court of Cassation – between easy and hard cases and on the abuse of this conceptual pair, as well as on the relationship between abstract rules and concrete cases in the formation of the law in action. Finally, it dwells on one of the most important cultural challenges in the field of corruption, i.e. the need to innovate the collection of empirical data through interdisciplinary synergies. It is proposed, for instance, the institutionalization of analyses and regulatory impact assessments, with adequate training of all those called upon to carry them out, before proceeding with any further legislative initiatives in criminal matters.

Regulation and Anticorruption (p. 395)

Maria De Benedetto

The article critically evaluates the Italian anticorruption regulation ten years after its enactment. Administrative corruption, like other kinds of illicit behaviour, presupposes both the existence and the ineffectiveness of rules and that a regulatory perspective may help prevent corruption and infringements. Since corruption prevention has undesirable side effects, more than additional bureaucracy and sanctions, better regulation may offer the most effective response to corruption. This change in approaching corruption and its prevention suggests working for a systemic vision and integrated regulatory strategies aiming at very early detection and prevention of corruption opportunities provided by rules (i.e. their corruptibility). These strategies include a strong institutional commitment to simplification and quality of regulation, the provision of advocacy powers to anticorruption authorities, and the traceability and transparency of interests in legislation.

Exploring the Dynamics of Compliance With International Recommendations: The Case of Anti-corruption Policy in Italy (p. 433)

Fabrizio Di Mascio

In the context of a serious crisis of the political system's legitimacy, since 2012, the pressure of international organizations has played a sig-

nificant role in Italy, contributing to the introduction of unprecedented tools for preventing corruption. This has largely represented a symbolic response with which the political class has tried to recover credibility, as evidenced by the implementation gap of preventive measures. The article reviews the factors hindering the implementation of international anti-corruption standards in Italy, among which the lack of political incentives and institutional enabling factors stand out. As has also happened in other countries, the partial implementation of the recommendations of international organizations is also due to the typical limits of the action of the latter, which pay little attention to understanding how the diversity of institutional contexts affects the spread of corruption and the capacity to implement prevention measures.

The Anti-corruption Policy and the Narrow Spaces of Reformism (p. 463)
Guido Sirianni

Statute no. 190/2012 represents the pinnacle of the attempt to direct the Italian anti-corruption policy in the public administration in a preventive sense. In order to understand its scope, particularly the causes that have stubbornly prevented its reforming logic from being extended to the behaviour of political personnel, we examine the orientations that have characterized the anti-corruption policy before and after the introduction of statute no. 190/2012, marked by anti-political inspirations and judicial populism.

The National Anti-corruption Authority Ten Years After Act. No. 190 of 2012: Functions, Powers, and Organizational Model (p. 481)
Francesco Merloni

The essay is dedicated to the analysis of the different steps of the story of the progressive organization of the Italian Anti-corruption Authority (ANAC), carried out starting from profiles of the history of the ANAC institution, followed by the analysis of the functions and powers assigned, which allows an evaluation of the relationships between the fundamental functions, the powers and the independent position guaranteed to the Authority. It concludes with the reconstruction of the organizational

model adopted over time, of the formation of the apparatus of officials, in which are combined traits of autonomy and organizational heteronomy, always conditioned by the objective of achieving cost savings. ANAC's creation and development is an illuminating story of the opportunities and difficulties encountered in Italy by those who want to build a modern garrison to prevent corruption, maladministration and transparency.

Conflicts of Interests: Trends and Problems (p. 515)

Angelo Lalli

The article illustrates the most significant developments since the adoption of Law no. 190/2012 on the issue of conflict of interests and the discipline relating to public administration positions. In particular, the relevant concept of conflict of interest and the nature of the defect affecting the act adopted in breach of the prohibition on bringing proceedings in a conflict situation is addressed. Attention shall be paid to the evolution of the supervisory system for the detection of conflicts of interest, with particular reference to the roles of the corruption prevention officer and the ANAC. The issue of conflict of interest of the administrative and supervisory bodies of publicly controlled companies is discussed, and the specific rules governing public contracts are described, together with the new code currently being adopted. Finally, some critical points and gaps are highlighted, and some possible solutions are proposed.

The European Whistleblowing Directive and its Transposition in the Italian Legal System (Statute No. 24/2023) (p. 555)

Marco Magri

The essay provides a critical reflection concerning EU Directive No. 1937/2019 on the protection of persons who report breaches of European Union law, implemented in Italy with D.lgs. 10 March 2023, n. 24. Starting with an overview of the current situation of the transposition procedures in the 27 EU Member States, the contribution addresses the cultural assumptions of the directive and questions the lawfulness of its legal basis, the lack of connection of the model it enshrines with the principles of the two international conventions against corruption imple-

mented by Law 190/2012, as well as the possible (already existing) failure of its function. The conclusions come back to the issue of the “effectiveness” of whistleblowing and the (minority) doctrine on the importance of having it fully established despite the absence of whistleblowers.

The Prevention of Corruption in Public Contracts Ten Years After the Statute No. 190/2012: Evidence of a New Administrative Law (Between Result, Trust and Discretion) (p. 599)

Barbara Boschetti, Nicola Berti

After analyzing the transformative impact of the original matrices of anti-corruption law with respect to the overall Italian administrative system, and the public procurement sector in particular, the article focuses on the corruption prevention strategies pursued by the legislator in and through the regulation of the Public Administration’s contractual activities, highlighting their merits and limitations, as well as examining their adequacy in the light of the overall deregulation of tender procedures, already experienced in the emergency context, and destined to consolidate in one with the enhancement of administrative discretionary powers operated by the new Code’s scheme.

Ten Years of Administrative Transparency Law: Original Traits, Transformation, and Integration of the Model (p. 635)

Benedetto Ponti

Ten years after the turning point represented by the anti-corruption law (Law No. 190/2012 and Legislative Decree No. 33/2013), developments in the administrative transparency field are analysed in three steps. Firstly, the transparency model set out by that regulation is outlined. Secondly, the paper highlights the subsequent refinements of this model and the most relevant mutations that have occurred to it over the decade. Thirdly, the paper discusses the integration of the model, broadly identifiable with the addition of a further institute of transparency (a FOIA-like right to access to information), which alters the original model not only in its morphology but also concerning its purposes, thus contributing to detaching (the discourse on) transparency from its close relation-

ship with anti-corruption goals. Finally, the essay closes with a look at the main ongoing problems.

The Corruption Prevention Plans: An Evaluation of the Experience (p. 669)

Fabio Monteduro, Mattia Liburdi, Sonia Moi

The Prevention of Corruption and Transparency Plan (PCTP) was one of the fundamental tools created by the Law 6 November 2012, n. 190 before the approval of the decree-law of 9 June 2021, n. 80, which ordered its absorption into the Integrated Plan of Organization and Activities (PIAO). The article intends to evaluate the implementation of PCTPs over the last decade. Ten years after its approval, it is helpful to understand whether the "quality" of PCTPs has improved. The longitudinal analysis realised on a sample of 190 medium-large municipalities shows an increasing improvement in the ability of sampled organisations to apply the logic of risk management to PCTPs. These results suggest that, on the one hand, complex tools such as PCTPs need time to be understood and used correctly by public organisations; on the other, it seems illogical to "change course" exactly when the implementation capacity has reached a level that would allow the full potential of the PCTPs to be earned.

Autori

Nicola Berti

Ricercatore a tempo determinato di tipo A in Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore

Barbara Boschetti

Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore

Raffaele Cantone

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Perugia

Enrico Carloni

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Perugia

Maria De Benedetto

Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Roma Tre

Alberto Di Martino

Professore ordinario di Diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Fabrizio Di Mascio

Professore ordinario di Scienza politica presso l'Università degli Studi di Torino

Angelo Lalli

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università "la Sapienza" di Roma

Mattia Liburdi

Dottore magistrale in Economia e Management presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Marco Magri

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Ferrara

Francesco Merloni

già Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Perugia

Sonia Moi

Dottore di Ricerca in Public Management presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Fabio Monteduro

Professore associato di Economia aziendale presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Benedetto Ponti

Professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Perugia

Guido Sirianni

già Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia

— Criteri editoriali —

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.

EDITORIALE

Dove va l'anticorruzione: un bilancio critico a dieci anni dalla legge 190
Enrico Carloni

SAGGI E ARTICOLI

L'anticorruzione: un bilancio tra prevenzione e repressione
Raffaele Cantone

La stanchezza della minaccia vana (note sparse a dieci anni dalla "legge Severino")
Alberto Di Martino

Regolazione e anticorruzione
Maria De Benedetto

Il sistema italiano nel quadro delle raccomandazioni internazionali in materia di prevenzione della corruzione
Fabrizio Di Mascio

La politica anticorruzione e gli spazi stretti del riformismo
Guido Sirianni

L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge n. 190 del 2012: funzioni, poteri e modello organizzativo
Francesco Merloni

I conflitti di interessi: tendenze e problemi aperti
Angelo Lalli

La direttiva europea sul *whistleblowing* e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano (d.lgs. n. 24/2023)
Marco Magri

La prevenzione della corruzione nei contratti pubblici a dieci anni dalla l. n. 190/2012: prove di un nuovo diritto amministrativo (tra risultato, fiducia e discrezionalità)
Barbara Boschetti e Nicola Berti

Dieci anni di diritto alla trasparenza amministrativa: caratteri originari, trasformazione e integrazione del modello
Benedetto Ponti

I piani di prevenzione della corruzione: un bilancio dell'esperienza
Fabio Monteduro, Mattia Liburdi, Sonia Moi

