

Titolo

Le misure di contrasto alla corruzione nel diritto pubblico. Dalla repressione penale alla prevenzione amministrativa

Indice

Introduzione

Cap. I Le misure di contrasto del fenomeno corruttivo nel sistema penale

1. Le origini del fenomeno corruttivo
 - 1.1. I primi strumenti di contrasto alle logiche corruttive: la repressione attraverso il presidio penale
 - 1.2. Globalizzazione e dimensione internazionale del malaffare
2. Il dualismo tra “diritto penale e diritto amministrativo della corruzione”: insufficienza del sistema penale
 - 2.1. Anticipazione della soglia della punibilità: la prevenzione nel diritto penale
 - 2.2. La tutela del buon andamento e imparzialità dell’amministrazione nasconde la funzione propulsiva del diritto penale
3. I reati contro la pubblica amministrazione
 - 3.1. I reati contro la pubblica amministrazione e il bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici
 - 3.2. L’annosa differenza tra corruzione e concussione e proposte di riforma
 - 3.3. Il sindacato del giudice penale sugli atti discrezionali
4. Il rapporto tra corruzione e criminalità organizzata
 - 4.1. Similitudini tra logiche di contrasto alla corruzione e legislazione antimafia
 - 4.2. Criminalità organizzata ed Unione europea
 - 4.3. Similitudini tra logiche di contrasto alla corruzione e legislazione antimafia.

5. Il sistema sanzionatorio nell'ottica della prevenzione dell'illecito
 - 5.1. Misure premiali per garantire l'emersione del *pactum sceleris*
 - 5.2. Una nuova sanzione "a mezza via": la riparazione pecuniaria
6. Profili comparatistici
 - 6.1. Le misure di contrasto alla corruzione nel Regno Unito
 - 6.2. La corruzione dei funzionari stranieri
 - 6.3. La corruzione delle *commercial organizations*
 - 6.4. Il sistema sanzionatorio britannico e la previsione di pene pecuniarie indeterminate nel massimo

Cap. II Le misure di contrasto alla corruzione nel nuovo Codice degli appalti

1. La nozione di corruzione
 - 1.1. Riduzione della discrezionalità e perdita di efficienza
2. Le nuove misure di contrasto alla corruzione all'interno della pubblica amministrazione
3. Misure di contrasto alla corruzione con riferimento allo specifico settore degli appalti pubblici
 - 3.1. La centralizzazione delle committenze
 - 3.1.1 Effetti della nuova disciplina sulla lotta alla corruzione.
 - 3.2. I criteri di aggiudicazione
 - 3.2.1 L'esclusione delle offerte anomale e gli incentivi per la legalità
4. La prevenzione attraverso le documentazioni antimafia
 - 4.1. Casistica giurisprudenziale: la revoca dell'affidamento ed il regime temporale di efficacia delle informative antimafia
5. Il nuovo modello di prevenzione del *whistleblowing*
 - 5.1. La funzione preventiva dell'istituto
 - 5.2. Limiti dell'attuale modello di *whistleblowing* ed istanze di riforma
6. I limiti al conferimento degli incarichi amministrativi
 - 6.1. La disciplina delle inconfiribilità e incompatibilità

6.2. Sanzioni e attività di vigilanza del Responsabile per la prevenzione della corruzione.

Cap. III L'autorità nazionale anticorruzione

1. La necessità di un sistema di controlli e sanzioni per il mantenimento della legalità nell'amministrazione
2. Il controllo della legalità e le autorità amministrative indipendenti
 - 2.1. Cenni sulle origini dell'ANAC
3. La vigilanza dinamica e collaborativa
 - 3.1. Il limite strutturale della vigilanza
4. I pareri di precontenzioso: tra prevenzione dell'illegalità e deflazione dei giudizi
 - 4.2. Le raccomandazioni vincolanti. Cenni e differenze con i pareri ex art. 211 c.p.a.
5. Semplificazione e liberalizzazione nel settore dei contratti pubblici. Il ruolo svolto dall'ANAC
 - 5.1. Il Piano Nazionale ed i Piani Triennali anticorruzione.
 - 5.2. Confronto con i modelli organizzativi ex d.lgs. 231 del 2001 e vigilanza dell'ANAC sul rispetto dei Piani anticorruzione.
6. Il ruolo decisivo della trasparenza nella prevenzione della corruzione
 - 6.1. L'attribuzione all'ANAC della titolarità del potere sanzionatorio

Introduzione

La dimensione endemica assunta dal fenomeno corruttivo, specie nei settori fisiologicamente caratterizzati dall'esercizio di alta discrezionalità nella gestione delle risorse pubbliche, ed i recenti scandali giudiziari che hanno coinvolto il settore degli appalti hanno indotto ad un ripensamento dei modelli di contrasto sino ad ora vigenti.

Il sensibile incremento delle fattispecie corruttive nel mondo delle commesse pubbliche ha, infatti, evidenziato i limiti di un sistema di contrasto alla corruzione fondato interamente sulla repressione penale.

Di tale analisi si fa carico il primo capitolo del presente lavoro, che cerca di porre in evidenza lo iato tra la non rinunciabilità del presidio penale e l'esigenza, ormai improcrastinabile, di una strategia di prevenzione che consenta di promuovere la cultura della legalità in modo da ricostruire il (compromesso) rapporto fiduciario tra cittadini ed amministrazione.

La costruzione di modelli di prevenzione e strategie di contrasto alla corruzione efficaci nel medio e lungo periodo non possono però prescindere da un'analisi dell'evoluzione sociale e giuridica che ha riguardato le fattispecie corruttive nel nostro Paese. In primo luogo deve osservarsi come tra i principali fattori scatenanti dell'attuale diffusione dei fenomeni corruttivi figurino l'eccessiva regolamentazione dell'attività amministrativa.

Si pensi a titolo esemplificativo a provvedimenti come i permessi a costruire o le autorizzazioni in materia edilizia, troppo spesso soggetti ad un coacervo di norme non sempre coerente e giustificato da esigenze di tutela della collettività, che ingenerano nel cittadino ad una tendenziale sfiducia nei confronti dell'amministrazione. Invero, è proprio all'interno di tale sfiducia che si annida il germe della corruzione, incoraggiando (o quanto meno non impedendo) i propositi illeciti degli operatori del mercato, interessati a cercare "altre vie (illecite) per sbloccare una pratica o velocizzare un procedimento" con la compiacenza di funzionari disonesti.

Oggetto di analisi, a causa della connessione con il diffondersi del fenomeno corruttivo, è anche la preoccupante relazione - rilevata anche in ambito sovranazionale, con i rapporti del GRECO, del CRIM e di altre istituzioni europee - tra il mercimonio della funzione pubblica e la criminalità organizzata.

Il dato allarmante emerso da tale indagine concerne il nuovo *modus operandi* della criminalità organizzata, non più (e non solo) fondato sull'intimidazione mafiosa e sulla violenza, ma improntato a vere e proprie logiche di profitto imprenditoriali. Le organizzazioni criminali negli ultimi decenni hanno infatti riversato i loro interessi nel settore pubblico, attratte dagli ingenti capitali confluiti nel settore degli appalti, operando la corruzione dei funzionari disonesti in modo da ottenere l'aggiudicazione di gare svoltesi in modo apparentemente regolare. La connessione tra i due fenomeni, per troppo tempo sottovalutata, costituisce il principale pericolo per l'efficienza dell'azione amministrativa, alimentando un circolo vizioso di illiceità senza precedenti: le associazioni criminali riescono infatti a dotarsi - attraverso la commissione di reati finanziari ed altri reati fine - di fondi neri che poi reinvestono nel "mercato della funzione pubblica" per corrompere amministratori e dipendenti, in tal modo generando profitti - questa volta apparentemente "puliti" - da riutilizzare per alimentare il ciclo della corruzione.

Ulteriore elemento di analisi che ha contribuito a rafforzare l'idea della complementarità tra i sistemi di prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi è rappresentato dalla globalizzazione.

La dimensione internazionale dei traffici commerciali e l'implementazione delle nuove tecnologie - che consentono di partecipare a gare indette su tutto il territorio globale - hanno infatti determinato un aumento esponenziale dei reati gravitanti nell'orbita della corruzione.

La frammentazione delle condotte di reato nei diversi territori nazionali e le difficoltà a regolamentare le rapide innovazioni tecnologiche attraverso il ricorso alla norma primaria rendono il diritto penale spesso obsoleto rispetto alle nuove prassi illecite ideate dagli operatori del mercato.

Dall'analisi delle cause si è poi passati ad un'analisi dei rimedi utilizzati dal legislatore fino all'intervento della prima legge organica anticorruzione del 2012.

In particolare si è esaminata la disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione connessi al mercimonio della funzione pubblica, con particolare attenzione ai problemi di coordinamento posti dalla riforma sui reati di corruzione e concussione, per poi esprimere

un giudizio complessivo sulla scelta del legislatore di introdurre nuove fattispecie e innalzare i limiti delle pene.

Tale analisi ha determinato la necessità di svolgere opportuni approfondimenti sul tema dell'efficacia general-preventiva e special-preventiva dello strumento penale in materia di reati corruttivi.

Invero, la sanzione penale è per sua natura diretta al ripristino della legalità ed interviene successivamente alla commissione dell'illecito. In tal modo viene salvaguardato il fondamentale principio di materialità del diritto penale, sollecitando però nuove aperture verso un sistema di prevenzione che consenta non solo di punire, ma soprattutto di prevenire la lesione del bene giuridico. La chiave di volta di tale sistema non può che trovarsi sul piano del diritto amministrativo, attraverso la predisposizione di modelli di prevenzione e promozione della legalità che restituiscano al diritto penale la funzione di *extrama ratio* nella tutela dei beni giuridici, dovendo la sanzione intervenire esclusivamente quando ogni altro rimedio approntato dall'ordinamento si riveli inidoneo al ripristino della legalità violata.

L'approntamento di un'efficace strategia di contrasto ai fenomeni corruttivi non intende rinunciare al presidio della tutela penale, ma deve essere adeguatamente preceduto da un sistema di prevenzione della commissione di illeciti che trova la sua esatta collocazione sul piano amministrativo.

In conclusione, nella prima parte del presente lavoro viene analizzata la disciplina previgente alla legge anticorruzione del 2012, evidenziando i limiti del (solo) presidio penale - per sua natura diretto ad intervenire successivamente alla compromissione dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice - nell'ottica di un sistema di contrasto alla corruzione che non intenda solo coprire vuoti di tutela sull'onda dell'emergenza, ma giungere efficacemente alla drastica riduzione di fenomeni corruttivi all'interno della pubblica amministrazione.

Nel secondo capitolo, in modo speculare al precedente, vengono analizzati i rimedi approntati dal legislatore sul piano amministrativo.

In primo luogo vengono distinte le misure generali, dettate per ogni settore dell'amministrazione, da quelle specificamente rivolte ai contratti pubblici, fisiologicamente più esposti al rischio corruzione.

In particolare viene esaminata l'iniziale scelta del legislatore di ridurre i margini della discrezionalità amministrativa, considerata la principale causa del diffondersi dell'illegalità nel settore pubblico. Tuttavia i risultati di tale politica legislativa non furono quelli sperati - raggiungendosi livelli di corruzione più elevati di quelli registrati in passato - ma produssero effetti controproducenti nel medio e lungo periodo.

La discrezionalità, infatti, rappresenta il *proprium* dell'azione amministrativa, non potendosi circoscrivere l'infinita poliedricità della realtà umana entro rigidi parametri predeterminati, pena la perdita di efficacia dell'azione amministrativa.

Al riguardo si è infatti rilevato come la prevenzione della corruzione non possa essere realizzata a discapito di interessi parimenti fondamentali per i cittadini, quali il buon andamento e la capacità dell'amministrazione di realizzare l'interesse pubblico sotteso alle cure dell'ente. Emerso il dato per cui la giusta ponderazione tra i valori - entrambi di rilievo costituzionale - di tutela della legalità ed efficienza dell'azione amministrativa non può che essere lasciata alla discrezionalità degli amministratori, si è giunti ad analizzare gli altri rimedi individuati dal legislatore.

Assume rilievo primario in tale analisi l'introduzione del "nuovo" Codice degli appalti che, nel recepire le direttive comunitarie del 2014, adotta una serie di disposizioni di chiara matrice europea.

In primo luogo viene ad evidenza l'esigenza di razionalizzazione della disciplina in materia di appalti, che viene ridotta nel numero di disposizioni - anche se a tale riduzione non sempre corrisponde un'effettiva semplificazione nella sostanza - e poi vengono codificati taluni istituti precedentemente sconosciuti al nostro ordinamento, come il *whistleblower*.

In particolare, tale istituto predispone un canale privilegiato di comunicazione tra il Responsabile della prevenzione della corruzione e i dipendenti, in tal modo superando le asimmetrie informative che spesso caratterizzavano i rapporti tra controllori e controllati.

In altri termini il legislatore ha cercato di responsabilizzare i dipendenti pubblici che abbiano avuto conoscenza della commissione di un reato all'interno dell'ente attribuendo loro il compito di denuncia di eventuali irregolarità nell'esercizio delle potestà pubbliche, garantendogli adeguata protezione nei confronti di coloro che siano stati denunciati.

Occorre sul punto solo evidenziare, rinviando al prosieguo della trattazione per gli opportuni approfondimenti, come in Italia il *whistleblowing* sia stato recepito alterandone la funzione originaria, corrispondente alla promozione della legalità e valorizzazione dell'etica pubblica all'interno dell'amministrazione.

In ogni caso il giudizio complessivo sulla nuova legislazione anticorruzione non può che essere positivo, ma vi è ancora tanto lavoro da fare per garantire che le riforme non restino lettera morta, ed un aspetto fondamentale su cui occorre puntare per garantire l'implementazione dei risultati ottenuti è quello della vigilanza.

È proprio su tale aspetto che si concentra il terzo capitolo del presente lavoro, diretto in particolare all'analisi circa l'effettività dei poteri di controllo attribuiti all'Autorità di regolazione del settore.

In particolare verrà posta in evidenza l'evoluzione subita nel tempo dalla funzione di vigilanza, passando da una concezione statica - più vicina alle caratteristiche dei controlli - ad una concezione dinamica, significativamente più vicina alle funzioni di amministrazione attiva. Nella nuova configurazione viene valorizzata la leale collaborazione tra le amministrazioni e tra amministrazioni e privati al fine di colmare le asimmetrie informative che aprono ampi varchi alle vicende corruttive.

Per rendere effettivo il ruolo di garante della legalità attribuito alla nuova Autorità anticorruzione il legislatore vi ha attribuito una serie di poteri e facoltà che hanno fatto dubitare dell'inquadramento dell'ANAC tra le autorità amministrative indipendenti, giungendo a configurarla alla stregua di un ente *sui generis*, del tutto unico nel panorama italiano delle amministrazioni.

In particolare si affronteranno nel prosieguo della trattazione i principali strumenti che consentono all'ANAC di svolgere la propria *mission* istituzionale, tra i quali senza dubbio figurano il Piano nazionale anticorruzione ed i Piani Triennali di prevenzione della corruzione, i pareri di precontenzioso, le raccomandazioni vincolanti ed, infine, i poteri sanzionatori per il caso di violazione delle norme anticorruzione o poste a tutela della trasparenza.

In conclusione, ciò che si intende far emergere da questo lavoro è la necessità di saldare sulle logiche preventive il nuovo fondamento della legislazione anticorruzione, attribuendo

ad un organismo autonomo ed indipendente dai poteri governativi la funzione di vigilare sui nuovi modelli di prevenzione.

La riuscita del modello proposto, però, appare legata a doppio filo con una rinnovazione culturale della pubblica amministrazione che ostracizzi il ricorso alle pratiche corruttive e marginalizzi i comportamenti diretti ad assicurarsi un profitto attraverso l'alterazione dei meccanismi decisionali della pubblica amministrazione (con conseguenze negative che ricadono sull'intera collettività). In tale direzione appare irrinunciabile il ricorso al presidio penale, specie nell'ottica della funzione generalpreventiva che il precetto è in grado di svolgere, al contempo però il raggiungimento dell'obiettivo di contrasto ai fenomeni corruttivi non può che passare dall'allestimento di modelli di prevenzione e riqualificazione del personale che rifondino dall'interno i valori etici della pubblica amministrazione.

Cap. I Le misure di contrasto del fenomeno corruttivo nel sistema penale

1. Le origini del fenomeno corruttivo

Nonostante il rinnovato interesse nella ricerca di strumenti di contrasto al fenomeno corruttivo, definito il secondo mestiere più antico del mondo¹, oggi si registra un sensibile aumento delle condanne per il mercimonio della funzione pubblica.

L'aspetto più preoccupante concerne la dimensione sistemica assunta dal fenomeno, considerato alla stregua di una tassa occulta da versare ai pubblici funzionari come corrispettivo per la risoluzione di problemi legati all'eccesso di formalismo della regolamentazione amministrativa o all'inefficienza di taluni funzionari.

In tal senso le pratiche corruttive si inseriscono tra i cd. *white collar crimes*, categoria elaborata da Edwin Sutherland nel 1940, con la quale si individuano i reati commessi da persone di elevato *status* sociale nel corso della loro attività professionale².

Nel corso della sua analisi Sutherland, analizzando le reazioni sociali al fenomeno corruttivo, rilevò come le stesse fossero inversamente proporzionali rispetto alla posizione sociale rivestita del reo. Secondo tale teoria il successo nel mondo degli affari e la notorietà hanno influito e tuttora influiscono, con funzione deterrente, sulla concreta punibilità della corruzione, giungendo quasi a giustificare, nel solco di una profonda crisi dei valori, il ricorso alle logiche corruttive.

Soltanto quando cominciarono ad essere esaminati i costi diretti e riflessi sulla società e le prime relazioni parlamentari fecero emergere l'ingente cifra oscura del fenomeno corruttivo, la società cominciò a sensibilizzarsi, cercando di arginare un malcostume sociale che aveva assunto proporzioni smisurate.

Gli strumenti attraverso i quali in un primo momento vennero stigmatizzate tali condotte concernevano prevalentemente la sfera del diritto civile e amministrativo, giungendo difficilmente all'erogazione di una sanzione penale. Nonostante il rinnovato interesse la

¹ Kerner e Rixen, Ist korruption ein strafrechtproblem? Zur tauglichkeit strafgesetzlicher vorschriften gegen die korruption, in *GA*, 1996, p. 395.

² Sutherland E., White Collar criminality, in *American sociological review*, 1940, 5, p. 1 ss.

corruzione non era sentita ancora come un problema tale da giustificare il ricorso all'*extramaratio* del diritto penale, ritenendosi sufficiente un sistema di controlli e sanzioni amministrative. La sottovalutazione del fenomeno, in uno alla crisi dei valori che ammettevano alla stregua di "regole consuetudinarie" il ricorso alle pratiche corruttive per sveltire una procedura – che a causa della stratificazione e diversificazione normativa era divenuta eccezionalmente complessa – crearono la stura per il diffondersi di una corruzione senza precedenti.

In tale contesto il ricorso alle tangenti assunse i contorni di una voce economica alla stregua degli oneri previsti nei bandi di gara, preventivata dall'imprenditore e talvolta persino più conveniente rispetto al normale *iter* burocratico, e ben presto il ricorso alla compravendita delle funzioni pubbliche assunse carattere endemico.

È proprio per far fronte a tale crisi dei valori e dell'etica pubblica che si spiega la reazione del legislatore moderno attraverso la predisposizione dello strumento penale in funzione di contrasto alle logiche del malaffare, soprattutto allorché coinvolgano direttamente la pubblica amministrazione.

Tale inversione di tendenza, orientata a privilegiare la sanzione penale quale strumento di elezione nel contrasto alla corruzione (che ha riguardato tutti gli ordinamenti continentali moderni), ha dovuto peraltro arrestarsi di fronte alla insufficienza del presidio penale, soprattutto in vista dell'intervento soltanto successivo della pena rispetto alla lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice ed al verificarsi degli effetti dannosi.

Per sua stessa natura, infatti, il diritto penale non può che intervenire allorché gli effetti negativi della condotta si siano già realizzati, ma tale aspetto – con riferimento a reati che si fondano sull'accordo tra le parti, che sono la quasi totalità dei reati *lato sensu* corruttivi – determina la tardività dell'intervento almeno con riferimento alla lesione del buon andamento dell'amministrazione, della concorrenza e del prestigio dell'ente.

Proprio per far fronte alle connaturate carenze del diritto penale il legislatore degli ultimi anni, attraverso la nuova legislazione anticorruzione³, ha attuato un cambio di direzione nell'ottica della prevenzione delle pratiche corruttive, individuando una lunga serie di

³ Per un'approfondita analisi degli strumenti amministrativi predisposti dal legislatore per la prevenzione del fenomeno corruttivo e sulla nuova legislazione anticorruzione, a partire dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, v. *infra*, cap. II.

strumenti idonei ad evitare la commissione di illeciti da parte dei pubblici funzionari mediante la predisposizione di controlli ed istituti che garantiscano il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

1.1 I primi strumenti di contrasto alle logiche corruttive: la repressione attraverso il presidio penale

Nell'originaria impostazione del codice del 1930 la struttura dei reati commessi dai pubblici ufficiali e dai privati contro la p.a. risentiva fortemente dell'impianto autoritario dell'ideologia fascista. Il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione era infatti del tutto sbilanciato in favore di quest'ultima, caratterizzato dalla predisposizione di fattispecie incriminatrici dirette a tutelare beni giuridici di consistenza effimera, come il prestigio dell'amministrazione o il dovere di fedeltà dei cittadini⁴.

Con l'avvento della Carta Costituzionale e l'affermazione dei principi dello Stato di diritto muta la prospettiva teorica del Codice Rocco, che abbandona le aprioristiche teorie di supremazia della p.a. in favore di una nuova visione egualitaria del rapporto tra Stato e cittadini.

Il dovere di fedeltà e il prestigio dell'amministrazione vengono così accantonati in favore dei valori del buon andamento e imparzialità, in tal modo ricollegando il presidio penalistico a beni istituzionali riconducibili ad entità concrete⁵.

Le esigenze di rinnovamento culminano nella riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, avvenuta con la l. 26 aprile 1990, n. 86, intitolata alle "modifiche in tema di

⁴ Tale impostazione ha fortemente caratterizzato la struttura dei reati di corruzione. La scelta di disarticolare il fenomeno corruttivo in una molteplicità di categorie concettuali aveva destato perplessità già nella dottrina più risalente, la quale individuava nella complessità della disciplina un facile strumento di elusione delle norme incriminatrici e terreno fertile per la proliferazione di diverse (e contrastanti) interpretazioni giurisprudenziali, elementi che facilmente orientano un sistema di diritto verso derive autoritarie. Emblematica è la incriminazione della corruzione impropria susseguente, ove il bene giuridico tutelato è difficilmente conciliabile con il principio di offensività, coincidendo con beni giuridici evanescenti e riconducibili a dottrine autoritarie, quali appunto il prestigio della pubblica amministrazione oppure il rapporto di fedeltà tra cittadino e Stato.

⁵ Il dibattito sull'individuazione dei beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici nei reati contro la pubblica amministrazione non si è invero mai del tutto sopito, per approfondimenti v. *infra*, par. 3.1.

delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione”, ritenuta dalla dottrina la più imponente riforma della parte speciale del codice penale⁶.

Tra i principali obiettivi della riforma nell’ottica del rafforzamento delle strategie di contrasto al fenomeno corruttivo il legislatore ravvisò la necessità di operare un aumento dei limiti edittali per i reati di corruzione e la riduzione del sindacato del giudice penale sugli atti della pubblica amministrazione attraverso la valorizzazione, alla luce della Carta costituzionale, dei principi di tassatività e determinazione delle fattispecie incriminatrici.

I risultati non furono peraltro all’altezza delle aspettative poiché le nuove fattispecie incriminatrici rivelarono sin da subito elementi di incertezza, demandando ai giudici penali il difficile compito di interpretare la volontà del legislatore ed il ridisegnato perimetro della discrezionalità amministrativa. Emblematica in tal senso fu la previsione di due fattispecie autonome di reato per la distorsione della funzione pubblica (concussione e corruzione). Gli incerti confini tra le fattispecie, che nel tempo hanno favorito comportamenti elusori e difficoltà interpretative, sono stati ulteriormente complicati dalla riforma del 2012, con il cd. spaccettamento della concussione nelle due forme della concussione per costrizione e della induzione indebita a dare o promettere utilità⁷.

La continua tensione tra strumenti preventivi e repressivi delle pratiche corruttive impone, prima di occuparsi del sistema dei controlli amministrativi nell’ottica della prevenzione del fenomeno, di soffermarsi sulle novità che la riforma ha individuato sul terreno della repressione penale dei reati corruttivi.

Le numerose modifiche al codice di diritto sostanziale hanno in primo luogo riguardato il sistema sanzionatorio, attraverso un sensibile aumento delle pene previste per i delitti di corruzione. Sono stati poi previsti, sull’onda delle istanze comunitarie, il cd. spaccettamento del reato di concussione – nella duplice figura della concussione per costrizione e delle induzione indebita a dare o promettere utilità – e l’incriminazione di fattispecie ostacolo con funzione di anticipazione della tutela al fine di prevenire la

⁶ Il riferimento è a Palazzo F., La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d’insieme, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 815.

⁷ Proprio per superare le difficoltà applicative conseguenti all’ingresso della nuova disciplina si auspica una nuova riforma dei reati connessi alla funzione amministrativa, calibrata nell’ottica della razionalizzazione e semplificazione della legislazione penale.

commissione dei fenomeni corruttivi, quali il traffico di influenze illecite e la corruzione tra privati⁸.

La scelta del legislatore di intervenire a più riprese sulle cornici edittali delle pene per imprimere una decisa risposta repressiva al proliferare dei reati contro la pubblica amministrazione ha determinato certamente effetti positivi, soprattutto per le conseguenze processuali che da tale aumento derivano (in particolare sui mezzi di ricerca della prova e sulla prescrizione), ma si tratta di risultati modesti e insufficienti se non accompagnati da politiche di prevenzione del fenomeno corruttivo che consentano di intervenire prima della commissione dell'illecito e non, soltanto successivamente, attraverso la tutela penale.

Un efficace sistema di contrasto alla corruzione non può infatti prescindere da un processo di riforma che contenga tra i suoi principi cardine la semplificazione della disciplina amministrativa, nuove e più penetranti forme di controllo della partecipazione alle gare e nella fase di esecuzione dei contratti pubblici ed un più efficiente sistema di prevenzione in funzione complementare alla tutela penale.

Uno dei principali profili sul quale si sono assestate le critiche alla riforma ha riguardato la restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione della nuova disciplina. La previsione di due fattispecie concussive, per induzione e per costrizione, e la limitazione della responsabilità dell'incaricato di pubblico servizio solo alla prima, in ragione di una presunta minore capacità costrittiva, hanno invero destato forti riserve⁹.

Già in sede di riforma dei reati contro la pubblica amministrazione si era proposto di abolire la distinzione tra pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio in quanto foriera di difficoltà interpretative nell'individuazione del relativo discrimine, inducendo il legislatore

⁸ Con riferimento alla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione parte della dottrina ha parlato di "occasione perduta" per la mancata reintroduzione del reato di falso in bilancio e della riforma dei tempi di prescrizione. Soprattutto con riferimento ai reati finanziari, le critiche della dottrina convergono sul punto della necessità di impedire alle imprese la costituzione di fondi neri, utilizzati come principale strumento per il pagamento di tangenti. In senso critico Grosso C.F., *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in AAVV., *La legge anticorruzione*, Torino, 2012, p. 2, secondo il quale "nessuno di questi due ripristini è stato realizzato, segno della maggioranza delle forze politiche presenti in Parlamento non era incline ad incidere oltre una certa misura sul terreno della repressione del malaffare nelle pubbliche amministrazioni".

⁹ In termini critici si v. Pisa P., *Una stagione di "miniriforme"*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2012, p. 1422. Secondo l'A. "incomprensibile appare, invece, l'estromissione degli incaricati di pubblico servizio dalla concussione (ma non dall'art. 319 *quater* c.p.), col risultato già invano segnalato di rendere configurabile nei loro confronti l'estorsione aggravata dall'art. 61, n. 9 c.p".

del 1990 ad abbandonare il criterio soggettivo in favore del più neutrale parametro della natura, pubblica o privata, dell'attività svolta¹⁰. Anche tale criterio, peraltro, si rivelò inadeguato, fondandosi il relativo criterio distintivo sul concetto di autoritatività, uno dei termini più discussi e polisenso dell'intera materia del diritto pubblico¹¹.

Prendendo atto delle critiche provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il legislatore è così dovuto intervenire nuovamente nel 2015, a distanza di soli tre anni dalla riforma per reinserire anche la condotta illecita dell'incaricato di pubblico servizio nella concussione per costrizione, con annosi problemi di diritto intertemporale.

Ulteriori problemi interpretativi sono sorti dalla introduzione della fattispecie del traffico di influenze illecite, che si aggiunge (senza sostituirsi) al millantato credito, e che tradisce l'intenzione di valorizzare la funzione preventiva del diritto penale attraverso l'anticipazione delle soglie della punibilità¹².

Come autorevolmente affermato "lo spirito della legge deve essere colto nella capacità di coniugare prevenzione e repressione: anche le norme penali, con la loro funzione di orientamento culturale dei consociati, sono funzionali ad implementare quella stessa logica preventiva che anima gli interventi che si collocano sul piano amministrativo" ed ancora "la legge sollecita una forte moralizzazione dell'etica pubblica nei rapporti tra funzionari pubblici e consociati, e soprattutto tra questi ultimi, considerata la criminalizzazione sia della condotta del soggetto indotto nell'articolo 319 *ter* c.p. sia del traffico di influenze"¹³.

Il mancato raggiungimento degli obiettivi della riforma e la dimensione globale assunta dal fenomeno corruttivo hanno progressivamente evidenziato la necessità di individuare strategie di contrasto coordinate a livello internazionale.

1.2. Globalizzazione e dimensione internazionale del malaffare

¹⁰ Sulla necessità di un parametro oggettivo rispetto al quale perimetrare le qualifiche soggettive nei reati contro la pubblica amministrazioni v. Cadoppi A., (a cura di), *Trattato di diritto penale, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, p.6.

¹¹ In tali termini si esprime Liguori F., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013.

¹² Tale fattispecie si inserisce tra gli strumenti previsti dalla legge anticorruzione in funzione di prevenzione del fenomeno corruttivo, anche attraverso il diritto penale. Per una completa analisi dell'istituto si v. Romano M., *Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

¹³ In questi termini, cfr. Pellissero M., *La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione*, in *AAVV., La legge anticorruzione*, Torino, 2012.

La globalizzazione dell'economia¹⁴ e la velocità nelle relazioni commerciali tra le imprese hanno inciso sensibilmente, sia pure indirettamente, sul fenomeno corruttivo.

Il superamento dei confini nazionali e la creazione di un mercato unico a livello globale hanno, infatti, favorito il diffondersi di un'economia d'impresa su scala internazionale, garantendo l'accesso ad ingenti capitali stranieri e moltiplicando le occasioni di contatto tra le imprese.

Le nuove opportunità di profitto rappresentate dalla partecipazione a gare indette su tutto il territorio globale, in uno con la sofisticazione delle pratiche corruttive, hanno pertanto determinato un sensibile aumento dei reati gravitanti nell'orbita della corruzione, a fronte della crescente difficoltà dei sistemi penali di stare al passo con le nuove tecnologie¹⁵.

Alle complessità legate alle moderne forme di distorsione della funzione pubblica si deve aggiungere l'ulteriore difficoltà posta dalla frammentazione delle condotte corruttive in diversi Paesi. Sebbene, infatti, la corruzione sia punita in ogni ordinamento, è un termine i cui confini restano fortemente incerti, variando a seconda delle latitudini giudiziarie e del substrato culturale proprio di ciascun ordinamento¹⁶.

Secondo una pregevole analisi la globalizzazione ha costituito uno dei fattori primari, se non il principale, della diffusione della corruzione¹⁷. Del resto la dottrina si è sempre occupata del mercimonio delle funzioni pubbliche, ma il rinnovato interesse al fenomeno corruttivo fonda le sue origini proprio intorno alla metà degli anni '90 quando, grazie alla diffusione delle nuove tecnologie, le relazioni commerciali si espandevano entro confini spaziali e temporali indefiniti.

Inscindibilmente connesso a tale fenomeno, secondo tale teoria, e parimenti connesso alla proliferazione delle pratiche corruttive, è la creazione di imprese di dimensioni

¹⁴ L'espressione è di Hirst e Thompson, che la utilizzano per il titolo della propria opera. Hirst e Thompson, *La globalizzazione dell'economia*, Roma, 1997.

¹⁵ Si pensi alle infinite modalità di realizzazione di turbativa d'asta offerte dalle procedure telematiche ed informatiche, dall'*hackeraggio* all'accesso abusivo ad un sistema informatico.

¹⁶ Si rinvia sul punto, a mero titolo esemplificativo, alla vexata questio sulla distinzione tra corruzione e concussione ai fini della punibilità del privato, concorrente necessario o vittima, a seconda della configurazione del reato.

¹⁷ Per una completa disamina degli effetti della globalizzazione sul fenomeno corruttivo si rinvia a Mongillo V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012 p. 1 e ss. Invero, secondo l'A. "l'impatto della globalizzazione dell'economia e dei commerci ha moltiplicato le occasioni e ingigantito gli effetti delle azioni corruttive".

sovrnazionali, spesso in grado di condizionare – per le dimensioni assunte – l’economia di un intero Paese.

Lo sviluppo transnazionale delle operazioni commerciali e lo sviluppo di imprese multinazionali che accedono a capitali, forza lavoro e materie prime reperiti non più sul territorio nazionale ma mondiale, elidono infatti le possibilità di controllo da parte delle istituzioni, creando maggiori spazi di manovra e, conseguentemente, nuove opportunità di corruzione.

È in tale contesto che emergono i limiti intrinseci di una regolamentazione nazionale per fermare un fenomeno che si accinge ad assumere proporzioni sconfinata.

In conclusione si deve rilevare come l’accesso al mercato globale da parte delle imprese multinazionali abbia svolto il ruolo di cassa di risonanza per la diffusione delle pratiche corruttive visto che nel nuovo “contesto sterminato e fluttuante, privo di qualsiasi guida o supervisione politica, la corruzione diviene, inesorabilmente, il magnete dei buoni affari, con la connivenza interessata delle autorità locali”¹⁸.

Dall’analisi proposta e dalla nuova estensione assunta dalla corruzione si avvertono con evidenza i limiti e l’inefficienza di un diritto penale limitato entro i confini nazionali. La dimensione internazionale delle fenomenologie patologiche che investono il mercato globale impone oggi una nuova sfida diretta alla piena integrazione tra le legislazioni statali per individuare strategie di contrasto comuni.

Peraltro le intrinseche difficoltà di un processo di armonizzazione normativa nell’ambito del diritto penale (caratterizzato, più degli altri ordinamenti, dal principio di riserva di legge e di giurisdizione) spiegano l’attuale preferenza dei legislatori moderni verso nuovi sistemi di

¹⁸ Sul punto sia consentito nuovamente rinviare a Mongillo V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, op. cit., p. 20. Secondo l’A. da tale fenomeno discenderebbe l’ulteriore negativa conseguenza negativa del *forum shopping*. Le grandi imprese multinazionali, infatti, sono sempre più orientate a spostare la propria sede principale in Stati che prevedano sistemi giuridici “di favore”. In altri termini, la scelta della sede operativa prediligerebbe Stati membri nei quali, oltre ad un regime fiscale agevolato e una minor pressione dei sindacati, anche il sistema sanzionatorio penale appaia meno severo nei confronti degli imprenditori. È di tutta evidenza il riflesso negativo che tali prassi hanno sulla diffusione della corruzione, favorendo l’insorgenza di aree di tolleranza e di impunità rispetto a reati particolarmente odiosi e negativi per lo sviluppo della società.

prevenzione amministrativa, caratterizzati da strumenti più agili e più efficaci per garantire il controllo *ex ante* della compravendita della funzione pubblica¹⁹.

2. Il dualismo tra “diritto penale e diritto amministrativo della corruzione”: insufficienza del sistema penale

2.1. Anticipazione della soglia della punibilità: la prevenzione nel diritto penale

Dalla rapida analisi svolta emergono con chiarezza i limiti del diritto penale nell’ottica della prevenzione dei fenomeni corruttivi, intervenendo la sanzione in un momento successivo alla commissione dell’illecito.

Nonostante tali limiti il ricorso allo strumento penale è parso invero inevitabile, imponendo al legislatore di orientarsi verso scelte di politica criminale che consentissero alla macchina penale di azionarsi in tempi celeri per produrre effetti tangibili.

Tale esigenza è stata realizzata attraverso due modalità: l’anticipazione della soglia della punibilità e l’implementazione della funzione di prevenzione (generale e speciale) del diritto penale.

Nelle materie che coinvolgono beni primari la normativa penale ha infatti previsto, pur sempre nel rispetto dei principi di offensività e materialità della condotta, la punibilità di comportamenti che si pongano in contrasto con il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice pur non determinandone una lesione immediata.

Il riferimento cade immediatamente sulla punibilità del tentativo e sulle fattispecie di attentato, oltre che sulle discusse fattispecie dei reati cd. ostacolo.

Attraverso tali strumenti il legislatore ha individuato taluni beni, di particolare rilievo costituzionale e sociale (tra cui il buon andamento della p.a., minacciato gravemente dalle fattispecie di corruzione), la cui intangibilità giustificerebbe l’anticipazione delle soglie di punibilità delle condotte dirette a ledere o anche soltanto a metterne in pericolo la piena realizzazione.

¹⁹ Sul “diritto amministrativo della corruzione”, sia consentito rinviare *infra*, cap. II.

Nella galassia dei reati connessi al fenomeno corruttivo la legge ha opportunamente individuato taluni comportamenti meritevoli di sanzione penale anche nella fase antecedente alla piena consumazione dell'illecito. Si pensi alla istigazione alla corruzione, nella quale è punito colui che offre o promette denaro o altra utilità ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio per l'esercizio delle sue funzioni o (dei suoi poteri), anche laddove l'offerta o la promessa non siano accettate. È evidente come nel caso di specie l'interesse protetto dalla norma non coincide con la tutela dell'amministrazione (mancando l'accettazione da parte del funzionario – e, conseguentemente, la distorsione della funzione pubblica) bensì la punizione di condotte dirette anche soltanto ad influenzare il comportamento futuro del pubblico funzionario in occasioni analoghe. È evidente l'anticipazione della punibilità rispetto ad una fattispecie che, sebbene appaia consumata nelle intenzioni del legislatore, lede un bene giuridico difficilmente identificabile e scarsamente tangibile²⁰.

Valore pregnante sempre nell'ottica di prevenzione della corruzione estrinsecata dal diritto penale assume peraltro la nuova fattispecie del traffico di influenze illecite²¹.

La stessa struttura della fattispecie rivela le istanze anticipatorie sottese alle intenzioni del legislatore, punendo la condotta di chiunque, prima ed indipendentemente dall'accordo corruttivo col pubblico funzionario, sfrutti le relazioni esistenti con quest'ultimo e indebitamente si faccia dare o promettere denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita.

La nuova disposizione costituisce la risposta agli obblighi assunti dal legislatore interno nell'ambito delle convenzioni internazionali, in particolare della Convenzione di Merida sulla

²⁰ Appare invero che il legislatore abbia dato luogo ad una fattispecie particolarmente ampia, capace di ricomprendere tutte le condotte che non rientrino nei reati di cui agli artt. 317 e 318 e 319 *quater* c.p.. In particolare, secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità "in tema di reati contro la pubblica amministrazione, nel caso di una richiesta, anche reiterata, di denaro da parte del pubblico ufficiale, che venga comunque rifiutata, non ricorre il delitto di concussione, neppure nella forma del tentativo, ma è configurabile il reato di istigazione alla corruzione, previsto dall'art. 322, comma 4, c.p., in quanto difettano gli elementi della costrizione o induzione nei confronti del privato, prodotta dal pubblico ufficiale con l'abuso della sua qualità o dei suoi poteri". In termini v. Cass., Sez. VI, del 21 gennaio 2003, n. 11382.

²¹ La disposizione, introdotta dal legislatore con la legge anticorruzione del 2012, punisce "chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319 *ter*, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a se o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio".

corruzione del 2003. Le sollecitazioni europee sono state recepite nel senso di vigilare sulle condotte prodromiche alle intese corruttive punendo, nel rispetto dei principi del diritto penale, gli accordi diretti al “mercimonio della mediazione”.

La scelta del legislatore non è andata esente da sferzanti critiche a causa del mancato coordinamento con la fattispecie del millantato credito, in sostanza riproponendo il medesimo problema interpretativo posto dalla riforma del 2012 con riferimento ai rapporti tra concussione e induzione indebita²². Originariamente, infatti, il millantato credito veniva pacificamente assimilato alla *venditio fumi*, qualificandosi alla stregua di una *species* del delitto di truffa. Soltanto all’esito di un lungo percorso dottrinario e giurisprudenziale il fuoco della norma incriminatrice venne individuato, più che sulla natura ingannatoria della condotta, sull’idoneità ad incidere negativamente sul libero esercizio della funzione pubblica. Proprio tale evoluzione dà conto del medesimo obiettivo verso il quale tendono entrambe le fattispecie: la tutela del buon andamento e imparzialità dell’amministrazione.

Anche in tale occasione, invero, il legislatore, più che colmare un vuoto normativo, è intervenuto per punire le condotte escluse dall’alveo del millantato credito in via interpretativa dalla giurisprudenza, senza peraltro la dovuta riflessione sulle conseguenze – soprattutto processuali – derivanti dalla sovrapposizione delle due disposizioni²³.

L’inquadramento delle condotte nell’una piuttosto che nell’altra fattispecie determina effetti, soprattutto processuali, di non poco momento.

La prima differenza concerne la posizione del privato che si affidi ad un intermediario per influire sull’esercizio della funzione pubblica. Tale soggetto potrà rivestire, infatti, la qualifica

²² L’ipertrofia legislativa degli ultimi anni ha coinvolto anche il settore del diritto penale, comportando l’aumento delle fattispecie incriminatrici e sollevando complesse questioni ermeneutiche sulla sussunzione delle condotte illecite nell’una o nell’altra disposizione di legge. Di recente, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito un orientamento secondo cui “Integra il delitto di millantato credito aggravato ai sensi dell’art. 61, n. 9, c.p., e non quello di concussione, la condotta di induzione della vittima a versare una somma di denaro, realizzata dal p.u. mediante il raggio della falsa rappresentazione di una situazione di grave pregiudizio e della proposta di comprare i favori di altri ignari ed inesistenti pubblici ufficiali per ottenere un risultato a lei favorevole. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza di condanna per il delitto di millantato credito di un’assistente sociale, incaricata di redigere relazioni per la concessione di misure alternative alla detenzione, la quale, prospettando la possibilità di ottenere il predetto beneficio grazie all’interessamento di un amico poliziotto, in grado – dietro versamento di danaro – di influire sulle decisioni del Magistrato di sorveglianza, si era fatta consegnare una somma in contanti da un condannato destinatario di un ordine di carcerazione)”. In termini Cass. pen., Sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 8989.

²³ La principale innovazione in funzione di contrasto alla corruzione rispetto al millantato credito si rinviene nella punibilità di entrambi i contraenti dell’accordo illecito, sia pure con pene più lievi rispetto alla fattispecie di cui all’art. 346 c.p..

di teste soltanto nella fattispecie del millantato credito, con una sensibile semplificazione probatoria, esclusa invece nella fattispecie di nuova introduzione.

In secondo luogo, le differenze edittali sulle pene incidono sensibilmente sulla possibilità – prevista solo per la fattispecie più grave – di disporre di un fondamentale mezzo di ricerca della prova nei reati *lato sensu* corruttivi, rappresentato dalle intercettazioni, nonché della possibilità di ricorrere a misure cautelari custodiali particolarmente incisive.

Le difficoltà probatorie, sebbene non possano in alcun modo influenzare la qualificazione giuridica della fattispecie, potrebbero indurre alla formulazione di una imputazione che risenta delle difficoltà processuali (basti pensare che la nuova fattispecie introdotta dal legislatore pone un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie – che, come tale, deve essere oggetto di prova – costituito dall’esistenza delle relazioni tra l’intermediario e il funzionario pubblico da corrompere²⁴). In tal caso è evidente come l’anticipazione della tutela voluta dal legislatore debba scontare la connotazione “forte” dei rapporti tra intermediario e pubblico funzionario, al fine di rendere compatibile l’ampliamento dell’area della punibilità con i principi di offensività e meritevolezza di pena.

Tali difficoltà ermeneutiche, alla stregua di quanto avviene con riferimento ai reati di corruzione, hanno dato luogo alla creazione di “zone grigie” tra le maglie della disciplina che indeboliscono la normativa anticorruzione, favorendo prassi elusive.

La nuova previsione si inserisce così nel solco di quelle disposizioni dirette a punire anche le pattuizioni strumentali e prodromiche a fatti di corruzione²⁵. Dall’analisi svolta emerge pertanto la necessità, avvertita anche dal legislatore penale, di puntare sulla prevenzione del fenomeno corruttivo. La dimensione sistemica e la capacità di propagazione delle pratiche corruttive impongono, infatti, una scelta sinergica tra i diversi settori dell’ordinamento per elaborare una strategia unitaria di contrasto alla corruzione.

La natura anticipatoria e *lato sensu* preventiva esercitata dal diritto penale nei reati di corruzione è stata indirettamente affermata anche nella giurisprudenza della Suprema Corte

²⁴ Sul punto occorre peraltro specificare che le relazioni tra intermediario e pubblico funzionario, se non devono essere connotate da stabilità o perduranza nel tempo, devono essere tali da configurare almeno la possibilità di realizzazione del proposito criminoso.

²⁵ Per una completa analisi sulla riforma e sugli effetti delle nuove misure incriminazioni, si veda Balbi G., Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2012, p.1 ss.

di Cassazione, ove si legge che “il delitto di traffico di influenze di cui all’art. 346 *bis* c.p., così come introdotto dall’art. 1, comma 75, della l. n. 190 del 2012, è una fattispecie che punisce un comportamento propedeutico alla commissione di una eventuale corruzione e non è, quindi, ipotizzabile quando sia già stato accertato un rapporto, partitario o alterato, fra il pubblico ufficiale ed il soggetto privato”²⁶.

2.2. La tutela del buon andamento e imparzialità dell’amministrazione nasconde la funzione propulsiva del diritto penale

La forte anticipazione della tutela e l’individuazione di beni giuridici connotati da un elevato tasso di indeterminazione inducono ad interrogarsi sulla funzione effettivamente svolta dal “diritto penale della corruzione”.

Sebbene la funzione di orientamento dei consociati sia unanimemente preclusa al diritto penale, non può escludersi che attraverso la pena sia possibile indirizzare i comportamenti dei destinatari della sanzione.

Invero, le maggiori critiche rivolte alla funzione propulsiva del diritto penale concernono proprio la necessità di salvaguardare la libertà morale e di autodeterminazione dell’individuo²⁷. Il cittadino, libero di agire e svolgere qualsiasi attività che non leda o ponga in pericolo i beni giuridici tutelati dal legislatore, deve essere solo edotto della sanzione per il caso in cui ponga in essere comportamenti contrari al *pactum societatis*. Invero, la pena non deve costituire uno strumento per veicolare le condotte individuali, ma svolge una funzione punitiva soltanto successiva alla violazione del precetto penale²⁸.

D’altra parte è innegabile che (anche) tale concezione orienti le scelte del legislatore allorquando predisponga una tutela penale fortemente anticipata di beni giuridici primari.

Talune applicazioni della teoria in ambito penalistico, secondo parte della dottrina, sono già rinvenibili nel nostro ordinamento con riferimento al principio, di derivazione comunitaria, di “precauzione”.

²⁶ In termini cfr. Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11808.

²⁷ Sulla controversa capacità del diritto penale di orientare i consociati attraverso la pena si veda Fiandaca G. – Musco Diritto penale, Bologna, 2006, p. 25.

²⁸ Per le implicazioni del principio precauzionale nel diritto penale si v. Forti G., “Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss.

Nato nell'alveo delle scienze sociali, a causa della moltiplicazione delle occasioni di "rischio" derivanti dal progresso tecnologico e dalle nuove tecniche produttive, il principio di precauzione ha di recente fatto ingresso nel diritto penale.

I possibili rapporti tra principio di precauzione e diritto penale scontano la necessità che il primo non si riduca ad una mera formula vuota, individuando concretamente le modalità attraverso le quali lo stesso potrebbe intervenire, almeno in via ipotetica, a definire o ad integrare la struttura dell'illecito penale²⁹.

In ambito comunitario il principio di precauzione è ampiamente riconosciuto in materia ambientale dall'art. 191 del TFUE. Tale disposizione riconosce una tutela anticipata e rafforzata per l'ambiente – fondata sulla correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati – ove non sia possibile in via predeterminata calcolare gli effetti dannosi prodotti da una determinata condotta³⁰, tutela recepita anche dal legislatore nazionale che, nella formulazione dell'art. 3-ter del d.lgs n. 152 del 2006 (cd. Codice dell'ambiente), ricalca la normativa europea.

Il problema dell'ammissibilità delle "teorie precauzionali" nel diritto penale passa per la distinzione tra il concetto giuridico di "pericolo" e quello di "rischio".

Se invero i reati di pericolo sono tradizionalmente ammessi dalla dottrina penalistica in quanto svolgono la funzione fondamentale di punire i comportamenti diretti a porre in pericolo il bene giuridico tutelato, l'anticipazione della soglia della punibilità al mero rischio della lesione, ad avviso della dottrina tradizionale sarebbe priva di fondamento.

Il rischio, che costituisce il fondamento del principio di precauzione, coinciderebbe con un concetto astratto, non calcolabile né effettivamente preventivabile, inidoneo a fondare la categoria della punibilità nell'ottica di un diritto penale del fatto, realizzando

²⁹ Massaro A., Principio di precauzione e diritto penale: *nihil novi sub sole?*, in www.dirittopenalecontemporano.it, 2011, p. 3.

³⁰ Il secondo comma dell'art. 191 TFUE espressamente dispone che "La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga". In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione".

un'anticipazione della tutela penale eccessiva e di gran lunga superiore anche rispetto alle fattispecie di pericolo presunto o astratto.

Eppure, in un settore quale quello dei reati gravitanti intorno al fenomeno corruttivo, ove il migliore strumento di contrasto non può che individuarsi in una rivoluzione culturale che ostracizzi il ricorso alle pratiche corruttive e marginalizzi comportamenti diretti ad assicurarsi un profitto attraverso l'alterazione dei meccanismi decisionali della pubblica amministrazione (con conseguenze negative che ricadono sull'intera collettività), non può nascondersi l'importanza della funzione di orientamento che è in grado di rivestire il diritto penale. Sia pure escludendo l'ammissibilità della funzione propulsiva sottesa allo strumento penalistico deve rilevarsi l'importanza della funzione generalpreventiva che il precetto è in grado di svolgere.

La giusta dosimetria sanzionatoria, la certezza delle pene e la valorizzazione della funzione preventiva sono infatti strumenti fondamentali per indirizzare concretamente il cittadino verso i valori consacrati nel *pactum societatis*.

Pertanto, anche al fine di elidere le preoccupazioni che la sanzione penale possa sconfinare nell'illecito di mera disobbedienza, la migliore strategia di contrasto alla corruzione – avvertita perentoriamente dal legislatore con la recente legge anticorruzione del 2012 – resta la predisposizione di strumenti di prevenzione, soprattutto amministrativo.

3. I reati contro la pubblica amministrazione

3.1. I reati contro la pubblica amministrazione e il bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici

L'individuazione degli strumenti di tutela penale nella lotta alla corruzione passa per l'individuazione dei reati contro la pubblica amministrazione, cui è dedicato il titolo II del libro secondo del codice penale.

In tale settore il legislatore ha operato una classificazione in base al soggetto attivo del reato, distinguendo tra i reati contro la p.a. commessi dai pubblici ufficiali (peculato,

corruzione, concussione, induzione indebita, etc.) e dai privati (millantato credito, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti etc.).

Si tratta di un nucleo molto ampio di condotte, dirette a ledere direttamente o indirettamente il regolare esercizio della funzione pubblica e, per l'effetto, a sanzionare comportamenti in grado di influire negativamente sul buon andamento dell'amministrazione.

Nonostante l'ampiezza del catalogo dei reati contro la p.a., quelli riconducibili al fenomeno corruttivo sono molto numerosi e attingono da entrambe le categorie previste dal legislatore.

Basti pensare che tra i reati commessi dai pubblici ufficiali oltre al peculato e all'abuso di ufficio vi sono le fattispecie specifiche di corruzione, concussione e induzione indebita (come formulate all'esito della riforma del 2012), mentre tra i reati commessi dai privati si registrano, tra quelli diretti ad incidere negativamente sul libero esercizio della funzione pubblica, i delitti di millantato credito, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti *et cetera*.

Come si vede il legislatore ha posto al primo piano le esigenze statuali di tutela dell'operato dell'amministrazione, per sua natura diretta alla realizzazione di interessi della collettività.

Anche in *subiecta materia* la disciplina interna ha fortemente risentito delle sollecitazioni comunitarie, sol che si pensi alle rilevanti conseguenze derivanti dal riconoscimento – o meno – della qualifica di organismo di diritto pubblico³¹ agli enti aggiudicatori costituiti in società per azioni ed aventi, pertanto, natura tendenzialmente privatistica.

³¹ La nozione di organismo di diritto pubblico è di derivazione comunitaria – introdotta dalle direttive nn. 17 e 18 del 2004 – ed è stata recepita da legislatore nazionale dapprima nel Codice degli appalti del 2006, ed attualmente è prevista dall'art. 3, comma 1, lett d) del "nuovo" Codice dei contratti pubblici, istituito con il d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Ai sensi della disposizione richiamata, per organismo di diritto pubblico deve intendersi "qualsiasi organismo, anche in forma societaria[...], istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico."

Dall'esatta qualificazione giuridica dipende la stessa applicabilità del cd. statuto penale della pubblica amministrazione, dovendosi inoltre fare i conti con il principio di tassatività delle norme incriminatrici e con la riserva di legge "statale" che circostringe la materia penale.

Sul punto la giurisprudenza nazionale, sulla scorta dell'impostazione comunitaria tendente ad affermare la "prevalenza della forma sulla sostanza", ha adottato un criterio funzionale, diretto a verificare di volta in volta l'attività svolta dall'amministrazione. In altri termini le condotte dei dipendenti degli enti qualificati come organismi di diritto pubblico andranno soggette all'incriminazione ove pongano in essere comportamenti legati allo sviamento della funzione amministrativa nell'esercizio di attività effettivamente pubblicistiche³².

Ulteriore profilo rilevante per l'efficacia e la credibilità delle strategie sanzionatorie previste dal diritto penale nella lotta alla corruzione concerne l'esatta individuazione del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici.

In un sistema penale liberale che tenga conto dei principi fondamentali dello Stato di diritto, l'impostazione autoritaria del codice Rocco appare oltremodo inconfondibile, sancendo la punibilità anche per i comportamenti che potessero ledere la reputazione l'onorabilità dell'amministrazione e, per il tramite di essa, la dignità dello Stato.

Si tratta a ben vedere di beni giuridici del tutto effimeri e facilmente piegabili alle esigenze repressive di uno Stato autoritario, incompatibili con il dettato costituzionale. Anche per tali ragioni, la grande stagione di riforme che ha coinvolto i reati contro la pubblica amministrazione ha ripetutamente modificato le fattispecie criminose per renderle ammissibili nella logica di un diritto penale costituzionalmente orientato.

³² Invero, secondo un costante orientamento della giurisprudenza di legittimità "Al fine di individuare se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli art. 357 e 358 c.p., ha rilievo esclusivo la natura delle funzioni esercitate, che devono essere inquadrabili tra quelle della p.a. Non rilevano invece la forma giuridica dell'ente e la sua costituzione secondo le norme del diritto pubblico, nè lo svolgimento della sua attività in regime di monopolio, nè tanto meno il rapporto di lavoro subordinato dell'agente con l'organismo datore di lavoro. Nell'ambito dei soggetti che svolgono pubbliche funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale è poi riservata a coloro che formano o concorrono a formare la volontà della p.a. o che svolgono tale attività per mezzo di poteri autoritativi o certificativi, mentre quella di incaricato di pubblico è assegnata dalla legge in via residuale a coloro che non svolgono pubbliche funzioni ma che non curino neppure mansioni di ordine o non prestino opera semplicemente materiale. Integra pertanto il reato di peculato l'appropriazione dei compensi dovuti all'Ente per la fornitura di energia elettrica ad opera dell'incaricato dell'Ente alla riscossione dei suddetti pagamenti con poteri di transazione e di concessione di dilazioni nei confronti di utenti morosi e di disporre i distacchi della fornitura", cfr. Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2003, n. 11417.

In tale contesto la dottrina e la giurisprudenza hanno contribuito all'interpretazione ed individuazione del bene giuridico tutelato nei reati di corruzione, ormai definitivamente consacrato nei valori costituzionali del buon andamento e imparzialità dell'amministrazione.

Come autorevolmente evidenziato, peraltro, tali beni sono spesso soltanto richiamati alla stregua di premesse generali "lungi dall'essere effettivamente utilizzati in chiave esegetica [...] assumendo così più il significato di una mera clausola di stile"³³.

Ed infatti, sebbene definitivamente abbandonato il criterio del prestigio dell'amministrazione, devono registrarsi diverse interpretazioni che, pur riconducendo le disposizioni penali nel quadro costituzionale dettato dall'art. 97 Cost. sottoforma di tutela del buon andamento e imparzialità della p.a., vengono talvolta individuati ulteriori pretesi beni giuridici sottesi alle previsioni incriminatrici.

Secondo una prima prospettiva "vittimologia", almeno con riferimento ai reati caratterizzati dalla prevaricazione di un funzionario pubblico – come la concussione e l'induzione indebita – le disposizioni penali sarebbero poste a tutela della libertà di autodeterminazione dei privati nei rapporti con la pubblica amministrazione³⁴, evitando che la condotta illecita dei funzionari finisca per incidere negativamente sulle libertà dei cittadini.

Secondo un'altra impostazione, che valorizza la dimensione sistemica assunta dal fenomeno corruttivo, a tali reati andrebbe riconosciuta natura plurioffensiva, incidendo negativamente (oltre che sul buon andamento e imparzialità della p.a.) sulla "fiducia nella correttezza del sistema economico"³⁵. Al riguardo deve rilevarsi come i recenti studi in materia impongano di riconoscere gli ingenti effetti prodotti sull'economia nazionale dal fenomeno corruttivo, capace di sottrarre all'erario somme che si aggirano intorno ai 60 miliardi di euro annui³⁶.

Nell'ottica di un diritto penale ancorato al principio di offensività deve peraltro prendersi atto della tendenza del legislatore moderno (sottesa anche alla riforma del 2012) di garantire, attraverso il presidio penale, il regolare funzionamento dell'attività

³³ Catenacci M., *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2011, p. 9.

³⁴ Tra i principali sostenitori di questa teoria si veda Romano M., *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei privati, le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 2002.

³⁵ Tale impostazione è valorizzata da Forti U., *La corruzione del pubblico amministratore. Linee di un'indagine interdisciplinare*, Milano, 1992.

³⁶ Il dato è rilevato dal Procuratore Generale Aggiunto della Corte dei Conti, Maria Teresa Arganelli, nella sua relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, reperibile *online* sul sito www.corteconti.it.

amministrativa. La nuova fattispecie di corruzione per l'esercizio della funzione slegata dalla commissione di uno specifico atto amministrativo, in uno alla punibilità anche della corruzione impropria susseguente, sono chiari indici del fatto che le fattispecie in esame tutelano non solo l'attività amministrativa in senso stretto, ma anche quella legislativa e giudiziaria, ovvero siano dirette a tutelare il libero e corretto esercizio dell'attività amministrativa.

Non potendo, peraltro, in questa sede passare in rassegna tutte le disposizioni incriminatrici dei reati contro la p.a., si limiterà l'analisi a quelle fattispecie che più direttamente incidono sull'esercizio della funzione amministrativa e, pertanto, inscindibilmente connesse alle strategie di contrasto al fenomeno corruttivo.

3.2 La "nuova" differenza tra corruzione e concussione e recenti proposte di riforma

Tra gli aspetti più controversi scaturiti dalla riforma del 2012 vi è senz'altro quello concernente l'individuazione dell'ambito di applicazione delle nuove fattispecie della concussione per costrizione, e induzione indebita a dare o promettere utilità.

Invero, l'esigenza di distinguere le fattispecie legate alla compravendita della funzione pubblica si era posta anche in epoca antecedente la riforma, con riferimento all'individuazione dei labili confini tra le ipotesi di concussione e corruzione.

L'esatta individuazione delle fattispecie determinava conseguenze processuali di non poco rilievo: nel primo caso il privato doveva considerarsi vittima del reato di concussione, e pertanto andava escluso dalla sfera della punibilità; dalla configurazione del reato di corruzione, invece, discendeva la punibilità della promessa o offerta di denaro o altra utilità, includendosi la condotta del privato tra quelle incriminate dall'art. 318 c.p..

Tra le prime elaborazioni dottrinali in materia emerse un'impostazione che fondava la distinzione tra i due reati in base al criterio dell'iniziativa. Secondo tale orientamento, nel caso in cui la dazione o la promessa di denaro (o altra utilità) fosse stata avanzata dal privato si versava inequivocabilmente nell'ambito della corruzione, dovendosi invece configurare il delitto di concussione ogni qualvolta l'iniziativa fosse riconducibile al pubblico ufficiale. Tra le principali critiche mosse a tale ricostruzione vi è stata quella per cui si finiva col valorizzare

uno soltanto degli aspetti delle condotte illecite³⁷, omettendo di tenere in considerazione il principale elemento caratterizzante la fattispecie concussiva, costituito dalle indebite pressioni esercitate dal pubblico ufficiale.

Registrando le critiche della dottrina, altra parte della giurisprudenza propose di adottare un criterio di natura soggettiva, diretto a verificare la sussistenza in capo al privato del cd. *metus publicae potestatis*, ovvero del timore di possibili ripercussioni dinanzi al rifiuto opposto al pubblico funzionario. Secondo la nuova impostazione, infatti, mentre nella corruzione il privato agirebbe su un piano di parità, la stipula dell'accordo illecito nella concussione sarebbe dettata dal timore o dalla paura di ritorsioni che riducono nel privato, fino a farla scemare del tutto, la capacità di autodeterminazione.

Le incertezze interpretative si sono ulteriormente acuite con l'entrata in vigore della legge anticorruzione, l. n. 190 del 2012, che ha determinato il cd. spacchettamento della concussione, nelle forme induttive e costrittive, inducendo la giurisprudenza a sottoporre i diversi orientamenti al vaglio delle Sezioni Unite.

Come rivelato nell'ordinanza di rimessione³⁸, nella giurisprudenza di legittimità formatasi nel solco della nuova disciplina si registravano tre diversi orientamenti.

Secondo una prima impostazione, fedele all'elaborazione giurisprudenziale antecedente alla riforma, la differenza tra le fattispecie andrebbe ricercata nella capacità di autodeterminazione che residua al privato all'esito delle pressioni esercitate dal pubblico funzionario.

La costrizione, elemento caratterizzante la fattispecie di cui all'art. 317 c.p., andrebbe ravvisata nel comportamento del pubblico ufficiale che, abusando delle proprie qualità o funzioni, ingenera nel privato il timore di ritorsioni tale da limitare gravemente la libertà di determinazione dello stesso. La concussione mediante induzione, o induzione indebita a dare o promettere utilità, deriverebbe, invece, da forme più moderate di esortazioni, provenienti anche dall'incaricato di pubblico servizio, inidonee ad elidere del tutto la libertà

³⁷ In tal senso si esprime Romano M., Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite, op. cit., p. 162. Secondo l'A. tale orientamento, se da un lato offrirebbe una sensibile semplificazione in sede processuale, dall'altro condizionerebbe l'inquadramento giuridico delle fattispecie alla casualità della "prima mossa" posta in essere dal privato o dal pubblico ufficiale.

³⁸ Cfr. Cass., Sez. VI, 9 maggio 2013, n. 20430.

di valutazione del privato, il quale, scegliendo consapevolmente di aderire al *pactum sceleris*, da vittima assumerebbe le vesti di corruttore³⁹.

Secondo una diversa ricostruzione ermeneutica dalla giurisprudenza di legittimità "la linea di discriminazione tra le due ipotesi delittuose risiederebbe, invece, nell'oggetto della prospettazione: danno ingiusto e *contra ius* nella concussione; danno legittimo *secundum ius* nella fattispecie dell' articolo 319 *quater* cp"⁴⁰. Tale impostazione derivava dal convincimento secondo il quale il reato di cui all'articolo 317 c.p. si fonderebbe su una intimidazione del pubblico ufficiale, intesa come minaccia di un male ingiusto e notevole, al fine di ottenere indebitamente denaro o altra utilità; mentre nell'induzione indebita la prospettazione del pubblico funzionario consisterebbe in una conseguenza dannosa non contraria alla legge, il privato determinandosi all'accordo illecito in assenza di costrizione ed in vista della realizzazione di un interesse personale.

Il terzo orientamento giurisprudenziale individuava il discriminante tra le fattispecie proprio in virtù dell'interesse che indurrebbe il privato alla conclusione dell'accordo illecito.

Al soggetto che si trovi dinanzi all'alternativa tra acconsentire alla pretesa illecita oppure subire un danno ingiusto non residua un effettivo margine di scelta (*certat de damno vitando*), assumendo così le vesti di vittima del reato di concussione. Diversamente, nella fattispecie di cui all'art. 319 *quater* c.p., residuando una sia pur limitata capacità di autodeterminazione in capo al privato, indotto alla stipulazione del *pactum sceleris* in vista di un'utilità ricavabile dall'accordo, assume natura pregnante ai fini della qualificazione giuridica l'interesse che spinge il privato ad assecondare le richieste del pubblico funzionario (*certat de lucro captando*)⁴¹.

Il contrasto giurisprudenziale, come anticipato, è stato risolto – non senza riserve da parte della dottrina – dalle Sezioni Unite della Cassazione che, rilevando la necessità di un'analisi che tenga conto delle specificità del caso concreto e della necessità di utilizzare i criteri di valutazione del danno antigiuridico e del vantaggio indebito “nella loro operatività dinamica

³⁹ Sulla scorta delle precedenti considerazioni la giurisprudenza di legittimità ha individuato “nell'intensità della pressione prevaricatrice, non disgiunta dai conseguenti effetti che spiega sulla psiche del destinatario” il criterio distintivo tra la concussione per costrizione e l'induzione indebita a dare o promettere utilità. *Ex pluris* si veda Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 12373.

⁴⁰ In questi termini, v. *ex pluris* Cass. Sez. VI, 27 marzo 2013, n. 26285.

⁴¹ In tal senso si è espressa di recente Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 11944.

all'interno della fattispecie concreta", hanno individuato nell'esistenza o meno di un rapporto paritario tra le parti e nella capacità di incidere sulla libera determinazione del privato attraverso condotte prevaricatorie i tratti caratterizzanti il discrimine tra le fattispecie⁴².

Proprio al fine di superare le incertezze normative originate dalle nuove fattispecie incriminatrici, da più parti è stata sollecitata una nuova riforma dei reati contro la pubblica amministrazione. In particolare, acquistano terreno le cd. teorie unitarie, già avanzate negli anni '90 con il noto "Progetto Cernobbio", dirette a creare una fattispecie omnicomprensiva del reato di corruzione. Del resto, come si avrà modo di rilevare nel prosieguo della trattazione, la concussione costituisce una fattispecie di reato tipicamente italiana, non presente in tutti gli ordinamenti continentali, ben potendo rientrare le relative condotte realizzate mediante costrizione tra le forme aggravate di estorsione⁴³.

3.3. Il sindacato del giudice penale sugli atti discrezionali

Alla base della prima riforma dei reati contro la pubblica amministrazione vi era, ed era già allora fortemente sentita, la necessità di rivedere i limiti del sindacato del giudice penale sugli atti discrezionali della pubblica amministrazione.

La questione ha radici storiche lontane, trovando la sua genesi nel pensiero liberale degli Stati moderni, ed in particolare nel primato della legge. Il principio del bilanciamento dei

⁴² In virtù del contrasto giurisprudenziale sorto all'esito della riforma del 2012 le Sezioni Unite della Cassazione hanno enunciato il seguente principio di diritto: "il reato di cui all'articolo 317 c.p. è designato dall'abuso costrittivo del pubblico ufficiale, attuato mediante violenza o – più di frequente – mediante minaccia, di un danno *contra ius*, da cui deriva una grave limitazione, senza tuttavia annullarla del tutto, della libertà di autodeterminazione del destinatario, che senza alcun vantaggio indebito per sé, è posto di fronte all'alternativa secca di subire il male prospettato o di evitarlo con la dazione o la promessa dell'indebito"; mentre la nuova fattispecie di induzione indebita è caratterizzata "dall'abuso induttivo del pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio, vale a dire da una condotta di persuasione, di suggestione, di inganno (purché quest'ultimo non si risolva in un'induzione in errore sulla doverosità dell'azione), di pressione morale, con più tenue valore condizionante la libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale, il che lo pone in una posizione di complicità col pubblico agente e lo rende meritevole di sanzione". In dottrina tale decisione ha destato forti perplessità per il mancato raggiungimento dell'obiettivo di fornire parametri certi di individuazione delle differenze tra le fattispecie di cui agli artt. 317, 318 e 319 *quater* c.p.. In tali termini v. Cass., Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228, con commento di Seminara S., in *Diritto penale e processo*, 5, 2014, 563 ss.

⁴³ Sul punto, sia consentito rinviare *infra*, par. 5.

poteri e la subordinazione degli atti dell'Esecutivo alla legge implicano un controllo di legalità che negli ordinamenti democratici spetta all'Autorità giudiziaria.

Tale meccanismo di controllo determina però un contrasto nei casi in cui sia lo stesso potere legislativo – cui evidentemente anche i giudici sono sottoposti, ex art. 101 Cost. – ad attribuire la realizzazione dell'interesse pubblico in via esclusiva all'amministrazione, creando un punto di frizione con la funzione di controllo conferita al potere giurisdizionale.

A ben vedere, inoltre, il tema del sindacato giudiziale sugli atti dell'amministrazione deve essere analizzato sotto un duplice angolo prospettico. In primo luogo con riferimento al potere del giudice penale di disapplicazione dell'atto illegittimo, previsto dagli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso, l. 20 marzo 1865, n. 2248 e, una volta ammesso, con riferimento all'ampiezza del sindacato.

Il generico riferimento al giudice ordinario contenuto nelle suddette disposizioni ha alimentato il contenzioso interpretativo circa la possibilità, anche per il giudice penale, di provvedere alla disapplicazione. In origine il problema si è posto soprattutto con riferimento alle concessioni edilizie (originariamente) rilasciate dall'amministrazione e successivamente dichiarate illegittime.

In tali casi, infatti, un primo orientamento giurisprudenziale equiparava i lavori eseguiti in virtù del provvedimento illegittimo ai lavori eseguiti in assenza del titolo, con la conseguenza di incriminare le condotte di colui che – pur avendo ottenuto un provvedimento dichiarato illegittimo ex post – avesse iniziato o ultimato i lavori.

Tale impostazione suscitò forti perplessità nella dottrina più avveduta, che evidenziò come la disapplicazione dell'atto illegittimo da parte del giudice penale finiva col risolversi in una retroattività in *malam partem* della norma penale. Invero, la disapplicazione della concessione illegittima consentiva alla giurisprudenza di qualificare come illecita *ex-post* una condotta originariamente posta in essere sulla base di un titolo rilasciato dalla stessa amministrazione.

Preso atto delle criticità di tale orientamento la giurisprudenza più recente, a partire dalla nota sentenza delle Sezioni Unite del 17 febbraio 1987, n. 3, ha ridefinito i limiti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi. Secondo la nuova impostazione il

giudice penale può conoscere della legittimità dell'atto soltanto al fine di verificare la sussistenza di tutti gli elementi tipici della fattispecie di reato. Il sindacato giudiziale, infatti, non può estendersi fino a doppiare le valutazioni già effettuate dalla pubblica amministrazione, ma deve (trattandosi, in realtà, di un potere-dovere) giungere alla disapplicazione degli atti amministrativi solo se esplicitamente prevista dal legislatore ovvero laddove l'illegittimità dell'atto costituisca elemento essenziale della fattispecie criminosa.

Ma, come anticipato, il principale problema interpretativo su cui verte l'indagine sul sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi concerne la possibilità – e l'ampiezza – della verifica in via principale sulla legittimità dell'atto, al fine di accertare se nella condotta di chi lo abbia posto in essere sia ravvisabile un fatto descritto come criminoso da una norma penale⁴⁴.

Con particolare riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione i maggiori problemi interpretativi si sono posti in relazione al peculato per distrazione e alle fattispecie caratterizzate da condotte di abuso, come per il caso della concussione. In queste ipotesi occorre individuare l'esatta misura della verifica consentita al giudice penale, senza che la stessa travalichi i limiti del potere giurisdizionale andando a ledere l'autonomia dell'azione amministrativa.

Avendo il legislatore individuato nel giudice l'Autorità preposta al controllo ed al rispetto della legge, secondo un primo orientamento ne deriverebbe che tutti i vizi degli atti amministrativi dovrebbero poter essere sindacati senza eccezioni, sia che si tratti di vizi di legittimità, sia di merito. Altro orientamento evidenzia la contraddizione insita in questo ragionamento. Invero, secondo quest'impostazione un sindacato del giudice penale che si estenda al merito degli atti amministrativi non sarebbe altro che una valutazione degli interessi pubblici nuova, rispetto a quella originaria posta in essere dalla pubblica amministrazione. I sostenitori di tale impostazione rinvennero un'argomentazione di diritto positivo a sostegno della tesi nell'articolo 2 della legge abolitrice del contenzioso, che vieta ogni ingerenza del giudice sugli atti devoluti all'autorità amministrativa⁴⁵.

⁴⁴ In questi termini si esprime Contorno G. nella relazione "Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali", raccolta nei *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, del 19-21 maggio 1989.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 2, l. 2248 del 1865 "Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa

Deve peraltro darsi atto di un'ulteriore e condivisibile impostazione dottrina secondo la quale il sindacato del giudice non andrebbe definito una volta per tutte, ma la sua ampiezza andrebbe fatta dipendere dalla fattispecie concreta portata alla sua attenzione: mentre vi sono fattispecie nelle quali il giudice si deve limitare a verificare la provenienza dell'atto dell'autorità competente, ve ne sono altre in cui il proprio sindacato potrebbe spingersi verso un'indagine molto più approfondita⁴⁶.

In conclusione deve rilevarsi come il problema del sindacato del giudice penale sugli atti dell'amministrazione si risolve nella difficoltà di trovare un punto di equilibrio nel complesso rapporto tra giudice penale e pubblica amministrazione.

In altri termini occorre evidenziare che il compito del giudice penale non può e non deve essere quello di ripercorrere le valutazioni operate dall'amministrazione per la migliore realizzazione dell'interesse pubblico, perché in tal caso travalicherebbe i poteri che l'ordinamento gli attribuisce. Il sindacato deve rimanere esterno all'atto amministrativo, nel senso che compito del giudice deve essere quello di indagare che l'amministrazione abbia effettivamente operato una valutazione dell'interesse pubblico, oltre a verificare se tale valutazione e gli strumenti predisposti per la soddisfazione dell'interesse non siano manifestamente illogici o errati⁴⁷.

4. Il rapporto tra corruzione e criminalità organizzata

Se è vero che la distorsione del sistema amministrativo attraverso la compravendita della funzione pubblica è un fenomeno che riguarda l'intero sistema nazionale e sopranazionale, non essendo di per sé legato alla sussistenza di forme di criminalità organizzata, emerge un dato preoccupante di connessione: laddove vi siano territori ad alta densità criminale, la

essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa".

⁴⁶ Per una compiuta disamina della tesi sia consentito rinviare nuovamente a Contento G., Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali, op. cit.. L'A. porta ad esempio la fattispecie di cui all'articolo 650 del codice penale evidenziando come cambi l'ampiezza del sindacato del giudice penale sull'inadempienza agli ordini dell'Autorità a seconda dell'impostazione che individua il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice nella immediata esecuzione degli ordini amministrativi o nella tutela dei cittadini contro gli ordini arbitrari della pubblica amministrazione.

⁴⁷ In termini si veda Caravita di Torritto B., nella relazione "La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale" raccolta nei *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, del 19-21 maggio 1989.

corruzione diventa uno strumento utilizzabile per accrescere la pressione mafiosa, inquinando gli atti delle amministrazioni pubbliche⁴⁸.

Gli ingenti capitali illeciti riversati nel settore degli appalti pubblici hanno sensibilmente incrementato le occasioni di contatto tra criminalità organizzata e funzionari pubblici, favorendo il diffondersi del fenomeno corruttivo.

La facilità con la quale le organizzazioni criminali riescono a dotarsi di risorse economiche rappresenta, invero, uno dei principali fattori di connessione con il fenomeno corruttivo.

Il denaro proveniente dal traffico di stupefacenti e dalle altre attività delittuose dell'associazione costituisce una risorsa fondamentale per "investire" nelle relazioni col potere pubblico e garantisce un doppio risultato. Il pagamento di tangenti, infatti, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, se da un lato assicura la vittoria della gara e l'assegnazione dei lavori, dall'altro consente di ripulire denaro di provenienza illecita altrimenti inutilizzabile. I proventi delle gare andranno poi ad alimentare il circolo vizioso, incrementando il patrimonio delle associazioni criminali e accordando loro una ulteriore capacità di contrattazione con i funzionari disonesti.

La connessione tra i due fenomeni è stata peraltro sottovaluta fin quando, all'indomani della stagione (della realizzazione) delle grandi opere pubbliche, la malavita organizzata operò un radicale cambiamento nelle strategie delittuose, passando da logiche intimidatorie ad una vera e propria logica del profitto, indirizzando le proprie mire verso i grandi capitali pubblici statali ed europei.

Le ingenti somme di denaro stanziato per la realizzazione delle opere pubbliche costituirono un obiettivo primario per le organizzazioni criminali, cui risultava più favorevole – oltre che meno pericoloso – mirare all'aggiudicazione di gare ed appalti, piuttosto che ai proventi derivanti da attività delittuose come le estorsioni o l'usura.

Fu per tali ragioni che le grandi organizzazioni criminali non disdegnarono di impegnare la grande liquidità di cui disponevano in attività commerciali e imprenditoriali, costituendo società nei principali settori dell'economia nazionale (dall'edilizia alla sanità, passando per i

⁴⁸ In tali termini si esprime Manganaro F., *Corruzione e criminalità organizzata*, in *L'area grigia della ndrangheta*, 2012, p. 119 ss.

rifiuti ospedalieri), al fine di potersi interfacciare lecitamente con le amministrazioni aggiudicatrici⁴⁹.

Per tali società restava però il problema di utilizzare le risorse senza destare sospetti sulla loro provenienza illecita. Certamente tali somme non potevano essere iscritte nei bilanci delle società né figurare tra le poste attive degli esercizi annuali, ma furono ugualmente utilizzate per soddisfare le pretese illecite dei funzionari disonesti, alimentando un mercato delle funzioni pubbliche che, fondandosi sull'omertà dell'accordo corruttivo, sarebbe emerso soltanto a distanza di anni, quando il sistema dell'economia nazionale era stato già fortemente compromesso.

Ulteriore elemento di contatto con la criminalità organizzata, in un periodo storico nel quale la corruzione stava assumendo una dimensione "sistemica" nel tessuto sociale, è dato dall'indebolimento dell'etica pubblica.

In tale contesto l'amministratore non ha vergogna di ricevere tangenti o farsi comprare nell'espletamento della funzione pubblica, giustificando il proprio comportamento alla luce di una prassi generalizzata.

Tali condotte, per i costi diretti e riflessi che producono sull'efficienza del sistema amministrativo, minandone la stessa credibilità, favoriscono un clima di tendenziale diffidenza e sfiducia dei cittadini nei confronti dell'amministrazione e, conseguentemente, costituiscono terreno fertile per il proliferare di ulteriori pratiche corruttive.

Nasceva in questo modo una nuova criminalità organizzata che, puntando sulla minore formazione etica dei pubblici funzionari e attraverso la costituzione di società per mezzo delle quali veicolare i fondi neri dei clan con cui pagare i funzionari che si lasciavano corrompere, riusciva ad affacciarsi al mondo dei contratti pubblici con occasioni di guadagno molto più convenienti.

⁴⁹ Nella Risoluzione EU del 23 ottobre 2013 sulla "criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro" il Parlamento europeo definisce il "carattere dell'imprenditorialità come uno dei più importanti tratti delle organizzazioni criminali moderne, con forme di azione fortemente orientate al soddisfacimento della domanda di mercato di beni e servizi, altamente cooperative con altre realtà criminali e non, e col continuo oscillare tra la dimensione apparentemente lecita delle attività svolte, le modalità corruttive e intimidatorie e i fini illeciti portati avanti (ad esempio il riciclaggio di denaro)".

Per tali ragioni appare sempre più evidente che un'efficace strategia di contrasto alla corruzione debba passare per una rivoluzione culturale che ponga in primo piano l'etica pubblica e che si affidi a strumenti di prevenzione prima che di repressione.

Proprio la proliferazione del fenomeno corruttivo, contestualmente all'affermazione della nuova criminalità organizzata in forma d'impresa, ha indotto il legislatore ad analizzare i due fenomeni, per lungo tempo presi in considerazione separatamente, sotto un profilo unitario.

4.1 Similitudini tra logiche di contrasto alla corruzione e legislazione antimafia.

Il *trend* normativo degli ultimi anni sembra riconoscere, nella lotta alla corruzione, un ruolo sempre crescente alle sanzioni economiche e amministrative.

Sebbene il terreno di elezione del contrasto all'illegalità – sia nell'ambito delle organizzazioni criminali che in quello dei reati contro la pubblica amministrazione – sia stato per anni individuato nel diritto penale, si assiste oggi ad una diversa modulazione delle sanzioni. Il legislatore ha infatti preso atto della maggiore efficacia deterrente, almeno nei crimini essenzialmente diretti alla realizzazione di un profitto – talvolta di enormi proporzioni, basti pensare ai proventi del traffico di stupefacenti o relativi all'esecuzione di appalti truccati – delle sanzioni pecuniarie, dirette a neutralizzare i vantaggi economici del reato.

Oggi non può nascondersi come anche la criminalità organizzata abbia assunto i contorni di una vera e propria criminalità d'impresa (fondata sul profitto, prima ancora che sull'intimidazione) in cui gli associati hanno assunto la veste di soggetti operanti sul mercato⁵⁰. Tali soggetti riescono inoltre ad offrire condizioni persino più vantaggiose rispetto ai *competitors*, perché in grado di contare sui fondi potenzialmente illimitati dell'associazione e sull'intimidazione camorristica. In tale contesto il legame col fenomeno corruttivo appare evidente: gli imprenditori legati direttamente o indirettamente alle associazioni criminali, contando sull'appoggio delle stesse e attraverso una serie di reati finanziari (omesso versamento dell'IVA, emissione di false fatture, falso in bilancio, etc.), riescono a dotarsi di fondi occulti che costituiscono le principali sacche dalle quali attingere

⁵⁰ In tale ottica emerge la connotazione prevalentemente economica dei reati contro la pubblica amministrazione, in particolar modo delle fattispecie corruttive. In tal senso vedere Forti U., *La corruzione del pubblico amministratore. Linee di un'indagine interdisciplinare*, Milano, 1992, p. 80.

per alimentare il fenomeno corruttivo. Il fine ultimo di questa strategia criminale consiste pertanto nella generazione di ulteriori profitti, da investire per accrescere il ciclo produttivo.

È perciò su tale aspetto, oltre che sull'implementazione delle pene che incidono sulla libertà personale⁵¹, che deve fondarsi un sistema efficiente ed efficace di contrasto ai due fenomeni menzionati.

Si discute oramai da anni, sia con riferimento alla criminalità organizzata che ai reati di natura economica connessi al fenomeno corruttivo, di calibrare le punizioni dei condannati per associazione per delinquere all'entità dei profitti conseguiti dall'attività criminosa⁵² in modo da rendere svantaggioso – anche economicamente – il ricorso al reato.

Tra le misure di contrasto comuni ai due fenomeni criminali il legislatore ha predisposto in primo luogo la confisca. Pur brevemente, prima di analizzare la disciplina dello strumento ablatorio, deve evidenziarsi il dibattito registratosi recentemente in dottrina e giurisprudenza – anche in ambito comunitario – circa la natura giuridica dell'istituto.

L'istituto della confisca, previsto a livello di disciplina generale dall'art. 240 c.p., rientra nel titolo VIII del libro I del codice penale, intitolato "Delle misure amministrative di sicurezza". Nonostante la chiara scelta ermeneutica operata dal legislatore, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sull'effettiva natura giuridica ricoperta dall'istituto⁵³.

Secondo un primo orientamento la confisca avrebbe, invero, carattere prevalentemente repressivo, ed alla stessa andrebbe riconosciuto il carattere di pena accessoria, o ancora di sanzione civile del processo penale, mentre non è mancato chi abbia rilevato la natura di sanzione del tutto *sui generis*.

⁵¹ L'inasprimento delle pene, sia pure utile nell'ottica di adeguare il disvalore sociale del fatto alla gravità assunta dal fenomeno corruttivo, ha un'efficacia deterrente sempre limitata. Nonostante tali controindicazioni il legislatore è intervenuto di recente, anche all'esito delle inchieste giudiziarie sull'aggiudicazione delle grandi opere pubbliche, ad innalzare le cornici edittali per i reati gravitanti nell'orbita della corruzione.

⁵² Si pensi alla questione della depenalizzazione delle droghe leggere, anche al fine di sottrarre alle mafie gli ingenti flussi di denaro che ne derivano, come strumento di contrasto alla corruzione.

⁵³ I dubbi ermeneutici avanzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti sono derivati dall'assenza dei presupposti, tipici delle misure di sicurezza, della pericolosità sociale del reo e, talvolta, anche della pericolosità della cosa, come per il caso della confisca facoltativa e della confisca obbligatoria del prezzo del reato.

La questione venne sottoposta anche alle Sezioni Unite che, già in tempi risalenti, avevano escluso la natura di sanzione penale della confisca, riconducendola al *genus* delle sanzioni amministrative, a metà strada tra la sanzione penale ed un provvedimento di prevenzione⁵⁴.

I contrasti interpretativi risalgono peraltro alla nota sentenza Occhipinti della Quinta Sezione della Corte di Cassazione del 13 novembre 2012, n. 14044, che, indipendentemente dalla collocazione normativa dell'istituto nell'ambito delle misure di sicurezza, affermava la natura oggettivamente sanzionatoria della confisca.

La questione è stata quindi portata nuovamente all'attenzione delle Sezioni Unite nel 2014, le quali – nell'ambito di un giudizio diretto a decidere sulla portata retroattiva o meno della misura ablatoria – hanno confermato la natura preventiva della confisca disciplinata dagli articoli 16 ss. del Codice antimafia⁵⁵.

Dato conto del dibattito, mai completamente sopito, sulla natura giuridica e sulla qualificazione che la giurisprudenza prevalente attribuisce alla confisca, occorre ora soffermarsi sulla funzione dell'istituto, individuato dal legislatore come strumento primario di contrasto alla corruzione ed alla criminalità organizzata.

In materia di reati connessi alla corruzione è espressamente codificata un'ipotesi di confisca obbligatoria per i beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto. Ai sensi dell'art. 322 *ter* c.p. la misura scatta nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320 c.p..

Analogamente e con riferimento alla confisca antimafia, la finalità principale dello strumento ablatorio è quella di rimuovere dal circuito economico beni che siano frutto di attività illecite e di contiguità mafiosa.

⁵⁴ In base all'orientamento prevalente, la confisca *ex art. 2 ter*, l. 575 del 1965 "non ha un carattere sanzionatorio di natura penale, nè quello di un provvedimento di prevenzione, ma va ricondotta nell'ambito di quel "*tertium genus*" costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240 c.p., comma 2" cfr. Cass. pen., sez. un., 3 luglio 1996 n. 18.

⁵⁵ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880.

Proprio tale finalità ha indotto il legislatore ad introdurre nel nostro ordinamento una cospicua serie di ipotesi di confisca che, pur producendo i medesimi effetti, si distinguono per presupposti e finalità. I diversi strumenti ablatori previsti dalla legislazione antimafia che si sono susseguiti nel corso degli anni possono così suddividersi: la confisca quale misura di sicurezza (art. 240 c.p.) la confisca sanzionatoria (art. 416 bis comma 7 c.p.⁵⁶ e 12 *sexies* D.l. 306/92⁵⁷) e la confisca di prevenzione⁵⁸ (art. 24, d.lgs. 159/11 recante il nuovo codice antimafia e delle misure di prevenzione)⁵⁹.

L'elevato ricorso agli strumenti ablatori nella lotta alle mafie e la copiosa stratificazione legislativa – non sempre frutto di attenta coordinazione con le norme preesistenti – hanno determinato la complessità di un quadro normativo che andrebbe certamente semplificato, soprattutto alla luce delle determinazioni della giurisprudenza comunitaria.

Ulteriore punto di contatto nella strategia sanzionatoria comune adottata dal legislatore per i reati di corruzione e criminalità organizzata è rappresentato dal tentativo di spezzare il legame tra i concorrenti nel reato attraverso l'offerta di benefici e misure premiali.

Sul punto appare felice la scelta del legislatore di condizionare la concessione della sospensione condizionale della pena alla riparazione pecuniaria per i condannati per reati di corruzione, alla stessa stregua delle norme premiali previste per i collaboratori di giustizia. Del resto la funzione è analoga: come l'accesso ai benefici di legge per i condannati per associazione camorristica è subordinato alla dimostrazione della recisione del vincolo solidaristico e dalla collaborazione effettiva con la giustizia, così nell'istituto di cui al novellato art. 165 c.p. si subordina la possibilità di accedere alla sospensione condizionale

⁵⁶ La disposizione in parola stabilisce che “Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego”.

⁵⁷ Ai sensi del primo comma dell'art. 12 *sexies*, d.lg. 306/92, nel caso di condanna o sentenza di patteggiamento per uno dei reati indicati dalla disposizione “nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego”.

⁵⁸ Il primo comma della disposizione indicata espressamente prevede che “il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”.

⁵⁹ A tali previsioni deve aggiungersi la confisca dei profitti relativi a determinati reati commessi dai rappresentanti delle persone giuridiche a vantaggio o nell'interesse dell'ente, espressamente prevista dagli artt. 19 e 24 *ter*, comma 1, d.lgs. 231/2001, su cui ci si soffermerà diffusamente nel prosieguo della trattazione.

all'integrale riparazione economica del danno cagionato all'amministrazione dal funzionario corrotto. Analogamente, con riferimento ai reati di corruzione, il nuovo art. 323 *bis* c.p. prevede sensibili riduzioni di pena per il corrotto o corruttore che denunci il patto corruttivo, dimostrando un'effettiva collaborazione con la giustizia e consentendo l'emersione dell'ingente cifra nera della corruzione.

Invero, com'è stato autorevolmente notato, "il legislatore ha importato nell'ambito della corruzione modelli di norme premiali già presenti nel sistema in tema di criminalità organizzata"⁶⁰.

È proprio la logica diretta ad incrinare il legame di solidarietà tra le parti che rivela le similitudini tra le strategie di contrasto alla corruzione e alla criminalità organizzata, nella prima, attraverso la denuncia dell'accordo corruttivo, nella seconda, attraverso strumenti diretti a favorire la collaborazione degli ex associati. Attualmente tutti i moderni sistemi di diritto penale, anche rinunciando – non senza riserve morali – al rigore assoluto del trattamento sanzionatorio, prevedono trattamenti di favore e benefici processuali nei confronti di chi si adopera per elidere le conseguenze dannose del reato e collabori efficacemente con la giustizia. Tali strumenti rappresentano uno sconto da pagare per far emergere e debellare le piaghe ormai dilaganti della corruzione e della criminalità organizzata.

4.2 Criminalità organizzata ed Unione europea

La preoccupante connessione tra criminalità organizzata e corruzione è stata, soltanto in tempi recenti, avvertita anche in ambito comunitario.

Nella relazione della Commissione Europea di Bruxelles del 2008, infatti, tra i principali temi indagati vi è l'analisi delle nuove strategie della criminalità organizzata che sempre più spesso preferisce ricorrere alla corruzione piuttosto che ad altri strumenti a sua disposizione, come l'intimidazione e la violenza, per raggiungere i suoi obiettivi. Ciò che viene evidenziato è in primo luogo il dato della sottovalutazione della connessione tra i fenomeni criminali,

⁶⁰ In questi termini v. Pelissero M., in *Trattato di diritto penale*, Reati contro la pubblica amministrazione, Napoli, 2015, p. 9.

indagato per la prima volta in sede comunitaria soltanto negli anni '90, a seguito dell'interessamento dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa.

Proprio a seguito della rinnovata attenzione dedicata al fenomeno, il Parlamento europeo nel 2012 ha istituito la CRIM⁶¹ (Commissione europea sulla criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro), con le funzioni di proporre misure adeguate che consentano all'Unione di prevenire e contrastare le minacce, a livello internazionale europeo e nazionale, della corruzione e della criminalità organizzata.

Nella Risoluzione del 23 ottobre 2013 sulla "criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro" il Parlamento europeo – facendo proprie le analisi della CRIM – rilevava il preoccupante dato del progressivo ampliamento del raggio di azione delle organizzazioni criminali favorite, oltre che dalla globalizzazione economica e dalle nuove tecnologie, "dalla capacità di infiltrazione delle organizzazioni criminali in molti settori, la maggior parte dei quali è soggetta al controllo della pubblica amministrazione".

L'analisi si concentra soprattutto sul rapporto tra corruzione e criminalità organizzata, considerate minacce gravi in termini di costi per l'intera economia dell'Unione Europea.

Particolare preoccupazione desta anche il crescente fenomeno della corruzione di funzionari pubblici, anche stranieri⁶², che per la criminalità organizzata "è funzionale ai propri traffici illeciti nella misura in cui essa permette, fra l'altro, di accedere ad informazioni riservate, ottenere documenti falsi, pilotare i procedimenti di evidenza pubblica, riciclare i propri proventi ed eludere le azioni di contrasto da parte dell'autorità giudiziaria e di polizia".

Invero, uno dei fattori che rendono particolarmente insidiosa la corruzione, soprattutto nell'ambito della criminalità organizzata, è dato dalla capacità delle organizzazioni criminali di inserirsi in zone grigie di collusione con altri soggetti apparentemente estranei alla

⁶¹ La Commissione, istituita nel marzo 2012, a seguito dell'approvazione della Risoluzione del Parlamento Europeo sul crimine organizzato del 25 ottobre 2011, sottolinea come le mafie e i sistemi criminali rappresentino una concreta minaccia per la sicurezza e la libertà dei cittadini europei, temi che in tal modo vengono inseriti tra le priorità dell'agenda UE e degli Stati membri. La Commissione svolge la precipua funzione di analizzare e valutare l'entità della criminalità organizzata, della corruzione e del riciclaggio di denaro negli Stati membri ed il loro impatto sull'Unione, al fine di proporre misure adeguate che consentano all'Unione di prevenire e contrastare tali minacce ed armonizzare le legislazioni degli Stati membri.

⁶² Proprio sulla spinta delle istanze comunitarie, il nostro legislatore ha introdotto l'art. 322 *bis* c.p. sulla corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri.

struttura dell'organizzazione, ma in realtà in affari con la stessa e dotati di forte influenza anche sulle istituzioni (i cd. "colletti bianchi").

Come confermato dai Rapporti Europol del 2013, uno dei pericoli maggiori nel contrasto alle mafie è costituito proprio dalla sottovalutazione della complessità del fenomeno e delle straordinarie abilità organizzative dei criminali, che nelle attuali strategie delittuose hanno spesso rinunciato al "controllo militare" del territorio scegliendo, invece, una strategia di "sommersione" finalizzata alla realizzazione di immensi profitti rimanendo invisibili.

L'esigenza di un intervento a livello comunitario per contrastare un fenomeno che ha ormai travalicato i confini nazionali, si è avvertita progressivamente anche all'interno dei singoli Stati. Non è più possibile fare a meno nella lotta alla corruzione ed alla criminalità organizzata del ruolo del legislatore europeo, che ha assunto un ruolo primario nelle strategie di contrasto e armonizzazione delle diverse discipline nazionali.

Il riconoscimento della necessità di intervenire con strategie integrate di contrasto alle mafie è stata il primario obiettivo di un recente progetto del 2011, intitolato "La conoscenza del diritto dell'Unione Europea come strumento di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale" presentato a Roma nell'ambito di una conferenza organizzata dalla Fondazione Italiana per il Notariato.

Il punto nodale del progetto è di costruire e promuovere "una cultura giuridica europea" per porre un freno alle crescenti minacce poste dalla criminalità organizzata transnazionale. Il fenomeno, per troppo tempo sottovalutato, si è progressivamente espanso grazie ai collegamenti tra le organizzazioni criminali operanti in Paesi diversi che hanno consentito l'accesso a nuove occasioni di guadagno fortificando la struttura criminale.

Anche in tal caso la finalità del progetto era giungere all'attuazione di una più stretta cooperazione, favorendo l'armonizzazione delle leggi dei Paesi dell'Unione, e la loro piena applicazione nella logica di una strategia comune di contrasto alla criminalità organizzata.

5. Il sistema sanzionatorio nell'ottica della prevenzione dell'illecito

5.1. Misure premiali per garantire l'emersione del *pactum sceleris*

Come evidenziato nel corso della trattazione, per sua natura l'accordo corruttivo si fonda sul silenzio delle parti, caratteristica che ne rende difficile l'individuazione e la sanzione. Proprio al fine di far emergere il *pactum sceleris* si è a lungo discusso dell'introduzione nella disciplina dei reati di corruzione di una norma a contenuto premiale. Invero, una disposizione diretta garantire un trattamento di favore per coloro che denunciino le fattispecie illecite risponderebbe all'esigenza di incrinare il muro di omertà che oggi salda il patto di silenzio tra corrotto e corruttore⁶³, garantito dalla reciproca utilità o dall'intimidazione su cui si fonda l'accordo.

Proposte in tal senso erano già state formulate, all'indomani delle note vicende di Tangentopoli, con il cd. progetto Cernobbio del 1994 e con il disegno di legge n. 3286 del 2007. Si trattava di progetti che si prefiggevano di raggiungere il medesimo risultato – favorire la segnalazione degli accordi illeciti – attraverso però strumenti giuridici sensibilmente diversi.

La "Proposta Cernobbio"⁶⁴ prevedeva una causa di esclusione della punibilità in favore della parte che avesse denunciato l'accordo corruttivo. L'esclusione della punibilità costituiva un forte incentivo alla denuncia, a condizione peraltro che la stessa intervenisse prima dell'iscrizione della notizia di reato a carico del denunciante. L'individuazione di tale limite temporale rispondeva all'esigenza di circondare di cautele l'applicazione di una speciale causa di non punibilità in un fenomeno, quale quello della corruzione, che stava assumendo una dimensione endemica nell'ordinamento giuridico interno, in tal modo evitando strumentalizzazioni e denunce proposte (nel corso di indagini già avviate) al solo fine di garantirsi l'impunità⁶⁵.

Nel disegno di legge del 2007⁶⁶ la delazione sull'accordo corruttivo, non valendo ad escludere la punibilità per il reato, avrebbe dovuto integrare una circostanza attenuante ad effetto speciale, con una riduzione della pena fino a due terzi. In tal caso, peraltro, il termine

⁶³ Sul punto cfr. l'Audizione del Procuratore Nazionale Antimafia presso le Commissioni Riunite Affari Costituzionali e Giustizia del Senato sul disegno di legge AS 2156 e collegati, concernenti il tema della corruzione, del 6 luglio 2010, Roma.

⁶⁴ Pubblicata nella *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 911 ss.

⁶⁵ Nel progetto originario era prevista una causa di non punibilità a favore del corrotto e del corruttore che "prima che la notizia di reato sia stata scritta a suo carico sul registro generale, o comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per la individuazione di altri responsabili".

⁶⁶ Consultabile sul sito <http://legxv.camera.it>.

ultimo per la denuncia ai fini della configurazione della circostanza attenuante veniva spostato in avanti, fino all'esercizio dell'azione penale. Tale proposta suscitò forti perplessità in quella parte della dottrina che, dopo aver assistito alla bocciatura del Progetto Cernobbio, rilevava la assai più limitata capacità deterrente di una circostanza attenuante che, a fronte dei grandi vantaggi di natura economica che garantisce il patto corruttivo, garantiva una mera riduzione di pena⁶⁷.

Temporaneamente accantonata per l'ostruzione verso il riconoscimento di alcun trattamento di favore di corrotti e corruttori ed a causa della limitata efficacia deterrente riconosciuta ad una mera causa di giustificazione, la proposta di introdurre norme premiali è stata nuovamente avanzata in occasione del dibattito sulla nuova legge anticorruzione del 2012⁶⁸.

Anche in tale occasione la dottrina oppose serie argomentazioni critiche alla loro introduzione, relative in particolare agli effetti negativi legati alla previsione di norme premiali. In primo luogo si rilevava che la promessa di impunità si fondava sulla delazione rispetto ad un fatto già consumato, in tal modo favorendo, anziché impedire, il diffondersi di pratiche corruttive. Inoltre veniva contestata la stessa efficacia delle misure premiali,

⁶⁷ In tal senso si esprime Pelissero M., *La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione*, op. cit., p. 352.

⁶⁸ Nel dibattito parlamentare precedente la riforma dei reati contro la pubblica amministrazione del 2012, sulla scorta del proliferare del fenomeno corruttivo e dei recenti scandali che avevano coinvolto numerose amministrazioni pubbliche, emerse la proposta di individuare strumenti che consentissero di far venire alla luce la cd. cifra nera della corruzione. In tale contesto ebbe modo di rilevarsi che "L'articolo 12 dell'Atto Senato 2156, nel testo presentato, prevede un indiscriminato aumento delle pene per tutti i più gravi delitti contro la P.A., senza attuare alcun correttivo verso l'auspicata convergenza tra i delitti di concussione e di corruzione, laddove nelle due precedenti legislature erano state presentati diversi progetti di legge i quali – in conformità alla scelta operata in altri ordinamenti giuridici (ad es. tedesco) – puntavano a punire la mera dazione di denaro ai pubblici ufficiali, scriminando il dato del denaro o delle utilità. Nel nostro ordinamento, soprattutto alla luce dell'ambigua ipotesi della cosiddetta concussione per induzione (art.317 c.p.), si renderebbe necessario semplificare la fattispecie ed introdurre una scriminante o una diminvente specifica, *ad hoc*, per chi spontaneamente riferisca della dazione operata in favore di un pubblico ufficiale, in modo tale da incrinare il muro di omertà che oggi salda il patto di silenzio tra corrotto e corruttore 161. L'aumento di pene, sotto questo profilo, renderebbe ancora più probabile che il corruttore non abbia alcun interesse a collaborare con l'A.G., soprattutto se si considera la spinta che la persona giuridica responsabile ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001 potrebbe esercitare nei confronti dei propri dipendenti al fine di tacere dell'accordo corruttivo". Cfr. il testo della inchiesta della "Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere" del 31 maggio 2011, reperibile sul sito *on-line* <http://www.parlamento.it>.

definendole "una mera speranza di far emergere l'accordo corruttivo dagli incerti risultati e dai costi elevati, determinando l'impunità del reo"⁶⁹.

In tal senso si è espresso anche il Guardasigilli⁷⁰ che, all'indomani della riforma del 2012, difendeva la mancata previsione di cause di non punibilità sulla base del fatto che "una tale previsione si sarebbe posta in contraddizione con le scelte compiute negli snodi di fondo della riforma (corruzione per l'esercizio della funzione e appunto induzione indebita) di radicare il messaggio secondo cui i pubblici agenti non vanno pagati per l'esercizio delle loro funzioni".

Tale posizione appare in linea con quella parte della dottrina che, rilevando l'insufficienza dello strumento penale ad arginare il fenomeno corruttivo, ritiene indispensabile la predisposizione di strumenti di prevenzione e recupero dei valori dell'etica pubblica attraverso procedimenti di formazione del personale amministrativo, codici di comportamento e adeguati sistemi di vigilanza.

Nonostante le critiche riportate, l'esigenza di individuare uno strumento che potesse rompere la "regola d'oro del silenzio" che avvolge il patto corruttivo⁷¹, in modo da far emergere l'enorme cifra nera della compravendita di funzioni pubbliche, ha recentemente indotto il legislatore ad un ripensamento. Con la legge 27 maggio 2015, n. 69 (contenente "Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio) ha fatto ingresso per la prima volta nell'ordinamento nazionale una circostanza attenuante ad effetto speciale in favore di coloro che si risolvano a denunciare l'accordo corruttivo⁷².

Superando le iniziali perplessità, il legislatore ha mostrato di aver tenuto in debito conto le riserve espresse nell'ambito dell'Unione Europea circa l'introduzione di norme premiali⁷³,

⁶⁹ In tali termini si esprime Seminara S., La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale, in *Diritto penale e processo*, 10, 2012, p. 1235.

⁷⁰ In tal senso si esprime Severino P., La nuova legge anticorruzione, in *Diritto penale e processo*, 1, 2013, p. 10

⁷¹ In tali termini si esprime Pellissero M. nell'introduzione al Trattato di diritto penale, Milano, 2015, p. 8.

⁷² Il nuovo art. 323 *bis* c.p. recita testualmente "Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 e 322 *bis*, per 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 ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi".

⁷³ Per una compiuta analisi dei report del *Working Group on Bribery* sia concesso rinviare a Mongillo V., La corruzione, op. cit., p. 549 e ss.

salvo poi farne un limitato uso nella misura in cui ritenute indispensabili per il contrasto alla corruzione.

La nuova disposizione prevede invero una sensibile diminuzione della pena (da un terzo a due terzi) per chi, dopo la commissione di un reato *lato sensu* connesso al mercimonio della funzione pubblica, 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 ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite⁷⁴.

Si tratta a ben vedere di una norma che non rinuncia alla punibilità dei partecipanti all'accordo corruttivo, riducendone le conseguenze sanzionatorie nei casi in cui almeno una delle parti dimostri un'effettiva resipiscenza – sia pure interessata allo sconto di pena e priva di connotazioni morali – accompagnata da comportamenti collaborativi che consentano di perseguire i concorrenti del reato e recuperare i proventi dell'attività illecita.

Infine, non può farsi a meno di notare come tale disposizione ponga in evidenza le grandi connessioni esistenti tra il fenomeno corruttivo e la criminalità organizzata. Anche in tale settore, infatti, al fine di consentire un'adequata risposta sanzionatoria al fenomeno associativo, il legislatore ha regolato l'accesso ai benefici premiali solo ai condannati che accettino di collaborare con la giustizia⁷⁵.

5.2. Una nuova sanzione “a mezza via”: la riparazione pecuniaria

Tra le nuove forme di contrasto alle condotte distorsive dell'esercizio dei pubblici poteri, il *trend* normativo degli ultimi anni ha visto accrescersi, anche nel sistema penale, il ricorso a sanzioni di tipo pecuniario dirette a sottrarre al reo i profitti derivanti dal reato.

Nell'ambito dei reati economici il legislatore ha infatti avvertito la maggiore efficacia deterrente delle sanzioni pecuniarie, giungendo a realizzare quello che è stato definito un

⁷⁴ Dibattuta è peraltro la natura oggettiva o soggettiva della circostanza attenuante. In attesa delle prime applicazioni giurisprudenziali in dottrina si registrano già due diversi orientamenti. Sulla natura oggettiva si v. Spina A., Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015), in *Studium Iuris*, 10, 2015, p. 4; sulla natura soggettiva v. invece, Benussi C., Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 *bis* c.p., su www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁷⁵ Sui rapporti tra corruzione e criminalità organizzata v. *infra*, par. 4.

vero e proprio arsenale sanzionatorio, con innumerevoli problemi di coordinamento tra norme.

Il nuovo art. 322 *quater* c.p.⁷⁶, introdotto dalla cd. legge anticorruzione del 2015, ha invero disciplinato un istituto che, nelle modalità in cui è stato pensato dal legislatore, rappresenta una novità assoluta per il nostro ordinamento: la riparazione pecuniaria nei reati contro la pubblica amministrazione. Tale istituto fa discendere dalla condanna per uno dei reati legati al mercimonio della funzione pubblica una sanzione aggiuntiva, consistente nell'obbligo di pagare una somma di denaro in favore dell'amministrazione di appartenenza del pubblico funzionario o dell'incaricato di pubblico servizio, pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.

Tale previsione si applica per espressa disposizione di legge al solo dipendente pubblico, restando esclusa la possibilità per il giudice di comminare analoga sanzione al privato corruttore. La *ratio* della limitazione di responsabilità al soggetto pubblico è da individuarsi nella funzione riparativa dell'istituto, diretto a ristorare il danno all'immagine subito dall'amministrazione. In tale ottica la lesione non sarebbe che riconducibile al comportamento del pubblico agente, dovendo escludersi la sanzione a carico del corruttore.⁷⁷ Il nuovo istituto assume rilevanti conseguenze anche sul piano processuale, rivelandosi uno strumento di grande semplificazione probatoria con riferimento alla prova del danno all'immagine della pubblica amministrazione (che diviene presunto nel caso di condanna per i reati richiamati dalla disposizione) e di semplificazione nell'individuazione del *quantum* della sanzione, parametrata rispetto a quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale.

⁷⁶ Secondo la nuova disposizione, introdotta dalla l. 27 maggio 2015, n. 69 "Con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320 e 322 *bis*, è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319 *ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno".

⁷⁷ La limitazione della sanzione al pubblico funzionario sulla base di un'affermata logica riparatoria che tenga conto della effettiva riconducibilità del danno all'immagine della p.a. appare criticabile, specie se considerata nell'ottica di un sistema sanzionatorio che intenda contrastare efficacemente il mercimonio delle funzioni pubbliche. Sgravare il privato del peso della riparazione non tiene conto dei danni indiretti che la condotta corruttiva attiva determina, nel senso di una crescente sfiducia nel prestigio e nell'onorabilità dell'amministrazione, fonte di danno all'immagine in misura almeno paritaria rispetto alle condotte del pubblico funzionario.

Si tratta, come detto, di una disposizione del tutto innovativa per l'ordinamento italiano, che unisce alla logica riparatoria una natura fortemente afflittiva. Infatti la disposizione non esclude il diritto al risarcimento del danno, ma lo rende complementare alla riparazione. Tale aspetto richiama le funzioni punitive dei cd. *punitive damage*, tipiche sistemi di *common law*, peraltro del tutto sganciate dalla logica riparatoria.

Nella disciplina interna talune analogie sono invero ravvisabili con la riparazione pecuniaria nei delitti a mezzo stampa⁷⁸. Anche in tal caso, infatti, l'ordinamento prevede la corresponsione di una somma di denaro, in aggiunta all'eventuale richiesta di risarcimento dei danni⁷⁹, a titolo di riparazione per il reato commesso.

Le analogie tra le disposizioni peraltro si arrestano presto. La disposizione di cui all'art. 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47 condiziona l'assegnazione della riparazione alla domanda della persona offesa, e ne determina l'ammontare in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato, mentre nel novellato art. 322 *quater* c.p. la sanzione è comminata d'ufficio, così come predeterminata nell'ammontare è la somma dovuta a titolo di risarcimento. Ulteriore differenza si rinviene nel destinatario delle somme erogate a titolo di riparazione pecuniaria: l'amministrazione nei reati contro la pubblica amministrazione e la persona offesa nel reato di diffamazione a mezzo stampa.

Uno degli effetti più rilevanti della riforma è stato, invero, quello di aver collegato l'istituto in parola alla sospensione condizionale della pena, con conseguenze di grande impatto processuale.

La l. 27 maggio 2015, n. 69, nel modificare l'art. 165 c.p.⁸⁰, ha subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al previo pagamento di una somma equivalente al

⁷⁸ L'art. 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47 prevede che "nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato".

⁷⁹ Sulla natura giuridica dell'istituto la giurisprudenza di legittimità ha affermato trattarsi di ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata prevista per legge. Sul punto si v. Cass. Civ., Sez. III, 26 giugno 2007, n. 14761, secondo cui "In riferimento alla diffamazione a mezzo stampa, a norma dell'art. 12 della legge n. 47 del 1948 la persona offesa dal reato può richiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del cod. pen., comprensivo sia del danno patrimoniale che del danno non patrimoniale, una somma a titolo di riparazione che non rientra nel risarcimento del danno nè costituisce una duplicazione delle voci di danno risarcibile, ma integra una ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata prevista per legge, che come tale può aggiungersi al risarcimento del danno autonomamente liquidato in favore del danneggiato".

⁸⁰ Il novellato art. 165 c.p., in analogia al "nuovo" art. 322 *quater* c.p., stabilisce che "nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320 e 322 *bis*, la sospensione condizionale

profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio. Il rilievo di tale disposizione assume pregnanza ancora maggiore all'esito dell'innalzamento dei limiti edittali delle pene nei reati di corruzione, rendendo di fatto desiderabile, oltre che dovuto, il pagamento delle somme a titolo di riparazione pecuniaria al fine di poter accedere al beneficio della sospensione condizionale⁸¹.

Infine, un breve cenno merita il problema, posto dalla stratificazione di disposizioni dirette a colpire i proventi del reato, del coordinamento tra la nuova disposizione e l'art. 322 *ter* c.p.⁸², che dispone la confisca obbligatoria.

Secondo una parte della dottrina l'irrogazione cumulativa di entrambe le previsioni "comporterebbe una patente violazione del *ne bis in idem* sanzionatorio e del principio di proporzione (art. 3 Cost.), scongiurabile solo attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente (CEDU) orientata"⁸³, mentre altro orientamento esclude un'interferenza tra gli istituti, rilevando che, in assenza di indicazioni del legislatore,

della pena è comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319 *ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno".

⁸¹ Analoga previsione ha riguardato l'art. 444 c.p., modificato nel senso di condizionare l'ammissibilità del patteggiamento per i reati in materia di corruzione "alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato".

⁸² Secondo tale disposizione "nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322 *bis*, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto. Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322**bis**, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322 *bis*, secondo comma. Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato".

⁸³ Così Mongillo V., Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015 in Il libro dell'anno del diritto 2016, Garofoli R. (a cura di), Roma, 2016.

la nuova misura della riparazione pecuniaria vada ad aggiungersi, con funzione fortemente punitiva, al provvedimento ablatorio⁸⁴.

6. Profili comparatistici

6.1 Le misure di contrasto alla corruzione nel Regno Unito

L'analisi comparatistica del fenomeno corruttivo in un periodo storico nel quale la globalizzazione e le innovazioni tecnologiche favoriscono sempre più frequenti occasioni di contatto tra Paesi terzi (terreno fertile per la proliferazione di pratiche corruttive che sempre più spesso travalicano i confini nazionali) appare irrinunciabile. L'esame delle misure di contrasto alla corruzione adottate nel sistema giuridico anglosassone impone peraltro di vagliare criticamente i diversi istituti alla luce delle peculiarità proprie dei sistemi di *common law*. Sarebbe del resto improprio qualsiasi tentativo di assimilazione *tout court* della disciplina interna con le previsioni della legge anticorruzione inglese del 2010, in virtù del diverso panorama normativo, e soprattutto giurisprudenziale, nel quale la legge inglese è stata pensata ed è destinata a produrre i suoi effetti.

L'attenzione al fenomeno della corruzione nel Regno Unito ha origini risalenti, la prima definizione moderna di *bribery* rinvenendosi nella dottrina inglese⁸⁵ del XVIII secolo, con la quale si indicava la condotta di un giudice o altro pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle proprie funzioni, avesse ricevuto un vantaggio indebito al fine di tenere un determinato comportamento rispetto al quale qualsiasi compenso rivestiva carattere di illiceità.

Nel *common law* di fine '800 era peraltro sanzionato, oltre ed indipendentemente dall'illecita percezione di denaro o altra utilità, l'esercizio scorretto della funzione pubblica, in tal modo venendosi a creare un doppio regime punitivo con disposizioni che ben potevano concorrere nella medesima fattispecie.

⁸⁴ Sul punto si rinvia a Pellissero M., La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015 n. 69, op. cit., Milano, 2015, p. 12.

⁸⁵ Tale definizione risale a Blackstone, "*the bribery is the next species of offense against public justice; which is when a judge, or another person concerned in the administration of justice, takes any undue reward to influence his behavior in his office*". Sul punto si v. Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, 1765-1769.

In altri termini, attraverso il la doppia incriminazione, il funzionario scorretto che avesse accettato una tangente veniva punito per *bribery* per il solo fatto dell'indebita percezione del denaro e, qualora avesse posto in essere l'atto illegittimo oggetto del mercimonio della funzione, anche per *misconduct in public office*.

Prima che venisse approvata la legge anticorruzione nel 2010 (il cd. *Bribery Act*) il diritto anglosassone, oltre al diritto di matrice giurisprudenziale, si fondava su un coacervo di *statutes*⁸⁶ risalenti al periodo tra il XIX ed il XX secolo, stratificatisi nel corso degli anni, ed oggi abrogati dalla riforma.

Tale regolamentazione si presentava peraltro di difficile interpretazione proprio in ragione dell'eccessiva frammentazione della disciplina e della confusione terminologica insita nella pluralità degli *statutes*⁸⁷, dalla quale non potevano che scaturire profonde incertezze applicative.

Proprio da tali difficoltà interpretative oltre che dall'emergere di una pluralità di fattori, tra i quali lo scambio accelerato di beni e servizi ed i crescenti contatti transfrontalieri determinati dalla globalizzazione, è emersa, anche nel Regno Unito, l'esigenza di una disciplina organica in materia di contrasto alla corruzione. La capacità di radicamento del fenomeno e le nuove occasioni di contatto con Paesi terzi hanno infatti indotto le istituzioni sovranazionali ad occuparsi della corruzione attraverso atti di indirizzo e Convenzioni internazionali finalizzate ad armonizzare le legislazioni dei diversi Paesi e costruire un sistema comune di contrasto al fenomeno.

All'esito dell'adesione del Regno Unito alla Convenzione OCSE del 1997⁸⁸, il sistema di contrasto alla corruzione britannico aveva subito reiterate critiche da parte del *Working*

⁸⁶ I principali *Statutes* emanati per contrastare il fenomeno corruttivo furono il *Public Bodies Corrupt Practices Act* del 1889, che sanzionava le ipotesi di corruzione attiva e passiva nel settore pubblico; il *Prevention of Corruption Act* del 1906, che estese l'ambito della punibilità delle fattispecie corruttive al settore privato; ed infine l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* del 2001, in materia di corruzione internazionale.

⁸⁷ Basti pensare che mentre lo *Statute* del 1889 si occupava esclusivamente della corruzione nel settore pubblico, il *Prevention of Corruption Act* del 1906 disciplinava sia la corruzione tra privati che la corruzione per l'esercizio della funzione, in tal modo determinando l'insorgenza di punti di contatto (ed inevitabile contrasto) tra le diverse fonti normative.

⁸⁸ La Convenzione OCSE sulla Lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997, fu ratificata dal Regno Unito a partire dall'anno successivo, il 14 dicembre 1998.

*Group on Bribery*⁸⁹ (cd. WGB) istituito presso l'OCSE. Il WGB, infatti, già nel 2005 aveva rilevato la particolarità del fatto che, nonostante gli intensi traffici commerciali in entrata ed in uscita dal Regno Unito, dall'adesione alla Convenzione non vi fosse stato alcun condannato in tutta l'Inghilterra per corruzione di un funzionario straniero.

All'esito dei rilievi operati dal WGB e dopo un lungo *iter* parlamentare il legislatore britannico nel 2010 adottava la prima legge organica in materia di anticorruzione, il *Bribery Act*. La legge di riforma si è ispirata a criteri di forte razionalizzazione e snellimento della disciplina, individuando nella semplificazione il vero punto di forza di un sistema che intenda contrastare efficacemente la corruzione.

Il *Bribery Act* individua, infatti, soltanto quattro ipotesi di corruzione, rispettivamente individuate nella corruzione attiva, passiva, internazionale e delle organizzazioni commerciali.

In tale aspetto risiede una delle maggiori differenze col sistema punitivo di diritto interno, in cui si è assistito al proliferare di fattispecie incriminatrici che rendono particolarmente disagiata la distinzione tra le singole fattispecie e favoriscono il diffondersi di zone d'ombra nelle logiche del malaffare.

Le concise disposizioni incriminatrici non lasciano peraltro lacune normative, essendo costruite alla stregua di norme a condotta aperta, nelle quali è in grado di confluire ogni sviamento dall'esercizio della funzione secondo regole di correttezza e buona fede.

Nella *Section 1* del *Bribery Act* viene infatti disciplinata la corruzione attiva, fattispecie nella quale rientra ogni promessa, offerta o effettiva dazione di denaro o altra utilità, indipendentemente dal perfezionamento dell'accordo corruttivo. Specularmente, la fattispecie di corruzione passiva punisce la condotta di chi, a qualunque titolo, chieda, riceva o acconsenta a ricevere denaro o altra utilità per l'esercizio delle sue funzioni, od anche si appropri dell'utilità offertagli per atti d'ufficio già svolti.

Dall'analisi di queste due fattispecie appare evidente la radicale scelta di semplificazione del legislatore inglese, che ricostruisce l'intera disciplina della corruzione nell'alveo della

⁸⁹ Il WGB è un gruppo di lavoro composto dai rappresentanti degli Stati aderenti alla Convenzione, finalizzato al monitoraggio dello stato di adeguamento della legislazione anticorruzione di ciascuno Stato aderente alla Convenzione (e alla sua concreta applicazione) attraverso un meccanismo di *peer review*, cioè una valutazione che si concentra sul rendimento e sui risultati.

distinzione tra corruzione attiva e passiva, configurandole alla stregua di fattispecie monosoggettive. Ciò che rileva ai fini dell'incriminazione è, infatti, il cd. *brech of duty*, cioè la violazione del dovere di correttezza e imparzialità nell'esercizio delle funzioni che, indipendentemente dal raggiungimento del risultato e dell'accordo illecito, mina le basi per il regolare esercizio della funzione.

È di tutta evidenza la funzione preventiva impressa dal diritto penale anglosassone attraverso norme che anticipano la soglia della punibilità ad un momento antecedente, se non del tutto indipendente, dall'accordo corruttivo.

Sul punto non si può fare a meno di notare un'ulteriore peculiarità del diritto britannico rispetto ai sistemi continentali di contrasto alla corruzione: l'adozione di un modello unitario di disciplina per la corruzione pubblica e per quella privata, fondato sul paradigma dell'asserita identità del disvalore sociale del fenomeno corruttivo, indipendentemente dalla qualifica soggettiva ricoperta dagli autori delle condotte. Ciò che viene in rilievo non è la natura pubblica o privata della funzione compravenduta, quanto piuttosto la rilevanza della funzione (cd. *relevant functions or activities*), per sua natura collegata ad una legittima aspettativa di *good faith* o una *positions of trust* in capo a chi ne sia titolare⁹⁰.

A differenza della legislazione italiana, nel *Bribery Act* manca una espressa incriminazione della concussione, confluendo tutte le condotte gravitanti nell'orbita del mercimonio della funzione pubblica (indipendentemente dalla qualità di pubblico ufficiale dell'agente e dall'azione costringente legata alla posizione di prevalenza di solito collegata all'abuso della funzione pubblica) all'interno della fattispecie corruttiva.

L'opportunità di una prospettiva comparatistica nell'individuazione degli strumenti di contrasto alla corruzione rivela tutta la sua utilità nella misura in cui si pone attenzione alla dimensione ormai globale assunta dal fenomeno. In tale ottica emerge la necessità di individuare strumenti comuni per arginare il fenomeno del malaffare, azionando un circolo virtuoso di armonizzazione e innovazione tra le legislazioni nazionali per affinare gli strumenti di prevenzione e contrasto dei fatti corruttivi.

⁹⁰ Per la definizione normativa delle *relevant functions or activities* sia consentito rinviare alla *section 3* del *Bribery Act*.

A distanza di pochi anni dalla sua entrata in vigore il *Bribery Act* ha già avuto ampi riscontri in termini di efficacia, incidendo sul livello di corruzione percepita nel Paese e posizionando il Regno Unito al 10° posto nella classifica stilata annualmente da *Transparency International*⁹¹, a fronte del 20° posto occupato precedentemente alla riforma. Anche la dottrina inglese si è espressa favorevolmente sulla riforma, sostenendo che tale *Statute* ha costituito un tassello fondamentale nell'opera di riforma del sistema di lotta alla corruzione nel Regno Unito⁹², rappresentando il primo esempio di legislazione omogenea in materia di corruzione nel Regno Unito.

6.1. La corruzione dei funzionari stranieri

L'adesione alla Convenzione OCSE del 1997 ha indotto il legislatore britannico a prendere in considerazione la fattispecie della corruzione dei funzionari stranieri, introducendo nel *Bribery Act* una norma dal tenore analogo, ma non identico, all'art. 322 *bis* c.p..

La *sec. 6* punisce espressamente qualsiasi erogazione o promessa di utilità a vantaggio di un pubblico ufficiale straniero, anche per interposta persona, realizzata da un cittadino britannico. A ben vedere tale disposizione, a differenza dell'omologo istituto italiano, incrimina esclusivamente la corruzione attiva, in ossequio all'impostazione monosoggettiva della fattispecie corruttiva⁹³.

Ai fini della rilevanza penale della fattispecie carattere dirimente assume la qualifica di *public official* e l'assenza di una causa di esclusione della punibilità derivante dal diritto dello Stato di appartenenza del pubblico ufficiale.

Con riferimento alla prima questione il diritto anglosassone, in linea con lo schema aperto delle norme in tema di corruzione, adotta una nozione particolarmente ampia di pubblico ufficiale, capace di ricomprendere ogni soggetto che rivesta una funzione pubblica in nome e per conto di uno Stato terzo⁹⁴. La previsione di un'espressa causa di non punibilità per i casi

⁹¹ Nell'ultimo rapporto del "*Corruption Perceptions Index*" del 2015 il Regno Unito si è infatti posizionato al decimo posto nel mondo, statistica consultabile *online* su www.transparency.org.

⁹² O' Shea E., *The Bribery Act 2010. A Practical Guide*, Bristol, 2011, pp. 1 e ss.

⁹³ L'art. 322 *bis* c.p. non punisce soltanto i corruttori, ma anche il comportamento dei funzionari europei che si siano lasciati corrompere, strutturandosi come fattispecie plurisoggettiva rientrante tra i cd. reato-contratto.

⁹⁴ Per l'individuazione della qualifica soggettiva sia consentito rinviare alla *sec. 6, Bribery Act*.

in cui il diritto scritto del Paese di provenienza del pubblico funzionario acconsenta o ammetta trattamenti di favore nei confronti del proprio personale sorge, invece, per rispondere alla prassi commerciale adottata da alcuni Stati di prevedere nei bandi di gara clausole di preferenza a favore del concorrente, anche estero, che investa sul proprio territorio.

Analogamente alla fattispecie di corruzione attiva di cui alla sec. 1, nella corruzione di pubblici funzionari stranieri il legislatore britannico valorizza la funzione preventiva del diritto penale, anticipando la soglia della punibilità allo stadio della mera istigazione, non rendendo necessaria la prova dell'accordo corruttivo, ma solo l'intenzione del corruttore di influenzare il pubblico ufficiale e conseguire un beneficio.

Impegnata nelle prime applicazioni delle nuove norme in materia di corruzione internazionale, la giurisprudenza inglese, ha dovuto affrontare il delicato tema delle cd. *corporate hospitality*. Si tratta delle cd. spese di cortesia che le imprese interne stanziavano per l'accoglienza e l'ospitalità dei *partner* stranieri, pubblici e privati, al fine di incrementare le relazioni commerciali con i rispettivi Paesi di provenienza.

Tali condotte, infatti, astrattamente integrano tutti i presupposti della corruzione internazionale, basti pensare alle imprese che provvedano, nei confronti del pubblico funzionario straniero, alla fornitura gratuita di prodotti commerciali o a soggiorni prolungati presso alberghi di lusso. Dinanzi a tali prassi commerciali consolidate si è peraltro ritenuto di operare una distinzione tra fattispecie consentite e fattispecie illecite.

Il problema è stato affrontato in sede di redazione delle linee guida per la prevenzione della corruzione⁹⁵ emanate per l'applicazione del *Bribery Act* del 2010. Tale documento ha chiarito che non ogni remunerazione rientra nell'alveo della previsione incriminatrice, ma soltanto quelle promesse o effettive retribuzioni siano idonee ad alterare il corretto esercizio della funzione pubblica.

È proprio l'*intent* perseguito dal corruttore, insieme con la valutazione della proporzionalità e adeguatezza dei vantaggi corrisposti rispetto alla funzione esercitata dal *public official*, che consentono di distinguere i cd. *munuscula*, cioè i donativi innocui di modico valore ritenuti

⁹⁵ UK Ministry of Justice, *Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent person associated with them from bribing*, del 30.3.2011, consultabile online su www.justice.gov.uk.

ammissibili dal diritto anglosassone, da mal celate forme di corruzione o istigazione alla corruzione del tutto indipendenti da pretese finalità promozionali.

L'esclusione della punibilità del corruttore nei casi in cui l'ordinamento di appartenenza ammetta pratiche di *captatio benevolentiae* del pubblico funzionario assume rilievo preminente nell'analisi comparativa del rapporto tra strumenti di prevenzione e repressione del fenomeno corruttivo. Se, invero, attraverso il diritto penale non è possibile incriminare comportamenti autorizzati dallo Stato di appartenenza, non può escludersi che in tali prassi commerciali si annidi il germe della corruzione e che pertanto vadano stigmatizzate. I più recenti studi sulla corruzione valorizzano sempre di più l'importanza della prevenzione del fenomeno corruttivo, risultando ben più efficace agire nella fase antecedente alla commissione dell'illecito al fine di prevenirne i danni, piuttosto che nella fase successiva, al solo (tardivo) fine di reprimerne gli effetti. Ammettere forme di incentivazione delle decisioni del pubblico funzionario da parte di imprese straniere significa porre del tutto in secondo piano la forza preventiva della codificazione di un'etica delle contrattazioni, anche attraverso codici di comportamento e modelli di controllo societario, che garantiscano misure efficaci di contrasto alla corruzione.

6.2. La corruzione delle *commercial organizations*

La frequente commissione di reati di corruzione nell'ambito dell'attività d'impresa ha indotto il legislatore britannico ad occuparsi del fenomeno anche dal punto di vista delle *commercial organizations*. Tale settore costituisce il punto di incontro tra una tutela amministrativa – attraverso la previsione di modelli idonei a prevenire fenomeni corruttivi, il monitoraggio dei rischi, l'adozione di codici di comportamento, la formazione etica e la rotazione del personale nelle aree di maggior rischio – e una tutela penale, attraverso la previsione di *corporate liability*, ovvero una responsabilità per i reati in favore delle persone giuridiche da parte di coloro che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente.

Analogamente alla soluzione adottata dal legislatore italiano, il sistema britannico di prevenzione e repressione dei reati commessi dagli enti giuridici si fonda sul duplice presupposto della commissione del reato da parte di *associated person* e sul vantaggio

conseguito dall'ente per la commissione del reato. Al fine di rispettare il principio personale della responsabilità penale, non rinunciando al contempo a sanzionare vere e proprie attività criminali d'impresa, gli ordinamenti moderni ritengono che in tali casi possano essere comminate all'ente sanzioni sulla cui natura, penale o amministrativa, si è molto discusso⁹⁶.

Nell'ordinamento inglese la responsabilità degli enti era già prevista anteriormente all'entrata in vigore del *Bribery Act*, il cui apporto in termini di novità ha riguardato soprattutto l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della *corporate liability*. La nuova disposizione, infatti, sancisce la responsabilità delle persone giuridiche non solo per i reati commessi (a vantaggio o nell'interesse dell'ente) dagli organi apicali della società, ma anche da soggetti semplicemente legati all'ente da rapporti di fatto (cd. *associated person*). Tale necessità è sorta dalla progressiva delocalizzazione dei processi decisionali, soprattutto all'interno delle imprese di grandi dimensioni, dove la stessa decisione dell'ente assume i contorni di una volontà procedimentalizzata. La nuova previsione ha peraltro determinato la necessità di specificare il senso della nuova figura dell'*associated person*. Della definizione si è occupato lo stesso legislatore alla sec. 8, ove individua nell'aver agito in nome o per conto dell'ente il criterio individualizzante del legame sufficiente a legittimare l'estensione della responsabilità alla persona giuridica.

Appare di immediata evidenza la particolare attenzione dedicata dall'ordinamento inglese al contrasto della corruzione, ove uno degli aspetti di maggior rilievo è certamente quello rappresentato dalla predisposizione di *adequate procedure*. Oltre che dal punto di vista del diritto penale, ove la previsione dei modelli funge da causa di esclusione della punibilità per i vertici dell'ente, tale istituto svolge la sua funzione più importante sul terreno della prevenzione.

La predisposizione di modelli idonei a prevenire fenomeni corruttivi è certamente l'elemento di maggiore deterrenza da comportamenti illeciti perché riesce, attraverso un controllo capillare da parte dei vertici dell'ente e la predisposizione di adeguate sanzioni a livello disciplinare – che possono andare dalla mera censura fino al licenziamento – ad occludere le logiche del malaffare, rendendo la corruzione un rischio non proporzionato ai vantaggi. È d'altra parte evidente che la sanzione penale, oltre ad intervenire per reprimere una

⁹⁶ Per una completa ricostruzione della questione con riferimento al sistema italiano, si veda Lattanzi G., *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010.

condotta già realizzata, non può avere la stessa funzione deterrente di un sistema di controlli posto direttamente all'interno dell'impresa, che appare maggiormente stringente per il dipendente. In tal modo, oltre a sviluppare un circolo virtuoso di trasparenza ed efficienza, si evita di attivare (quando non strettamente necessario) una macchina lenta e costosa come quella riconducibile al sistema penale. La sanzione penale, infatti, riacquista la sua efficacia solo al momento in cui i sistemi amministrativi di prevenzione si sono rivelati inadeguati o non hanno svolto la funzione di deterrenza loro propria. Ma in questo modo avranno già svolto un'importante funzione di filtraggio delle vicende corruttive portate all'attenzione del giudice penale.

6.3. Il sistema sanzionatorio britannico e la previsione di pene pecuniarie indeterminate nel massimo

L'analisi del sistema sanzionatorio anglosassone consente di svolgere importanti considerazioni sull'efficacia delle sanzioni di natura economica come strumento di contrasto del fenomeno corruttivo.

Attraverso la predisposizione di misure sanzionatorie idonee a vanificare gli introiti indirettamente derivanti dal mercimonio della funzione pubblica e conseguenti all'assegnazione di gare e incarichi remunerativi, l'ordinamento appresta utili strumenti volti a rendere improduttivo, se non addirittura dannoso, il ricorso al malaffare. In molti sistemi ove le pene assumono una connotazione particolarmente severa, anche senza arrivare a fenomeni molto distanti dalla realtà europea come in Cina, dove la corruzione è ancora punita con la pena capitale, è ampiamente dimostrato come alla maggiore durezza delle pene privative della libertà personale non corrispondono proporzionati effetti deterrenti del fenomeno corruttivo. Il vero dato sul quale occorre puntare è appunto quello della deterrenza attraverso la neutralizzazione dei vantaggi economici derivanti dall'illecito.

L'analisi comparativa del sistema sanzionatorio anglosassone appare particolarmente utile anche per gli spunti che, sotto questo profilo, potrebbero essere colti dal legislatore interno. I reati di corruzione, infatti, sono diversamente puniti a seconda che l'accertamento della colpevolezza segua ad un procedimento di cognizione sommaria (*on summary conviction*) oppure ad un formale atto di accusa (*on indictment*). Nel primo caso è prevista la condanna

alla reclusione non superiore nel massimo a 12 mesi e, cumulativamente o alternativamente, la pena pecuniaria sino a 5000 sterline. Le pene sono sensibilmente più elevate nella *conviction on indictment*, ove viene prevista la reclusione sino a 10 anni e la pena pecuniaria è indeterminata nel massimo⁹⁷.

Particolarmente efficaci risultano inoltre le disposizioni in tema di confisca dei proventi dell'attività delittuosa. Attraverso il sistema di *civil confiscation actions* ed al fine di implementare la funzione deterrente della sanzione pecuniaria il legislatore britannico attribuisce al SFO (*Serious Fraud Office*) il compito di recuperare i beni frutto dell'attività di corruzione, anche nel caso in cui la vicenda non abbia assunto una rilevanza penale. Si tratta di azioni civilistiche che ben rispondono alla logica di contrasto alla corruzione minando alla base l'utilità del patto corruttivo attraverso la confisca proventi del reato.

Sebbene l'indeterminatezza della pena appaia difficilmente proponibile in un sistema di diritto quale quello italiano, che non riconosce forme di giustizia "accrescitiva", ma solo riparativa dei danni subiti (escludendo anche nel settore civile i cd. *punitive damages*, praticati con successo oltreoceano) tale elemento costituisce un importante spunto di riflessione. La corruzione assume in modo sempre più evidente i tratti degli *economic crimes*, se non addirittura il frutto di precise scelte d'impresa, e come tale gli strumenti da preferire per un efficace contrasto delle ipotesi di corruzione non può che passare dalla previsione di modelli di prevenzione del fenomeno e neutralizzazione dei vantaggi economici derivanti dallo stesso. È in questa direzione che si sta muovendo il legislatore italiano degli ultimi anni. Con rinnovato interesse alla tematica della corruzione, infatti, dal 2012 sono stati varati diversi provvedimenti legislativi volti ad arginare il fenomeno mediante la predisposizione di strumenti di prevenzione che valorizzano l'etica pubblica e la trasparenza dell'amministrazione e nell'amministrazione.

⁹⁷ Le medesime pene pecuniarie (5000 sterline o multa indeterminata nel massimo a seconda del procedimento di accertamento del reato) previste per le persone fisiche si applicano, rispettivamente, alla *summary conviction* e alla *conviction on indictment*, relative all'accertamento della corruzione delle *commercial organizations*.

Capitolo II Le misure di contrasto alla corruzione nel nuovo Codice degli appalti

1. La nozione di corruzione

La carenza per lungo tempo di un'adeguata legislazione anticorruzione che ha valso all'Italia numerose condanne dall'Unione europea è dovuta ad una serie di fattori, tra i quali hanno assunto un peso determinante l'eccesso di burocratizzazione nella regolamentazione amministrativa - specie nel settore dell'edilizia pubblica - le scarse previsioni in materia di trasparenza nella gestione dei soldi pubblici, e l'assenza di una cultura della legalità nell'ottica della professionalizzazione del personale amministrativo.

A tali carenze il legislatore opponeva una legislazione emergenziale, dettata dalla necessità di una risposta immediata - ma priva di prospettive di crescita nel lungo periodo - agli scandali corruttivi che coinvolsero le istituzioni ed il settore privato negli anni '90.

Dopo la stagione di Mani Pulite⁹⁸ il Parlamento varò una serie di riforme urgenti per riportare nell'alveo della legalità le gare per la realizzazione di grandi opere, incentivando misure dirette a garantire la trasparenza e la pubblicità nelle amministrazioni e istituendo enti preposti alla vigilanza del settore degli appalti, ma tali misure, frammentarie e non riconducibili ad un disegno unitario di contrasto alle logiche del malaffare, rivelarono presto i propri limiti.

Le ingenti occasioni di guadagno prospettate dalla globalizzazione e l'avvento di nuove tecnologie, sempre più spesso utilizzate in modo fraudolento per eludere le disposizioni anticorruzione, non potevano più essere fronteggiate dalla legislazione emergenziale e indussero il legislatore a varare nuovi strumenti per arginare la piaga del malaffare, partendo però da nuovi punti fermi, emersi dagli errori del passato.

Tale proposito si tradusse nella predisposizione di una legge organica⁹⁹ che affrontasse il fenomeno della corruzione sotto ogni angolazione per estirparne definitivamente le radici e

⁹⁸ Basti pensare agli enormi sprechi di denaro pubblico emersi dall'inchiesta di "Mani Pulite" con riferimento alla realizzazione della metropolitana di Milano che, negli anni antecedenti al 1992 costava 192 miliardi di lire al chilometro, mentre immediatamente dopo il noto processo i costi si ridussero del 50%. I dati sono consultabili sul rapporto "Corruzione, la tassa occulta che impoverisce e inquina il paese", fonte rinvenibile *online* sul sito www.legambiente.it, 2012.

⁹⁹ La prima organica "legge anticorruzione", emanata il 6 novembre 2012, n. 190.

trovare soluzioni, anche di lungo corso, in grado di restituire credibilità - soprattutto a livello internazionale - al nostro Paese.

Nel corso dei lavori preparatori emerse un dato fondamentale che ha caratterizzato - e continua a caratterizzare - tutta la legislazione anticorruzione successiva: l'impossibilità di intervenire sulle condotte distorsive della funzione pubblica esclusivamente attraverso lo strumento penale, e ciò in particolare per due ordini di motivi.

In primo luogo perché i *corruption crime* sempre più spesso - soprattutto nel settore degli appalti - assumono una connotazione economica all'interno dell'attività d'impresa, costituendo il prodotto di una valutazione costi/benefici dell'attività corruttiva. In questi termini si riduce enormemente l'efficacia deterrente della pena, specie dinanzi a fatti corruttivi idonei a generare profitti milionari, in cui la sanzione penale finisce per non scoraggiare adeguatamente - secondo la ricordata logica costi/benefici - gli autori delle condotte criminose¹⁰⁰.

In secondo luogo emerge un dato caratterizzante il fenomeno corruttivo, ovvero l'omertà su cui regge l'accordo corruttivo. Il silenzio che avvolge il patto pone i concorrenti al riparo dalla scoperta dell'accordo in vista della reciproca convenienza su cui si fonda il *pactum sceleris*.

Ulteriore elemento che induce verso il superamento di un sistema (solo) repressivo della corruzione è, come già ricordato, la caratteristica connaturata al diritto penale per cui la sanzione interviene quando ormai il bene giuridico tutelato è già stato inciso negativamente. Applicare una sanzione penale agli amministratori di una società aggiudicataria di una gara pubblica, magari anche a distanza di tempo dall'esecuzione dell'appalto, se è funzionale al ripristino della legalità non può certamente dirsi soddisfacente per la tutela del buon andamento dell'amministrazione e delle imprese non aggiudicatarie dell'appalto.

Il mercato milionario delle tangenti e la complessità degli interessi coinvolti hanno ritardato l'introduzione di una legge anticorruzione che non si limitasse ad interventi mirati sull'onda degli scandali, ma programmasse la lotta alla corruzione attraverso strumenti complementari di prevenzione amministrativa e repressione penale. Non è infatti un caso

¹⁰⁰ Come osservato da Barbacetto-Gomez-Travaglio, Mani Pulite, Roma, 2003, p. 678, "a ben vedere gli organi di controllo giudiziario hanno svolto negli anni di Mani Pulite una funzione analoga a quella dei predatori in natura, eliminando i meno adatti e inducendo nel nuovo sistema politico-amministrativo un miglioramento progressivo della capacità adattiva e predatoria di corrotti e corruttori superstiti".

che la prima legge organica in materia di corruzione sia stata presentata durante la vigenza di un governo tecnico, come tale in grado di risentire meno dei condizionamenti dell'agenda elettorale.

Sin dai primi anni Novanta emerse pertanto una nuova nozione di corruzione, che lungi dall'arrestarsi al piano penale, coinvolgeva un novero ben più ampio di discipline¹⁰¹.

Oltre ad integrare gli estremi di una condotta penalmente rilevante, esiste infatti una connotazione più ampia del concetto di corruzione, la quale comprende al suo interno tutta una serie di comportamenti afferenti alle sfere dell'economia e del settore amministrativo che non necessariamente si sussumono nell'alveo delle norme incriminatrici. È proprio questa congerie di condotte gravitanti nella dimensione disfunzionale dell'esercizio del potere amministrativo che non può essere adeguatamente estirpata attraverso il solo strumento penale, necessitando di interventi mirati, generalmente di natura preventiva.

Il settore che costituisce la cartina di tornasole del livello di corruzione raggiunto in Italia è certamente quello degli appalti, che risente in particolare delle ingenti somme di denaro pubblico che rifluiscono nella realizzazione delle grandi opere e della difficoltà di effettuare controlli adeguati dei vari passaggi che caratterizzano le procedure di affidamento.

Il problema è stato recentemente affrontato dal legislatore, oltre che attraverso la speciale disciplina anticorruzione del 2012, con l'approntamento di specifiche disposizioni all'interno del nuovo codice degli appalti¹⁰², improntato a logiche di trasparenza, promozione della legalità e centralizzazione delle procedure di gara.

Anche le nuove norme, peraltro, sia pure rappresentando un importante punto di partenza nella lotta alla corruzione, si pongono soltanto al primo stadio del percorso iniziato dal legislatore, difettando al loro interno di una strategia unitaria di contrasto ai fenomeni corruttivi che tenga conto dell'intera vita della procedura competitiva. Il legislatore si è infatti preoccupato principalmente di disciplinare la fase dell'aggiudicazione dell'appalto (per i particolari rischi di corruzione insiti nel momento stesso dell'aggiudicazione, si pensi alle

¹⁰¹ Come acutamente affermato "il concetto di corruzione è concetto multilivello, e oscilla tra dimensione giuridica, etica ed economica", in tali termini Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015, p. 325.

¹⁰² Si tratta del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che ha recepito le direttive UE nn. 23,24 e 25 del 2014 sostituendo il precedente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

certificazioni antimafia, alle verifiche delle offerte etc.), lasciando però prive di adeguati sistemi di controllo le altre fasi della predisposizione dei bandi di gara e di esecuzione dei lavori, in tal modo vanificando almeno in parte gli sforzi prodotti.

Invero le prime e più nascoste – e come tali più pericolose – forme di corruzione si sviluppano proprio nella fase antecedente e successiva all'aggiudicazione della gara. Le maggiori difficoltà di controllare l'operato dell'amministrazione sono infatti insite all'interno dei procedimenti decisionali, ove maggiore è la discrezionalità attribuita all'ente.

La fase della programmazione dei settori cui destinare le risorse pubbliche attraverso l'indizione delle gare costituisce, infatti, il principale momento nel quale il principio del buon andamento viene ad essere fortemente compromesso da conflitti di interessi, potenziali o attuali, dei pubblici dipendenti, costituendo l'originario momento nel quale si registrano i primi embrioni della corruzione. Attraverso la predisposizione di bandi "cuciti su misura" e la previsione di particolari requisiti dimensionali, tecnici ed organizzativi sarebbe infatti agevole al funzionario disonesto preindividuare l'impresa che si aggiudicherà la gara, in tal modo garantendo alle imprese corruttrici la vittoria della procedura competitiva che, apparentemente, avviene senza irregolarità.

Ulteriori tentativi di corruzione si registrano nella fase successiva all'aggiudicazione, in cui deve essere data esecuzione al contratto stipulato dall'amministrazione con l'impresa vittoriosa.

Anche a tale fase deve essere dedicata la massima attenzione attraverso la predisposizione di strumenti amministrativi di prevenzione e di enti addetti alla vigilanza del rispetto delle condizioni contrattuali, ben potendo una cattiva conduzione dei lavori vanificare gli sforzi fatti nella predisposizione di misure anticorruzione nella fase precedente l'aggiudicazione dell'appalto¹⁰³.

¹⁰³ Grande attenzione al problema è stata riposta dalla Commissione europea, nella "Relazione sulla corruzione" del 3 febbraio 2014 consultabile su www.ec.europa.eu, secondo la quale "Secondo studi empirici, in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere, forniture e servizi. La Corte dei conti ha più volte constatato la correttezza della gara, il rispetto delle procedure e l'aggiudicazione dell'appalto all'offerta più vantaggiosa, anche se in compenso la qualità dei lavori viene intenzionalmente compromessa nella fase di esecuzione."

Invero, le principali difficoltà di controllo dell'operato degli amministratori pubblici convergono proprio nella fase di esecuzione dei contratti, ove, in parte a causa della scarsa regolamentazione dedicata dal legislatore e in parte a causa della carenza di trasparenza nella rinegoziazione dei termini contrattuali, possono verificarsi le maggiori occasioni di corruzione. Il problema, come di seguito verrà compiutamente analizzato, è soprattutto quello del controllo sulle varianti non necessarie e sulle asserite esigenze sopravvenute che importino nuovi e maggiori oneri per la pubblica amministrazione. Tali accorgimenti attribuiscono alle imprese ulteriori fonti di guadagno non previste dalla gara e, in assenza di puntuali controlli, finiscono col celare forme inedite di corruzione.

Tale *vulnus* nella fase di esecuzione degli appalti potrebbe adeguatamente essere risanato *de iure condendo* attraverso l'ampliamento dell'area della trasparenza e pubblicità degli atti di gara successivi all'aggiudicazione, consentendo una verifica - anche alle imprese concorrenti - della ragionevolezza delle scelte operate dall'amministrazione successivamente alla individuazione della impresa assegnataria.

Trasparenza e semplificazione si confermano così i principali strumenti di contrasto alla corruzione anche nel settore degli appalti, consentendo la prevenzione di fenomeni di collusione tra imprese ed amministratori, e dissipando le ombre che inevitabilmente aleggiano su alcune fasi della procedura di gara. Proprio per tali ragioni è da più parti invocata una profonda rivisitazione del sistema di aggiudicazione delle gare che tenga conto di un'effettiva esigenza di razionalizzazione e semplificazione delle procedure, in modo da evitare i passaggi che oscurano la trasparenza nell'utilizzo del denaro pubblico e aumentano le occasioni di contatto tra funzionari disonesti ed imprenditori senza scrupoli.

1.1. Riduzione della discrezionalità e perdita di efficienza

Dopo la stagione che ha visto nella repressione penale il principale strumento di contrasto del fenomeno corruttivo, i primi tentativi di arginare il malaffare dilagante nel settore dei contratti pubblici hanno riguardato la riduzione della discrezionalità delle stazioni appaltanti nell'assegnazione delle commesse pubbliche.

La nuova impostazione¹⁰⁴ prendeva le mosse dall'assunto secondo il quale la principale causa di corruzione nel settore degli appalti era insita nell'ampio potere riconosciuto ai dirigenti pubblici di incidere sull'assegnazione delle gare, pertanto ridurre lo spazio di manovra avrebbe significato - nelle intenzioni del legislatore - ridurre le occasioni di corruzione.

Il primo tentativo di irrigidire le maglie della discrezionalità, specie nel settore dei contratti pubblici, si è registrato negli anni Novanta all'esito dei grandi scandali corruttivi che avevano coinvolto la dirigenza pubblica italiana. In particolare, con la l. 109 del 1994, cd. legge Merloni, il legislatore limitò sensibilmente il ricorso alla trattativa privata, dando la precedenza al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, ritenuto più oggettivo rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁰⁵.

L'effetto prodotto dagli automatismi nella scelta del contraente è stato però ben lontano dai risultati sperati, l'irrigidimento delle procedure di gara portando con sé un inevitabile *deficit* di organizzazione ed efficienza nell'individuazione della *best choice* dell'amministrazione, impedendo la costruzione di procedure di affidamento specifiche e calibrate sulla natura del contratto da aggiudicare. Inoltre in quegli anni già si registrava un orientamento europeo di segno contrario, diretto a valorizzare le differenze tra le singole procedure e ad affidare alle capacità dei funzionari l'elaborazione di bandi che esaltassero le peculiarità dell'oggetto dell'appalto.

La discrezionalità è infatti caratteristica connaturata e necessaria al potere amministrativo, destinato ad incidere su aspetti dell'amministrazione così ampi da non poter essere (sempre) predeterminati dal legislatore, occorrendo il più delle volte una valutazione caso per caso che tenga conto delle specificità del settore nella quale è destinata a produrre i suoi effetti.

¹⁰⁴ Si tratta della stagione di riforme inaugurata a partire dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. legge Merloni, il cui spirito innovatore era animato dalla convinzione che la corruzione potesse essere ostacolata attraverso la riduzione degli spazi di discrezionalità dell'amministrazione e la creazione di automatismi tali da impedire l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

¹⁰⁵ Tale impostazione emerge anche dalla relazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, intitolata "Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa" e consultabile su www.anticorruzione.it, secondo cui "alcuni fenomeni di corruzione verificatisi agli inizi degli anni '90 provocarono il forte irrigidimento della normativa sui rapporti contrattuali tra enti pubblici e privati. Infatti, con l'emanazione della legge quadro sui lavori pubblici nel 1994 (legge 109/1994, cd. "legge Merloni") si è cercato di limitare il più possibile la discrezionalità dell'amministrazione a tutti i livelli del procedimento, sia per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione, con la previsione del divieto dell'utilizzo della procedura negoziata per gli appalti di importo superiore a 300.000 euro, sia con riferimento ai criteri di aggiudicazione, prevedendo per gli appalti di importo inferiore alla soglia Comunitaria, quale unico criterio adottabile, quello del prezzo più basso".

Come anticipato, le conseguenze di tali scelte non tardarono a mostrare l'incidenza sull'efficienza delle determinazioni dell'amministrazione. La crescente complessità dei lavori da eseguire e la difficoltà di stare al passo con le nuove tecnologie evidenziavano tutti i limiti di regole di gara "standardizzate", che non consentivano effettivamente di individuare la soluzione tecnica più efficace.

Le asimmetrie informative divengono così il nuovo problema da affrontare per le stazioni appaltanti, che spesso non sono in grado di preventivare le scelte tecniche preferibili nell'esecuzione di un appalto, dovendo necessariamente ricorrere al *know how* privato. In tal caso le lacune scientifiche non possono che essere colmate attraverso il ricorso a procedure competitive flessibili, che tengano conto delle peculiarità del servizio, dell'opera o della fornitura da realizzare.

Oggi tale divario è aumentato ulteriormente, non potendosi più prescindere - nell'elaborazione delle regole della gara - dalla concreta valutazione delle caratteristiche del mercato sul quale è destinata ad incidere e dell'oggetto del contratto, richiedendo pertanto l'instaurazione di un dialogo produttivo tra la stazione appaltante e le imprese concorrenti.

La scelta del legislatore, sia nel Codice dei contratti pubblici del 2006 che nel successivo d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - che ha sostituito il precedente - si è invece attestata nell'ottica di procedere ad un ampliamento delle procedure di aggiudicazione, sempre però nell'ambito dei modelli tipizzati dal legislatore. È evidente il limite di tale ragionamento, che riconosce ancora nella discrezionalità dei funzionari un fattore da contrastare per il ripristino della legalità. Tali soluzioni se da un lato recano un indubbio vantaggio in termini di riduzione del fenomeno corruttivo, devono essere opportunamente bilanciate con le esigenze di efficienza e buon andamento dell'amministrazione, beni tutelati a livello costituzionale¹⁰⁶.

Invero, soltanto attraverso la flessibilità nella scelta delle procedure più adeguate al caso concreto potranno colmarsi - proprio all'interno e nel corso della procedura, attraverso le interazioni tra stazione appaltante e imprese concorrenti - eventuali lacune informative

¹⁰⁶ Al riguardo viene esemplificativamente citato il noto esempio del sarto, confrontando la scelta della procedura di gara con il confezionamento di un abito. In tale contesto l'ordinamento europeo viene paragonato ad un vecchio sarto che tesse le regole della procedura di affidamento sulle "misure" dell'appalto, mentre l'ordinamento italiano assumerebbe le vesti di un grande magazzino che offre procedure di gara standardizzate, le quali inevitabilmente rischiano di non soddisfare pienamente le esigenze dettate dalle specificità dell'appalto. Il riferimento è a Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, op. cit., pp. 332 e ss.

dell'amministrazione, assicurando al contempo un rinnovamento delle conoscenze dell'ente e l'individuazione della migliore scelta espressa in sede di gara.

La tensione tra l'efficienza dell'azione amministrativa e la lotta alla corruzione si registra anche nella giurisprudenza amministrativa, che sempre più spesso si è trovata a giudicare sulle domande di subentro nel contratto promosse da imprese seconde classificate dinanzi a manifeste condotte illecite intervenute tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria.

In una recente vicenda giudiziaria il Consiglio di Stato ha apparentemente risolto la questione in senso favorevole all'amministrazione, valorizzando l'interesse pubblico alla celere realizzazione delle opere pubbliche dinanzi all'interesse individuale dell'impresa seconda classificata a vedersi riconosciuta la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e subentro nel contratto¹⁰⁷.

La dialettica tra lotta alla corruzione e completamento delle opere pubbliche è stata pertanto calibrata dal legislatore nel senso di attribuire prevalenza all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera di pubblica sull'interesse all'annullamento dell'aggiudicazione illegittima o alla revoca del contratto, non consentendo alle imprese seconde classificate di derogare alle ordinarie regole di impugnazione tempestiva degli atti della procedura.

In conclusione la soluzione al problema della corruzione non può essere individuata nella mera riduzione della discrezionalità delle stazioni appaltanti, bensì nell'implementazione delle regole di trasparenza e nella semplificazione, attraverso un ripensamento dell'intera materia della contrattualistica pubblica che tenga conto anche del perseguimento dell'efficienza dell'azione amministrativa.

¹⁰⁷ In particolare, all'esito di una procedura di gara che aveva visto l'aggiudicazione dei lavori per EXPO 2015 s.p.a. ad un RTI, emergevano - dopo circa un anno dall'aggiudicazione - fatti di corruzione particolarmente gravi idonei a condizionare l'intera procedura di gara, dai quali inoltre erano scaturite diverse misure cautelari a carico dei rappresentanti dell'amministrazione e degli organi apicali dell'impresa aggiudicataria. Nella vicenda *de qua* il giudice amministrativo di ultima istanza - contrariamente alla statuizione del giudice di prima cure - rigettava la domanda facendo valere la tardività del ricorso, presentato ad oltre un anno dall'aggiudicazione. Ma la suddetta pronuncia risulta particolarmente interessante ai fini del presente lavoro per le ulteriori considerazioni svolte dai giudici amministrativi che, non limitandosi alla declaratoria di inammissibilità, si spingono ad una valutazione complessiva della vicenda e della disciplina ad essa applicabile, rilevando che "la soluzione legislativa adottata con la normativa in questione - piaccia o no - ha qualificato come recessivo l'interesse delle imprese partecipanti alla gara a subentrare nel contratto, rispetto al primario interesse pubblico all'esecuzione di opere pubbliche considerate urgenti" come inevitabilmente dev'essere considerata EXPO 2015. Sul punto cfr. Cons. St., Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143.

2. Le nuove misure di contrasto alla corruzione all'interno della pubblica amministrazione

La legge n. 190 del 2012, nel disciplinare in modo organico le misure di contrasto al malaffare all'interno delle pubbliche amministrazioni ha posto per la prima volta l'attenzione sugli strumenti di diritto amministrativo che consentono di prevenire la diffusione di fenomeni corruttivi.

In particolare è possibile distinguere due sfere di intervento nell'idea riformista del legislatore. In primo luogo vi è una serie di disposizioni a carattere generale che sono applicabili a tutta l'attività amministrativa, dalla quale può idealmente distinguersi una disciplina specifica per la prevenzione della corruzione nel settore degli appalti, da sempre considerati il punto nevralgico delle interferenze del malaffare con la pubblica amministrazione.

Con riferimento alle misure generali particolare rilievo deve essere riconosciuto all'individuazione di un responsabile unico per la prevenzione della corruzione, introdotto dall'art.1, comma 7 della l. 190 del 2012.

Tale figura - che di norma ricoprirà anche la carica di responsabile per la trasparenza ai sensi dell'art. 43 del d.lgs. n. 33 del 2013 - svolge un ruolo chiave nell'ottica della prevenzione dei fenomeni corruttivi, essendogli attribuito il potere-dovere di verificare l'operato dei dipendenti dell'amministrazione, soprattutto se operanti in settori particolarmente esposti al rischio di corruzione (si pensi al settore dello smaltimento dei rifiuti ospedalieri).

Ulteriore potere attribuito al RPC è quello di verificare l'effettivo svolgimento della turnazione degli incarichi per evitare eccessive personalizzazioni dell'ufficio ed il rischio di maggiori influenze da parte di soggetti estranei all'amministrazione, ed assume il compito di vigilare sul rispetto delle disposizioni in tema di conflitto di interessi, inconfiribilità ed incompatibilità degli incarichi. Ma soprattutto, uno dei principali compiti del RPC consiste nella predisposizione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, su cui ci si soffermerà diffusamente *infra*, nel cap. III, par. 5.

Sempre con riferimento alle disposizioni a carattere generale applicabili a tutta l'attività amministrativa, rilievo fondamentale riveste l'inserimento del principio della trasparenza¹⁰⁸ tra i livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti sociali e civili che devono essere garantiti in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., sui cui ci si soffermerà ampiamente nel prosieguo del presente lavoro.

Ulteriore elemento comune a tutta la disciplina pubblicistica è l'introduzione espressa del divieto di conflitto di interessi¹⁰⁹. Tale disposizione, molto criticata, è stata inserita nel corpo della legge fondamentale sul procedimento, all'art. 6 *bis*.

La nuova previsione stabilisce l'obbligo di astensione - oltre il dovere di segnalare ogni situazione di conflitto, anche potenziale - per il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici tenuti all'adozione di pareri, valutazioni tecniche ed atti endoprocedimentali, oltre che ovviamente del provvedimento finale.

In caso di segnalazione di situazioni di conflitto il destinatario della stessa viene individuato nel superiore gerarchico, al quale la legge demanda il compito di valutare la sussistenza o meno di situazioni di incompatibilità tali da rendere non sereno o, anche solo non trasparente, l'esercizio del potere amministrativo. Se ritenuta sussistente la condizione di incompatibilità il superiore deve provvedere ad assegnare ad altro dipendente l'atto da compiere (sempre che non intenda avocare a sé il procedimento) per evitare le conseguenze derivanti dall'emanazione di un provvedimento emesso in una situazione di conflitto di interessi. In tal caso infatti il provvedimento sarebbe impugnabile dinanzi agli organi della

¹⁰⁸ Secondo la definizione contenuta nell'art. 11 del d.lgs. n. 150 del 2009, la trasparenza consiste "nell'accessibilità totale, anche attraverso la pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti allo scopo di favorirne forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità".

¹⁰⁹ In materia di conflitto di interessi nell'esercizio di funzioni pubbliche la giurisprudenza amministrativa si è espressa più volte, anche di recente. *Ex pluris* si veda T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 24 novembre 2016, n. 5463 secondo cui "la collocazione del Corpo di polizia municipale all'interno dell'organizzazione dell'Ente locale, consegue che al Comandante del corpo stesso non possono essere attribuite dai regolamenti locali, quali quello impugnato, funzioni di amministrazione attiva consistenti nell'adozione di provvedimenti amministrativi, sia essi di contenuto negativo, quali il diniego di autorizzazioni o concessioni, sia essi di contenuto positivo, quali il rilascio di provvedimenti ampliativi. Una simile potestà autorizzatoria, infatti, determina la sovrapposizione in capo ad una stessa figura, di funzioni di autorizzazione e al contempo di funzioni di vigilanza e controllo delle autorizzazioni rilasciate, generandosi un evidente conflitto di interessi, atteso che vengono in tal modo a coincidere in un unico soggetto la funzione di controllore dei provvedimenti che egli stesso ha rilasciato e degli atti amministrativi che ha a tal fine adottato, con conseguente dequotazione del principio di imparzialità, vulnerato, anche solo potenzialmente, laddove la funzione di controllore venga attribuita allo stesso soggetto controllato".

giustizia amministrativa per violazione di legge, ed il funzionario potrebbe essere chiamato a rispondere dei danni erariali eventualmente procurati all'amministrazione, oltre che incorrere in ipotesi di responsabilità disciplinare.

A titolo esemplificativo può analizzarsi un recente caso prospettato all'Autorità anticorruzione, concernente una segnalazione nella quale si evidenziava che il difensore di un ex dipendente dell'ente - che aveva presentato una parcella oggetto di un procedimento di rimborso - è altresì difensore dello stesso responsabile di settore (in vari giudizi ancora pendenti) chiamato a curare la pratica relativa alla procedura di rimborso.

L'ente evidenziava che in quelle circostanze, stante il rapporto diretto e di fiducia tra il responsabile di settore ed il difensore, era possibile un coinvolgimento della sfera privata del dirigente pubblico nel procedimento *de quo* idoneo ad inficiare la sua libertà di valutazione e tale da ingenerare un potenziale conflitto di interessi.

Al riguardo l'ANAC rilevò che "ai sensi dell'art. 6 *bis* della l. 241/1990, in combinato disposto con l'art. 7, co. 1, del d.p.r. 62/2013 e delle indicazioni contenute nell'Allegato 1 del PNA, sussiste un potenziale conflitto di interessi in capo al RUP nel caso in cui, in ordine ad un procedimento relativo al rimborso delle spese legali in favore di un ex dipendente di un ente locale, tale difensore presti la propria attività professionale in favore dello stesso responsabile del procedimento e l'ex dipendente sia chiamato, in qualità di testimone, ad intervenire in giudizi in cui il RUP è direttamente interessato"¹¹⁰.

È proprio dall'ampia casistica pratica che emerge il carattere solo apparentemente scontato del principio secondo cui chi abbia interesse in un procedimento non debba né possa occuparsi dello stesso, imponendo al legislatore di codificare il principio del divieto di conflitto di interessi¹¹¹.

Con riferimento all'ambito di applicazione della disposizione deve rilevarsi un orientamento giurisprudenziale, formatosi sia pure nel breve lasso di tempo intercorso dall'introduzione

¹¹⁰ Cfr. l'Orientamento n. 6/2015 dell'Autorità anticorruzione, in www.anticorruzione.it

¹¹¹ Invero si è molto discusso in dottrina sulla stessa opportunità della previsione espressa di una norma sul conflitto di interessi, tale principio ben potendosi ricavare oltre che dalle disposizioni inerenti il corretto esercizio dei poteri pubblici, dal generale principio di imparzialità e dovere di adempiere fedelmente ai propri doveri spettante ai funzionari amministrativi. In tale visione la necessità di una previsione espressa non potrebbe discendere che dal decadimento dai valori etici e dalla scarsa cultura della legalità che la nostra società sta attraversando.

dell'art. 6 bis della l. n. 241/90, secondo cui il dovere di astensione andrebbe circoscritto alle sole determinazioni dal contenuto discrezionale, in ragione del possibile condizionamento sulle scelte rimesse alla valutazione dell'amministratore, mentre andrebbe escluso con riferimento all'attività vincolata, ove i presupposti sono previamente indicati dal legislatore¹¹².

Complementare alla previsione del conflitto di interessi è la scelta delle amministrazioni di dotarsi di Codici di comportamento e prevedere corsi di formazione dei funzionari.

Come analizzato nei paragrafi che precedono, infatti, il primo e più efficace strumento di prevenzione della corruzione passa dall'insegnamento della cultura della legalità e professionalizzazione dei dipendenti.

Soltanto attraverso un processo culturale che consenta di marginalizzare l'asservimento della funzione a scopi privati sarà possibile estirpare la radice della corruzione nel nostro paese.

3. Misure di contrasto alla corruzione con riferimento allo specifico settore degli appalti pubblici

3.1. La centralizzazione delle committenze

Al fine di incentivare la riduzione dei costi a carico della finanza pubblica e la razionalizzazione della spesa, assicurando al contempo la qualità del servizio reso, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha introdotto un sistema di aggregazione della domanda attraverso le centrali di committenza e i sistemi di qualificazione.

¹¹² Secondo la giurisprudenza amministrativa "il dovere di astensione riguarda anche chi è chiamato ad espletare compiti di natura gestionale, ai sensi dell'art. 6 bis della l. n. 241/90, aggiunto dal comma 41 dell'art. 1, l. 6 novembre 2012 n. 190 (cosiddetta legge anticorruzione) - secondo il quale "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"-; il legislatore ha per tal via coniato un canone di generale applicazione, che postula ineludibili esigenze di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento; l'alveo applicativo di tale principio va ricondotto alle determinazioni dal contenuto discrezionale, che implicano quindi apprezzamenti di stampo soggettivo che ben possono, anche solo in astratto, essere condizionati dal fatto che chi concorre all'adozione dell'atto versa nella vicenda un interesse personale, ma non anche quando l'atto si fondi sulla oggettiva verifica di requisiti, presupposti o condizioni predeterminati da rigide previsioni normative". In tal senso cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17 marzo 2014, n. 580.

Secondo una parte della dottrina le principali ragioni dell'aggregazione andrebbero individuate nell'asimmetria informativa che regola il settore delle commesse pubbliche. Specie negli appalti di grandi dimensioni, infatti, accade spesso che la pubblica amministrazione non disponga delle conoscenze necessarie per la stessa predisposizione delle regole della gara. È proprio in tale contesto che la centralizzazione delle committenze realizza l'obiettivo di costituire un soggetto unitario, dotato di un patrimonio di competenze molto più ampio e tale da consentire una proficua collaborazione con le parti private.

I veri obiettivi della riforma, infatti, oltre che nella riduzione dei prezzi favorita dalle economie di scala¹¹³, consistono nell'elevazione qualitativa dell'azione amministrativa attraverso l'implementazione del *know-how* delle pubbliche amministrazioni, evitando al contempo "fenomeni di cattura" del funzionario pubblico non adeguatamente qualificato.

In chiave di prevenzione dei fenomeni corruttivi la centralizzazione delle committenze svolge un ruolo fondamentale impedendo, o quantomeno scoraggiando, contatti "abusivi" tra le imprese e le stazioni appaltanti attraverso la sottrazione delle procedure di gara ad una moltitudine di soggetti pubblici, più facilmente "avvicinabili" da intenti corruttori.

Non possono peraltro nascondersi gli effetti negativi della centralizzazione. In particolare la dottrina¹¹⁴ ha individuato un limite al funzionamento delle economie di scala nella diversificazione dei prodotti e dei servizi, oltre che delle condizioni dell'offerta. In altri termini si ritiene che un effettivo risparmio di spesa non possa prescindere dalla omogeneità dei beni e delle modalità attraverso le quali gli stessi sono immessi sul mercato: la riduzione ad unità infatti non terrebbe in debito conto le aspettative individuali dei destinatari dei beni medesimi¹¹⁵. Sotto altro profilo è stato anche evidenziato come l'aggregazione della domanda produca effetti negativi sulle piccole e medie imprese, rendendone maggiormente difficoltoso l'accesso alle commesse pubbliche, imponendo loro di aggregarsi oppure ottenere i presupposti necessari per la "qualificazione".

¹¹³ Il costo delle procedure di gara - soltanto per l'anno 2015 - è stato stimato in oltre 88 miliardi di euro, cfr. Documento di economia e finanza del Ministero dell'Economia e delle Finanze, 10 aprile 2016, p. 20.

¹¹⁴ Sul punto cfr. Comba M. E., *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2016, p. 1053.

¹¹⁵ Si tratta, a ben vedere, del ricorrente tema della riduzione della spesa (e della lotta alla corruzione) attraverso la riduzione della discrezionalità dell'amministrazione che, come visto nei paragrafi che precedono, rischia di arrecare soltanto un danno in termini di qualità del servizio reso, senza alcun effettivo beneficio in termini di risultati.

Anche con riferimento ai nuovi soggetti aggregatori si è posto un problema di individuazione della relativa natura, essendo di non poco momento le conseguenze ad essa connesse.

In particolare ci si è chiesto se le singole amministrazioni aggiudicatrici possano acquisire i servizi della centrale di committenza senza procedere ad una procedura ad evidenza pubblica¹¹⁶. Sul punto si registrano due impostazioni, una di natura comunitaria e l'altra più vicina alla tradizione della dottrina nazionale.

Secondo il primo orientamento le centrali di committenza devono essere qualificate alla stregua di amministrazioni aggiudicatrici, con la conseguenza che i relativi provvedimenti andrebbero imputati alla stessa amministrazione che ha indetto la gara. Si tratterebbe di un'impostazione che vede nei soggetti aggregatori una sorta di intermediari nell'acquisizione di beni e servizi, avente ad oggetto come destinatario finale la singola amministrazione aggiudicatrice.

Secondo una diversa impostazione i soggetti aggregati agirebbero in veste di un'implicita delega all'esercizio della singola procedura di gara, dovendo pertanto qualificarsi alla stregua di moduli organizzativi privi di rilevanza autonoma. Accedendo al tale impostazione i singoli atti della procedura andranno imputati direttamente alle amministrazioni in favore delle quali la gara è stata indetta.

Rispetto alla nozione di qualificazione, il primo nodo interpretativo da sciogliere concerne la distinzione tra la nozione di centrali di committenza e soggetti aggregatori. La soluzione è offerta dallo stesso legislatore, che al comma 1, lett. i), dell'art. 3 del nuovo Codice dei Contratti definisce le centrali di committenza come "amministrazioni aggiudicatrici che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie"; mentre per soggetto aggregatore si devono intendere "le centrali di committenza iscritte nell'apposito elenco istituito ai sensi della legge 23 giugno 2014, n. 89" (si tratta dell'elenco soggetti aggregatori istituito presso l'ANAC).

Venendo alla disciplina delle nuove forme di aggregazione e centralizzazione delle committenze e dei relativi sistemi di qualificazione, vengono in rilievo le disposizioni contenute negli artt. 37 e 38 del nuovo Codice degli appalti.

¹¹⁶ In termini si esprime Comba M. E., *Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano*, op. cit., p. 1054.

In particolare, ai sensi dell'art. 37 cit. viene espressamente prevista la facoltà per le stazioni appaltanti di procedere "direttamente ed autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro". Laddove le opere commissionate eccedano tale soglia, le stazioni appaltanti - ai sensi dell'articolo 38 - devono ottenere la qualificazione alle condizioni da individuarsi con D.P.C.M., oppure possono alternativamente aggregarsi tra loro o ricorrere ad una centrale di committenza.

Ai sensi del comma 7 della disposizione in parola le centrali di committenza possono altresì aggiudicare appalti, stipulare ed eseguire i contratti per conto delle amministrazioni aggiudicatrici, stipulare accordi quadro e gestire sistemi dinamici di acquisizione e mercati elettronici. Soltanto se qualificate, invece, le centrali di committenza possono svolgere attività di committenza ausiliarie in favore di altre centrali di committenza¹¹⁷.

Al fine di favorire gli scambi e la tutela della concorrenza nell'ambito dell'Unione Europea il comma 13 dell'art. 37 cit. dispone espressamente che le stazioni appaltanti possono ricorrere ad una centrale di committenza ubicata anche in un altro Stato membro dell'Unione. In tal caso però il legislatore interno lo consente con esclusivo riferimento alle attività di centralizzazione delle committenze "svolte nella forma di acquisizione centralizzata di forniture e servizi a stazioni appaltanti" e dispone che l'attività della centrale di committenza sia effettuata conformemente alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata la stessa.

La disciplina della qualificazione è invece contenuta - almeno in termini di normativa di principio - nell'art. 38 del nuovo Codice, ove è espressamente previsto che la qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce di importo.

Il legislatore rimanda ad un Decreto del Presidente del Consiglio l'individuazione dei requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione delle stazioni appaltanti al predetto elenco, limitandosi

¹¹⁷ Ai sensi della lett. m) dell'art. 3 del nuovo Codice degli appalti per "attività di committenza ausiliarie" devono intendersi "le attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata; gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata".

ad individuare dei parametri generali ai quali tale normativa deve attenersi. In particolare, vengono evidenziati i criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, oltre alla capacità di programmazione e di verifica delle relative procedure da parte dei soggetti aggregatori¹¹⁸.

Al fine di garantire l'effettività della qualificazione si stabilisce altresì che la stessa abbia una durata non superiore ai 5 anni e sia soggetta a controlli periodici da parte della ANAC. Al riguardo deve rilevarsi come il principale effetto della mancata qualificazione o esclusione dal relativo registro consiste nel diniego del rilascio da parte dell'ANAC del codice identificativo di gara alle stazioni appaltanti.

Dal complesso quadro disegnato dal legislatore, ne deriva che la disciplina della qualificazione compete in parte all'Autorità nazionale anticorruzione ed in parte ad un atto di normazione secondaria, il D.P.C.M..

A tale atto normativo è demandato il compito, sulla base dei criteri individuati dal legislatore, di individuare i requisiti tecnico-organizzativi per ottenere la qualificazione. In modo complementare, la gestione della procedura viene attribuita all'ANAC, quale organo deputato alla gestione di un apposito elenco dei soggetti qualificati, conferendole il potere di procedere anche alle "qualificazioni con riserva" per garantire alle stazioni appaltanti di dotarsi dei requisiti necessari all'iscrizione nel relativo registro.

Il nuovo sistema, pur non essendo a pieno regime in vista dell'emanazione del decreto contenente i criteri per l'iscrizione all'albo delle stazioni appaltanti qualificate¹¹⁹, lascia emergere l'importanza della nuova disciplina, sol che si pensi al rischio conseguente ad un numero così elevato di stazioni appaltanti ed alla parcellizzazione delle procedure di aggiudicazione. In tale contesto, infatti, la difficoltà di approntare bandi di gara adeguati alla complessità dell'appalto senza le relative competenze tecniche induce spesso l'amministrazione a ricorrere - anche in via informale - a studi privati dotati di alta specializzazione, determinando il pericolo di influenze indebite sulla procedura di gara, spesso preludio di veri e propri fenomeni corruttivi.

¹¹⁸ Pur rinviando alla normativa di dettaglio, il legislatore - in modo almeno in parte contraddittorio - esplicita ulteriori parametri in base ai quali attribuire la qualificazione concernenti le strutture organizzative, i sistemi di aggiornamento del personale, il numero di gare svolte nel triennio antecedente ed il rispetto dei tempi previsti per il pagamento dei fornitori.

¹¹⁹ In assenza della disciplina di dettaglio la regolamentazione continua ad essere quella dell'iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, istituita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

3.1.1. Effetti della nuova disciplina sulla lotta alla corruzione.

Aspetto primario della regolamentazione sulla centralizzazione delle committenze concerne l'efficacia delle nuove misure nella lotta alla corruzione.

In primo luogo deve rilevarsi il positivo effetto della considerevole riduzione delle stazioni appaltanti sull'esigenza di controllare un numero sensibilmente minore di amministrazioni aggiudicatrici, favorendo effettivamente il rispetto della disciplina in materia di contratti pubblici.

Sebbene, infatti, negli ultimi anni si sia operata un'intensa opera di semplificazione della relativa regolamentazione, la disciplina contenuta nel nuovo Codice resta estremamente complessa e specializzata, rendendo difficoltosa la partecipazione delle imprese alle gare per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche, spesso fondate su presupposti e requisiti variabili da amministrazione ad amministrazione. Inoltre la centralizzazione delle committenze consente di potenziare gli strumenti di verifica e controllo dell'attività di affidamento delle commesse pubbliche anche per effetto della vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione, su cui ci si soffermerà diffusamente *infra*, cap. III.

Aspetto fondamentale concerne inoltre la scissione tra l'ente che indice la gara e il destinatario finale della prestazione. L'ente che predispone il bando per l'affidamento dell'appalto non è lo stesso che se ne serve, in tal modo ostacolando fenomeni di "avvicinamento" dei funzionari pubblici da parte dei partecipanti alla gara.

Inoltre, come notato in precedenza, la sottrazione dei criteri delle procedure di affidamento alle amministrazioni locali determina l'ulteriore effetto positivo di scoraggiare prassi illecite consistenti nella indizione di gare (attraverso la previsione di bandi cd. su misura) prive di un'effettiva utilità per l'ente, indette in realtà al solo fine di favorire una determinata impresa. In tal caso assume rilievo preminente la fase della individuazione del fabbisogno e della programmazione della spesa da parte dell'ente, che dovrà assumere una congrua motivazione che andrà ad essere comunicata anche alla centrale di committenza.

La funzione di prevenzione dei fenomeni corruttivi emerge anche dalla previsione del legislatore di inserire, tra i requisiti premianti ai fini della individuazione dei criteri di

qualificazione delle centrali di committenza, la valutazione positiva dell'ANAC "in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità". Si tratta di misure ricorrenti nel nuovo Codice degli appalti e dirette a rafforzare le misure di prevenzione dei fenomeni di *mala gestio* delle risorse pubbliche, attraverso il controllo operato a monte sulle imprese partecipanti alla gara.

Ancora, l'attribuzione ai soggetti aggregatori della predisposizione di bandi di gara unitari consente la verifica delle condizioni contrattuali applicate su tutto il territorio nazionale, impedendo prassi discriminatorie¹²⁰. Attraverso le procedure unitarie, infatti, le singole imprese partecipanti potranno agevolmente verificare l'inserimento di clausole abusive rispetto a contratti del tutto analoghi stipulati in precedenza dai soggetti aggregatori.

Infine deve evidenziarsi come la prevenzione dei fenomeni corruttivi congenita alla concentrazione delle stazioni appaltanti deve andare di pari passo con la professionalizzazione degli addetti alle procedure di gara, favorendo lo scambio delle competenze tecniche necessarie per garantire un effettivo dialogo tra le stazioni appaltanti e le imprese partecipanti alla gara.

Solo in tal modo sarà possibile realizzare quel precario equilibrio tra la tutela della legalità e l'efficienza dell'amministrazione che consenta di rendere la gara un effettivo strumento attraverso il quale scegliere la migliore soluzione possibile.

La (sola) riduzione del margine di discrezionalità dell'amministrazione rischia invero di ledere il buon andamento dell'azione amministrativa, se non accompagnata da un'effettiva innovazione delle competenze professionali dei suoi funzionari che consentano la predisposizione delle migliori regole di gara in base all'oggetto dell'appalto.

3.2. I criteri di aggiudicazione

¹²⁰ È stato autorevolmente notato come frequentemente le singole amministrazioni "cercano di acquistare al di fuori delle convenzioni Consip, affermando di avere bisogno di un bene con caratteristiche molto peculiari, non soddisfatte da quelli disponibili con quelle convenzioni. Questa tendenza ha generato, nella legislazione recente e nella sua attuazione, una sorta di gioco di guardie e ladri" Mattarella B. G., La centralizzazione delle committenze, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016, p. 616.

Una delle principali novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici è costituita dalla netta preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) a quello del prezzo più basso.

In perfetta sintonia con le direttive del 2014, il legislatore ha optato per il superamento della tendenziale equiparazione tra i criteri di aggiudicazione delle gare di cui al d. lgs. n. 163 del 2006. La preferenza accordata all'OEPV - oltre che per ragioni strettamente legate alla qualità dell'offerta - si inserisce nel più ampio quadro di soluzioni determinate dal legislatore per ostacolare la corruzione negli appalti. Come è stato notato, infatti, la scelta di favorire il criterio dell'OEPV nell'ordinamento nazionale "discende anche da ragioni di contesto sociale e criminale. Si teme che il criterio del prezzo più basso, oltre a non garantire la migliore qualità della prestazione, possa prestarsi a sfruttamento della manodopera, o a pratiche abusive e corruttive, dove l'aggiudicazione al minor prezzo viene seguita da varianti in corso d'opera"¹²¹.

Il cambio di rotta rappresenta una delle innovazioni più decisive nel superamento dell'ideologia, tipica della legge Merloni e talvolta ancora attuale, di garantire la prevenzione dei fenomeni corruttivi attraverso la riduzione della discrezionalità dell'amministrazione.

Attraverso la nuova disposizione il legislatore si rende perfettamente conto dell'errore di metodo consistito nel cercare di porre un argine alle prassi corruttive attraverso l'imbrigliamento delle scelte dell'amministrazione. È stato ampiamente chiarito come la discrezionalità rappresenti un momento fondamentale per la ponderazione degli interessi pubblici e privati senza il quale si priverebbe l'amministrazione del principale propulsore che garantisce il funzionamento della complessa macchina pubblica.

Attribuire l'affidamento di grandi opere sulla base di un mero calcolo matematico dell'offerta più bassa non solo non significa garantire effettivamente un risparmio di spesa in favore dell'amministrazione - che potrebbe trovarsi a dover fronteggiare costi sensibilmente maggiori a causa del complesso "gioco" delle varianti in corso d'opera, cui il settore delle commesse pubbliche è spesso sottoposto - ma aprirebbe un varco enorme a prassi corruttive idonee a indirizzare agevolmente l'affidamento delle procedure.

¹²¹ In tali termini si esprime De Nictolis R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2016, p. 529.

In aggiunta, un sistema di aggiudicazione fondato sull'offerta più bassa consente alle imprese corrotte, spesso dotate di grandi capitali sommersi, di aggiudicarsi la gara e poi di rifarsi sulle somme ribassate attraverso il risparmio dei materiali e la compiacenza di funzionari disonesti nell'approvazione delle varianti. Ritorna così il secondo errore determinante dell'equazione riduzione della discrezionalità/lotta alla corruzione, ovvero il *vulnus* in termini di qualità del servizio reso ai cittadini.

Il riconoscimento di un certo margine di opinabilità in sede di valutazione dei criteri di aggiudicazione ha sensibili ripercussioni anche sul piano della giurisdizione, ridefinendo i limiti del sindacato sulle scelte tecnico-discrezionali dell'amministrazione.¹²²

La nuova impostazione seguita dal legislatore parte proprio dal duplice obiettivo di combattere il fenomeno corruttivo all'interno degli appalti senza rinunciare all'efficienza e garantire la qualità del servizio attraverso un'accurata selezione dell'offerta migliore, che tenga conto delle specificità del settore e della commessa pubblica che deve essere affidata.

È per tali ragioni che il nuovo art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016 introduce, quale criterio cui tener conto nell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il rapporto qualità/prezzo - cd. *best price quality ratio*¹²³ - e la valutazione dei costi secondo lo schema costi/efficacia.

¹²² In una recente pronuncia del TAR di Firenze, infatti, è stato confermato l'orientamento secondo cui il giudice amministrativo può sindacare le scelte dell'amministrazione sui criteri dell'OEPV solo nei casi di manifesta irragionevolezza o errore macroscopico, negli altri casi dovendosi salvaguardare il principio di separazione dei poteri. La pronuncia in questione ricostruisce puntualmente la natura delle determinazioni dell'amministrazione e l'ambito del sindacato del giudice amministrativo, ragione per la quale vale la pena riportarne un passo particolarmente significativo "nelle gare pubbliche da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Amministrazione non applica scienze esatte, che conducono ad un risultato certo e univoco, ma formula un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità, l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto dalla commissione giudicatrice, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dalla Pubblica amministrazione, il Giudice Amministrativo non potrà sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo della stessa la propria giacchè, diversamente, egli sostituirebbe un giudizio opinabile (quello della commissione giudicatrice) con uno altrettanto opinabile (quello del consulente o del giudice), assumendo così un potere che la legge riserva all'Amministrazione", così T.A.R. Firenze, Toscana, Sez. III, 03 ottobre 2016, n. 1425.

¹²³ Cfr. Lacava C., I criteri di aggiudicazione, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 459.

Al di là delle formule matematiche utilizzate ai fini dell'individuazione dei parametri di valutazione dell'OEPV¹²⁴, la vera innovazione nelle procedure di aggiudicazione delle commesse pubbliche consiste nel dotare l'amministrazione - anche attraverso un maggiore potere discrezionale - degli strumenti per prendere in considerazione i costi del ciclo della vita e selezionare l'offerta migliore all'esito della procedura.

L'inserimento dei costi del ciclo della vita tra i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce, infatti, una delle principali novità del nuovo Codice degli appalti.

Si tratta di una previsione con la quale il legislatore, recependo la disciplina comunitaria¹²⁵, si pone l'obiettivo di migliorare la qualità delle offerte attraverso criteri di scelta che tengano conto dell'incidenza complessiva dei costi di un prodotto, servizio o lavoro, dal momento dell'acquisizione fino alla fase dello smaltimento¹²⁶.

Attraverso la valutazione dei costi legati all'intero ciclo di vita di un prodotto, il legislatore mostra un rinnovato interesse alle tematiche ambientali e sociali, incentivando le stazioni appaltanti a considerare non solo i costi relativi dell'utilizzo di un prodotto, ma anche quelli connessi alle cd. esternalità ambientali (in tale ottica il nuovo Codice consente alla stazione appaltante di non aggiudicare l'appalto all'impresa che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa se questa non rispetta "gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali" in virtù del richiamo operato al co. 3 dell'art. 30 da parte dell'art. 94, co. 2).

Tornando ai criteri di aggiudicazione, occorre rilevare che - sia pure relegandolo ad ipotesi residuali - il legislatore non esclude del tutto il criterio del prezzo più basso, ma in tal caso

¹²⁴ Si tratta di formule alquanto complesse individuate attraverso atti di *soft law* dall'ANAC. Cfr. Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 - Linee Guida n. 2, su www.anticorruzione.it.

¹²⁵ Cfr. il Considerando n. 92 della Direttiva 2014/24/UE secondo cui "al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, la decisione di aggiudicazione dell'appalto non dovrebbe basarsi solo su criteri che prescindono dai costi. I criteri qualitativi dovrebbero pertanto essere accompagnati da un criterio basato sui costi che potrebbe, a scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, basarsi sul prezzo o su un approccio costo/efficacia, come ad esempio la determinazione dei costi del ciclo di vita".

¹²⁶ Il legislatore nazionale fornisce, ai sensi dell'art. 96, co. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 una definizione dei costi del ciclo di vita che comprendono "in quanto pertinenti, tutti i seguenti costi, o parti di essi, legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro: a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: 1) costi relativi all'acquisizione; 2) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; 3) costi di manutenzione; 4) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio".

l'amministrazione è tenuta a fornire una specifica motivazione della scelta e delle ragioni che l'abbiano indotta a superare il criterio generale dell'OEPV¹²⁷.

Invero, in altre ipotesi è lo stesso legislatore a prevedere come esclusivo il criterio generale dell'OEPV, specie nei casi ove la discrezionalità potrebbe comportare maggiori abusi da parte dell'amministrazione, o perché si tratta di prestazioni intellettuali o perché c'è il rischio di un eccessivo sfruttamento della manodopera ove si utilizzi il criterio del prezzo più basso¹²⁸.

Deve peraltro rilevarsi come la finalità di prevenzione dei fenomeni corruttivi nell'esercizio dei poteri pubblicistici, come ricordato in più occasioni in precedenza, deve essere sempre bilanciata con le esigenze di semplificazione ed efficientamento dell'azione amministrativa, non potendo andare a scapito della qualità delle commesse pubbliche.

Per tali ragioni il legislatore ha previsto una deroga in relazione ad una determinata soglia (gli affidamenti sino a 40.000 euro) in base alla quale è sempre possibile ricorrere al criterio del minor prezzo, in ragione della eccessiva complessità richiesta ai fini dell'approntamento dei criteri dell'OEPV, complessità sproporzionata rispetto all'esiguo valore dell'affidamento e che andrebbe a ripercuotersi negativamente sull'intera procedura di gara.

3.2.1. L'esclusione delle offerte anomale e gli incentivi per la legalità

Anche la disciplina delle offerte anomale svolge un ruolo fondamentale nel contrasto dell'illegalità nel settore degli appalti.

La proposizione di un'offerta al di sotto delle soglie di anomalia rischia invero di avvantaggiare gli operatori più spregiudicati in danno di quelli più affidabili, creando le condizioni favorevoli alla diffusione di fenomeni collusivi tra mafia e imprenditoria, spesso preludio inesorabile di vicende corruttive all'interno della pubblica amministrazione.

¹²⁷ Ad ogni modo il legislatore individua dei presupposti (esclusivamente) in presenza dei quali è ammesso, facoltativamente, il ricorso al criterio del prezzo più basso: a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

¹²⁸ In tali termini De Nictolis R., Il nuovo Codice dei contratti pubblici, op. cit., p. 530.

In assenza di connotazioni di diritto positivo, la nozione di anomalia è ricostruita dalla interpretazione della giurisprudenza e della dottrina, che vi ricomprendono quelle offerte a condizioni talmente vantaggiose da lasciar presagire il sospetto di una scarsa serietà dell'impegno e di una possibile non corretta esecuzione dell'appalto a causa del mancato profitto che trarrebbe l'imprenditore dall'esecuzione del contratto. Sulla funzione del procedimento di verifica dell'anomalia è recentemente intervenuto il supremo Consesso amministrativo, secondo cui "nelle gare pubbliche il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta economica non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze della stessa, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto"¹²⁹.

Il giudizio di anomalia delle offerte avrebbe pertanto il duplice scopo, da un lato, di tutelare l'interesse pubblico alla correttezza della procedura di gara, assicurando che la scelta del miglior contraente avvenga in un contesto scevro da condizionamenti illeciti, dall'altro lato assicura il rispetto delle regole del mercato, evitando distorsioni del principio di concorrenza.

Al fine di impedire automatismi idonei a ledere il diritto di difesa ex art. 24 Cost.¹³⁰ ed a frustrare le capacità tecnico-organizzative degli operatori economici, il legislatore ha previsto l'apertura di un sub procedimento diretto fornire, su richiesta della stazione appaltante, giustificazioni e spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte ritenute anormalmente basse. Le richieste di chiarimenti, così come le risposte, devono avvenire per iscritto, garantendo ai partecipanti alla gara un termine di quindici giorni per preparare le spiegazioni tecniche necessarie a supportare la fattibilità delle proprie proposte. Soltanto all'esito di tale procedimento, che si svolge nel pieno rispetto delle regole del

¹²⁹ Cfr. Cons. St., Sez. V, 13 giugno 2016, n. 2547.

¹³⁰ Il divieto di esclusione automatica delle offerte anomale è principio di matrice giurisprudenziale. Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa "nel giudizio di anomalia delle offerte, è sempre considerato centrale il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione dell'offerta, la attenta valutazione e ponderazione delle giustificazioni presentate dall'impresa «sospettata» di aver presentato un'offerta anormalmente bassa, atteso che l'esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di tale offerta rischia di pregiudicare i principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa. Inoltre, l'art. 55 della direttiva 2004/18/CE prevede espressamente che, tra gli elementi che la stazione appaltante può prendere in considerazione prima di respingere l'offerta che appare anormalmente bassa vi siano: a) l'economia del metodo di prestazione del servizio (che include anche eventuali economie di scale legate alla contestuale erogazione di quel servizio a più soggetti); b) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente (anche nell'acquisto dei materiali). Si tratta proprio degli elementi valorizzatori del giudizio di non anomalia della stazione appaltante", così Cons. St., Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 473.

contraddittorio, l'amministrazione aggiudicatrice può procedere all'esclusione dell'offerta se le prove fornite non giustificano sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi individuati.

La nuova disciplina di cui all'art. 97, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 lascia sostanzialmente invariate le modalità di calcolo per l'anomalia delle offerte valutate col criterio dell'OEPV, mentre individua una serie di complessi di criteri matematici (ben cinque) per determinare la soglia di anomalia nel caso in cui la stazione appaltante utilizzi il criterio del prezzo più basso. Tale scelta desta qualche perplessità visto il rilievo - solo residuale - assunto nel nuovo Codice dei contratti dal criterio del minor prezzo, soprattutto in vista di una regolamentazione connotata forse da un'eccessiva complessità a fronte della funzione marginale che il legislatore attribuisce al nuovo criterio.

Inoltre, sempre nell'ottica della prevenzione di fenomeni corruttivi, il comma 1 dell'art. 95, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 consente alle stazioni appaltanti di prevedere incentivi in relazione al *rating* di legalità dell'offerente, in tal modo agevolando quelle imprese in grado di dimostrare di aver sempre operato entro i limiti della correttezza e della legalità. A tal fine potrebbe anche obiettarsi che misure del genere - che consistono nel qualificare come requisito premiante il rispetto della legalità - finiscono con lo svilire l'etica professionale, rendendola un obbligo giuridico prima ancora che (come dovrebbe essere) morale.

Sebbene tali critiche colgono nel segno non può nascondersi l'esigenza di una profonda riforma culturale nell'ottica di prevenzione del fenomeno della *mala gestio* all'interno dell'amministrazione, specie nel settore degli appalti, a causa delle ingenti quantità di denaro pubblico difficilmente assoggettabili a controllo. Se in Italia gli indici della percezione della corruzione avvertita pongono il nostro paese agli ultimi posti in Europa, l'ingresso di norme che incentivano il rispetto della legalità trova piena legittimazione nell'ordinamento nazionale, indicando la strada al legislatore per implementare gli sforzi - encomiabili, ma non ancora sufficienti - per contrastare, attraverso la repressione penale e la prevenzione amministrativa, la piaga della corruzione.

4. La prevenzione attraverso le documentazioni antimafia

Una delle principali tappe nella prevenzione amministrativa della corruzione è rappresentata dal rinnovamento della disciplina in tema di documentazione antimafia¹³¹.

Invero il settore degli appalti costituisce più di ogni altro un obiettivo sensibile per la criminalità organizzata a causa degli ingenti capitali pubblici che ogni anno vengono investiti per la realizzazione delle grandi opere. È proprio attraverso le verifiche sulla compagine sociale delle imprese che prendono parte alle procedure di aggiudicazione che è possibile intervenire in tempo per garantire la regolarità delle gare e prevenire i fenomeni di malcostume gravitanti nell'orbita della corruzione.

L'accesso incontrollato alle gare pubbliche, infatti, rischia di favorire proprio le imprese mafiose per la duplice ragione che consente loro di proporre offerte al ribasso giustificate dall'accesso abusivo alle informazioni di gara e dalla disponibilità di capitali illeciti, e soprattutto determina un decremento qualitativo delle opere da realizzare visto il pericolo del ricorso a materiali scadenti per massimizzare i profitti.

Le recenti vicende giudiziarie che hanno coinvolto il settore degli appalti hanno mostrato i limiti di un sistema fondato sulla repressione penale, ove le pene inflitte seguono sempre alla commissione di reati che hanno già prodotto i loro effetti negativi sulla funzione pubblica. Per far fronte a tali necessità il legislatore ha optato per la prevenzione dei fenomeni del malaffare attraverso un'accurata disciplina dei requisiti soggettivi che ciascuna società deve possedere per poter contrattare con la pubblica amministrazione.

In particolare il Codice delle leggi antimafia, istituito con d.lgs. n. 159 del 2011, ha puntualmente disciplinato la documentazione antimafia necessaria per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, costituita dai provvedimenti amministrativi attraverso i quali la Pubblica Amministrazione viene resa edotta, preliminarmente rispetto all'esecuzione del contratto, dell'esistenza di pericoli di infiltrazioni mafiose a carico delle imprese partecipanti¹³².

¹³¹ Il legame tra le strategie di prevenzione del fenomeno corruttivo ed il contrasto alle mafie appare ormai un elemento imprescindibile in ogni sistema giuridico contemporaneo. Anche in dottrina viene autorevolmente affermato che "il tema delle verifiche antimafia si salda perfettamente con le politiche in materia di prevenzione della corruzione ed affermazione della trasparenza amministrativa", cfr. Lacava F., *Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato del g.a.*, in *Amministrativamente*, 7-9, 2015, p. 3.

¹³² Copiosa in materia è la giurisprudenza amministrativa sulla documentazione antimafia. Con particolare riferimento agli effetti si veda di recente T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 21 aprile 2016, n. 2114. Secondo i giudici amministrativi "l'art. 94, d.lg. 6 settembre 2011 n. 159 differenzia gli effetti della documentazione

Tali informative, che all'esito del processo di semplificazione della documentazione antimafia si distinguono in comunicazioni¹³³ ed informazioni¹³⁴, consistono in misure di prevenzione di natura amministrativa e costituiscono una forte anticipazione della tutela della regolarità delle gare e della prevenzione del malcostume nel settore dei contratti pubblici.

Quanto ai presupposti per l'emanazione della misura interdittiva, la stessa si deve basare su elementi attuali e pertinenti, dai quali sia ragionevolmente desumibile un tentativo di ingerenza mafiosa nella compagine sociale. Non occorre, invece, l'accertamento oltre ogni ragionevole dubbio della contiguità con organizzazioni malavitose e del condizionamento in atto dell'attività di impresa, essendo sufficiente la mera dimostrazione del rischio del pregiudizio, prodotta attraverso la verifica di elementi sintomatici e fatti indizianti che, considerati e valutati nel loro complesso, inducano ad ipotizzare la sussistenza di un collegamento tra impresa e criminalità organizzata.

Al riguardo, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinario, alle informative antimafia - non trattandosi nemmeno latamente di provvedimenti sanzionatori - non può applicarsi il grado di certezza della prova tipico del giudizio penale poiché in tal modo verrebbe vanificata la finalità anticipatoria dell'informativa, che è quella di prevenire un grave pericolo e non già quella di punire, nemmeno in modo indiretto, una condotta penalmente rilevante. Invero, i presupposti dell'informativa possono anche fondarsi su elementi non penalmente rilevanti o su fatti e condotte già oggetto di un processo penale terminato con giudizio di proscioglimento o di assoluzione¹³⁵.

antimafia in antecedenti, aventi natura inibitoria (primo comma), e successivi, aventi natura risolutiva o estintiva del rapporto patrimoniale (secondo comma), in quest'ultimo caso, prevedendo l'eventualità di una loro conservazione in ipotesi di prevalenza sull'interesse alla sicurezza pubblica di quello, altrettanto pubblico, connesso alla continuità del servizio o all'ultimazione dei lavori. Trattasi di disciplina applicabile anche nel caso in cui emergano elementi relativi a tentativi di infiltrazione (quarto comma). Ne discende che, fondando l'informazione antimafia sulla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, in base ad accertamenti compiuti dal Prefetto ai sensi dell'art. 84 comma 4, lett. d), d.lg. n. 159 del 2011, si rivela priva di significatività la mancata adozione di una misura di prevenzione applicata con provvedimento definitivo".

¹³³ La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza, o meno, di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del d.lgs. 159/2011. Si tratta dei provvedimenti definitivi di applicazione delle misure di prevenzione di cui all'art. 5 del codice e delle condanne con sentenza definitiva per taluno dei delitti previsti dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.

¹³⁴ L'informazione antimafia si distingue dalla comunicazione per l'ampiezza dell'oggetto, che comprende anche l'indicazione circa la sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, diretti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate.

¹³⁵ Gli effetti delle informative e l'esigenza di contemperamento tra le funzioni che sono chiamate ad adempiere sono stati di recente sottolineati dal Consiglio di Stato: "l'interdittiva antimafia è una misura volta, ad un tempo, alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del

Deve peraltro evidenziarsi che la delicatezza delle questioni coinvolte e le ingenti conseguenze economiche che ricadono sull'attività d'impresa impongono sempre all'Autorità procedente una corretta e ponderata valutazione degli interessi in conflitto: quello privato, relativo alla libertà di iniziativa economica, e quello pubblico relativo alla tutela dell'ordine pubblico.

La duplice funzione svolta dalle informative, dirette al contempo a tutelare l'ordine pubblico economico e a non restringere oltre quanto necessario la libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 della Carta costituzionale, impone un equilibrato bilanciamento degli oneri cui ciascuna impresa è tenuta a rispettare per ottenere l'esecuzione dell'appalto, in modo da non rendere eccessivamente impervio l'accesso alle gare¹³⁶.

Proprio per la particolare efficacia interdittiva di cui sono dotati, tali provvedimenti vengono emessi sulla base di un'approfondita indagine da parte del Prefetto, il quale dispone di ampi poteri di verifica e controllo delle informazioni reperite dalle Autorità di polizia¹³⁷.

Sul punto occorre peraltro distinguere le informative prefettizie in tipiche e atipiche. Soltanto le prime sono infatti dotate di carattere vincolante per l'amministrazione ricevente, costringendo la stazione appaltante ad interrompere il rapporto con l'impresa raggiunta dall'informativa e sospettata di infiltrazioni mafiose. Le informative cd. atipiche, pur fondandosi sui medesimi presupposti, si differenziavano dalle precedenti in quanto lasciavano ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice l'opportunità di mantenere in vita il rapporto contrattuale con l'impresa raggiunta dall'informativa.

buon andamento della pubblica Amministrazione: nella sostanza comporta che il Prefetto escluda che un imprenditore - pur dotato di adeguati mezzi economici e di una adeguata organizzazione - meriti la fiducia delle Istituzioni (vale a dire che risulti «affidabile») e possa essere titolare di rapporti contrattuali con le Pubbliche Amministrazioni o degli altri titoli abilitativi, individuati dalla legge". Sul punto si v. Cons. St., Sez. III, 16 giugno 2016 n. 2683.

¹³⁶ In termini si esprime Cons. St., Sez. III, 16 novembre 2016, n. 4751.

¹³⁷ Con riferimento all'ampiezza del sindacato sulle informative prefettizie da parte delle amministrazione, particolarmente significativa è la recente pronuncia del Cons. St., Sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4454: "In presenza di un'informativa prefettizia antimafia, che accerti il pericolo di condizionamento dell'impresa da parte della criminalità organizzata, non residua in capo all'organismo committente alcuna possibilità di sindacato nel merito dei presupposti che hanno indotto il Prefetto alla sua adozione, atteso che si tratta di provvedimento volto alla cura degli interessi di rilievo pubblico - attinenti all'ordine e alla sicurezza pubblica nel settore dei trasferimenti e di impiego di risorse economiche dello Stato, degli enti pubblici e degli altri soggetti contemplati dalla normativa in materia - il cui apprezzamento è riservato in via esclusiva all'Autorità di pubblica sicurezza, e non può essere messo in discussione da parte dei soggetti che alla misura di interdittiva devono prestare osservanza".

Tale seconda tipologia, disciplinata dal combinato disposto dell'art. 10, comma 9, del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, e dell'art. 1 *septies*, del d.l. 6 settembre 1982, n. 629, aveva dato luogo a numerosi contrasti giurisprudenziali sulla funzione da riconoscere a tali provvedimenti, venendo soppressa per effetto dell'entrata in vigore del Codice delle leggi antimafia. Rilevato peraltro che "il venir meno di tale istituto avrebbe potuto indebolire il sistema delle interdittive antimafia con il concreto rischio di creare pericolosi vuoti di tutela"¹³⁸ il legislatore è intervenuto ripristinando il contenuto dell'art. 1 *septies*, d.l. 6 settembre 1982, n. 629. Nella nuova configurazione, peraltro, risulta fortemente indebolita la funzione delle interdittive atipiche che hanno valore meramente interno ed endoprocedimentale, circoscritto all'amministrazione cui sono indirizzate e, come tali, inidonee a formare oggetto di autonoma impugnazione¹³⁹.

Indipendentemente dalla cogenza dell'informativa, la documentazione antimafia costituisce uno dei principali strumenti di contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa nell'ambito dei rapporti economici tra Pubblica Amministrazione e privati.

L'anticipazione della tutela consente infatti un'effettiva prevenzione del fenomeno corruttivo attraverso l'esclusione degli imprenditori che – pur dotati di ingenti mezzi economici e di adeguata organizzazione – non meritino la fiducia delle Istituzioni e non possano essere titolari di rapporti contrattuali con le pubbliche Amministrazioni¹⁴⁰.

¹³⁸ Lacava F., *Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato del g.a.*, op. cit., p. 6.

¹³⁹ Secondo la giurisprudenza amministrativa "l'effetto interdittivo delle informative antimafia supplementari (o atipiche) (previste dall'art. 1 *septies*, d.l. 6 settembre 1982 n. 629, conv., con modificazioni, in l. 12 ottobre 1982 n. 726, ed aggiunto dall'art. 2 l. 15 novembre 1988 n. 486, inerente ai poteri già dell'Alto commissario antimafia) è dipendente da una valutazione discrezionale dell'amministrazione destinataria dell'informativa stessa, alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la p.a.: pertanto, essa non necessita di un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso e si basa su indizi ottenuti con l'ausilio di particolari indagini, che possono risalire anche ad eventi verificatisi a distanza di tempo, perché riguardano la valutazione sull'idoneità morale del concorrente e non producono l'esclusione automatica dalla gara. Di conseguenza, essa non assume carattere vincolante e lascia un margine, benché molto ridotto, alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, che è chiamata a valutarne l'incidenza: ciò implica la necessità di una motivazione, che dovrà essere particolarmente ampia nel caso in cui si decida di instaurare o proseguire il rapporto con l'impresa pur a seguito dell'informativa, ma che non può, comunque, mancare anche nel caso opposto, in cui l'amministrazione decida di non instaurare o non proseguire il rapporto" cfr. Cons. St., Sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 5165.

¹⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

4.1. Casistica giurisprudenziale: la revoca dell'affidamento ed il regime temporale di efficacia delle informative antimafia

La disciplina delle interdittive antimafia per le rilevanti conseguenze in tema di revoca dell'aggiudicazione ed esclusione dalle gare è stata al centro di recenti pronunce giurisprudenziali.

In particolare il Consiglio di Stato¹⁴¹ si è recentemente interrogato sui termini di efficacia delle interdittive antimafia, evidenziandone la funzione di prevenzione rispetto a condotte che potrebbero facilmente tradursi in fattispecie corruttive.

La controversa questione nasce dalla formulazione letterale dell'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 ai sensi del quale le informative antimafia hanno validità di dodici mesi dalla data di acquisizione, salvo che i legali rappresentanti degli organismi societari provvedano a trasmettere al Prefetto una documentazione dalla quale risulti l'intervenuta modificazione societaria relativamente ai destinatari delle verifiche antimafia.

Nel caso sottoposto all'esame dei giudici amministrativi un'impresa colpita da un'interdittiva antimafia aveva subito la revoca dell'aggiudicazione e declaratoria di inefficacia del relativo contratto stipulato per la gestione di un impianto sportivo. All'esito dell'indizione di una seconda gara l'impresa in questione veniva nuovamente estromessa con provvedimento della stazione appaltante fondato sul perdurare delle condizioni ostative contenute nella precedente informativa. L'impresa estromessa decideva pertanto di impugnare tale provvedimento per essere trascorso un periodo di tempo superiore a quello prescritto dalla legge ai fini della validità dell'interdittiva.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato confermava la statuizione del giudice di prime cure, dichiarando il difetto di legittimazione passiva della società esclusa quale naturale conseguenza della incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione a carico delle imprese colpite dall'informativa prefettizia. Sul punto osservano i giudici amministrativi che il mero decorso del tempo non costituisce prova di integrità dell'impresa, potendo al più

¹⁴¹ Il riferimento è a Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602 secondo cui "deve essere confermato il prevalente orientamento secondo cui al libro secondo del Codice delle leggi antimafia, d.lgs. 159 del 2011, hanno una validità di dodici mesi dalla data dell'acquisizione nel solo caso in cui sia attestata l'assenza di pericoli di infiltrazioni mafiose; diversamente, prevalenti ragioni testuali e sistematiche depongono nel senso che, in caso di informativa attestante la presenza di siffatti pericoli, le risultanze dell'interdittiva sono idonee a sortire i propri effetti anche dopo il decorso del periodo di dodici mesi di cui all'art. 86, comma 2, del Codice".

configurare un mero indice di rinnovamento da valutarsi, però, insieme con altri fattori sopravvenuti idonei a spezzare il legame con il contesto mafioso di riferimento.

In particolare il Collegio evidenzia come l'informativa prefettizia costituisca uno strumento fondamentale nell'ottica della prevenzione dei fenomeni di condizionamento mafioso delle imprese partecipanti alle procedure di affidamento, e può fondarsi anche su fatti pregressi e risalenti nel tempo che palesino l'attualità dell'adesione alla criminalità organizzata. In altri termini il mero decorso del termine di validità dell'interdittiva non può considerarsi elemento sufficiente a dissipare i dubbi di legittimità che fondano la sanzione dell'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione, offrendosi la possibilità alle imprese che ne siano colpite di liberarsi definitivamente dagli effetti negativi dell'informativa producendo idonea documentazione comprovante il venir meno della situazione di pericolo di infiltrazioni mafiose.

Al riguardo deve evidenziarsi come gli effetti preclusivi della partecipazione alle gare delle imprese colpite da interdittive antimafia svolgano un ruolo decisivo nella lotta alla corruzione, dal momento che è attraverso il mercimonio della funzione pubblica che sempre più spesso le mafie esercitano il controllo sulle procedure di gara. La grande dotazione di capitali non tracciabili delle imprese contigue alle organizzazioni criminali costituisce spesso il bacino dal quale attingere per corrompere funzionari e dipendenti pubblici, in tal modo assicurandosi l'aggiudicazione delle gare.

Invero, come acutamente notato, la disciplina del d.lgs. 159 del 2011 induce "a svolgere alcune considerazioni sull'evoluzione della politica legislativa di settore, che palesa evidenti (e via via più accentuate) finalità di prevenzione generale e di anticipazione della reazione ordinamentale a fronte di rischi di condizionamento mafioso nella gestione di imprese"¹⁴². Inserirle nel contesto della prevenzione della corruzione le misure interdittive rivelano la loro particolare efficacia soprattutto attraverso l'esclusione della capacità di contrattare con la pubblica amministrazione, in tal modo impedendo preventivamente alle imprese corrotte di entrare in contatto con gli enti pubblici, escludendo anticipatamente possibili forme di contaminazione dell'esito della gara.

¹⁴² In tali termini si esprime Contessa C., Ancora sul regime temporale di efficacia delle informative interdittive antimafia, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2016, p. 201.

Ulteriore problema affrontato dalla giurisprudenza amministrativa è quello riguardante la revoca dell'affidamento ad un'impresa che sia stata colpita, successivamente all'aggiudicazione, da un'interdittiva antimafia.

Diversamente dal caso precedente, ove l'informativa negativa perviene anticipatamente rispetto alla gara e ne preclude la stessa partecipazione, può accadere che l'impresa venga colpita dal provvedimento negativo successivamente alla stipula del contratto. In tal caso, ferma la necessità di neutralizzare qualsiasi vantaggio di cui si sia giovata la società collusa per la partecipazione alla gara, ciò che viene in rilievo è la necessità di operare un bilanciamento tra l'interesse della seconda classificata a subentrare nel contratto dichiarato inefficace e la prosecuzione del servizio ove lo richiedano preminenti ragioni di interesse pubblico.

Tale esigenza è stata anche codificata dal legislatore nell'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011¹⁴³ che sancisce l'obbligo per le stazioni appaltanti di non procedere alla revoca o al recesso in una serie di ipotesi predeterminate e connesse all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera.

Il caso portato all'attenzione dei giudici amministrativi riguardava un contratto di servizio di trasporto pubblico locale aggiudicato dalla Regione Campania a favore di un gestore privato che nel corso dell'esecuzione veniva raggiunto da un'informativa prefettizia¹⁴⁴. La vicenda prende pertanto le mosse dall'impugnazione con la quale l'impresa classificata come seconda chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione e la declaratoria di inefficacia del contratto (con domanda di subentro nell'esecuzione dello stesso).

¹⁴³ Ai sensi della disposizione in parola "[...]qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92, comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi".

¹⁴⁴ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 5 novembre 2014, n. 5692. Secondo i giudici amministrativi "se la fornitura o la prestazione di servizi dell'impresa colpita da informazione interdittiva antimafia non è sostituibile in tempi rapidi, ovvero è essenziale per l'interesse pubblico, la pubblica amministrazione può non interrompere il contratto pubblico con l'impresa", su www.de.jure.it.

Al di là della risoluzione del caso concreto (condizionata dalla natura eccezionale della disposizione di cui all'art. 140 del previgente Codice dei contratti pubblici, riguardante gli appalti di lavori e ritenuta non estensibile alla prestazione di servizi o forniture) tale vicenda è particolarmente significativa perché espressione dell'esigenza di contemperare la lotta all'illegalità con i principi di efficacia e buon andamento dell'azione amministrativa.

Tale tensione è avvertita anche dal legislatore e traspare nel secondo e terzo comma dell'art. 94, d.lgs. n. 159 del 2011. La prima disposizione statuisce l'obbligo per la stazione appaltante di (revocare le autorizzazioni e le concessioni e) recedere dai contratti stipulati con imprese che, durante l'esecuzione della prestazione, vengano raggiunte da un'informativa antimafia che ne certifichi la continuità o comunque il collegamento con le organizzazioni criminali. La disposizione ha il pregio di consentire alla stazione appaltante di intervenire anche in un momento successivo alla stipula del contratto al fine di elidere ogni vantaggio che possa derivare ad un'impresa gravitante nell'orbita delle organizzazioni criminali.

Se in tale ottica alcuna contestazione può essere mossa alla formulazione della disposizione, maggiori perplessità sono state sollevate con riferimento al terzo comma¹⁴⁵. Tale norma stabilisce l'obbligo per l'amministrazione di proseguire i lavori con l'impresa collusa in due specifiche ipotesi, riguardanti lo stato particolarmente avanzato dei lavori e, nel caso di forniture di beni e servizi, ove le stesse siano ritenute essenziali per il perseguimento dell'interesse pubblico, sempre a condizione che il soggetto che le fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

Mentre la *ratio* sottesa alla disposizione risulta pienamente comprensibile in un'ottica di bilanciamento tra interessi individuali e l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera in tempi celeri e senza un aggravio di spese che ricada sulla collettività, meno chiara appare la volontà di sottrarre all'amministrazione ogni possibilità di effettuare - in concreto - una ponderazione degli interessi in gioco. La scelta di imporre, sottoforma di obbligo, la prosecuzione dei lavori al ricorrere delle condizioni di legge si scontra con la possibile sopravvenienza di fattori contingenti che potrebbero produrre effetti opposti rispetto a quelli voluti dal legislatore, come l'aumento dei costi e la moltiplicazione di (dispendiosi)

¹⁴⁵ In senso critico sia consentito rinviare sempre a Contessa C., La mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia, op. cit., 2015.

giudizi - avvenuta anche nel caso in parola - che rischiano ugualmente di paralizzare l'attività amministrativa.

A ben vedere anche tale disposizione si inserisce nel programma di riduzione progressiva della discrezionalità all'interno del clima di generale sfiducia nei confronti degli amministratori, rischiando di provocare una riduzione dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa senza produrre tangibili benefici in termini di riduzione della corruzione.

5. Il nuovo modello di prevenzione del *whistleblowing*

L'efficientamento dei sistemi di contrasto alla "*maladministration* pubblica" attraverso l'implementazione della trasparenza nella pubblica amministrazione ha finalmente condotto anche in Italia all'introduzione della figura, già nota da tempo negli ordinamenti di *common law*, del cd. *whistleblower*¹⁴⁶.

Tale disposizione merita autonoma trattazione in ragione del tentativo di cambiare la prospettiva di studio e contrasto dei fenomeni corruttivi, attraverso l'ausilio dei dipendenti pubblici onesti e la marginalizzazione dei corrotti.

Per raggiungere tale ambizioso obiettivo vedremo come sia necessario operare una radicale innovazione nel modo di pensare il *whistleblowing*, almeno per come recepito dal legislatore interno, ovvero come strumento idoneo all'esercizio dell'azione penale piuttosto che come strumento pubblicistico per migliorare la qualità dell'azione amministrativa.

¹⁴⁶ L'art. 54 *bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 52 della legge anticorruzione del 6 novembre 2012, n. 190 (rubricato significativamente "tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti") prevede espressamente che "fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, o all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato. L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni".

Per comprendere a pieno le ragioni dell'introduzione del nuovo istituto occorre preliminarmente evidenziare la situazione in cui si trovava l'ordinamento nazionale, caratterizzato dalla proliferazione senza precedenti del fenomeno corruttivo, per sua natura fondato su un accordo segreto e veicolato dall'opacità del sistema amministrativo, imbrigliato da una regolamentazione senza precedenti. Proprio al fine di favorire l'emersione delle prassi illecite e degli accordi corruttivi il legislatore ha pertanto introdotto la nuova figura del *whistleblower*, letteralmente "colui che soffia nel fischietto".

Si tratta di un soggetto che, inserito all'interno dell'organizzazione amministrativa (e, all'esito delle recenti modifiche normative, la disciplina si estende oggi anche al settore privato), rileva comportamenti scorretti e possibili forme di asservimento a fini privati della funzione pubblica, fornendo determinanti segnalazioni ai propri superiori.

Il nuovo istituto si muove proprio nella logica della trasparenza dell'azione amministrativa, aggiungendo un tassello per superare il *deficit* di chiarezza dei procedimenti valutativi e decisionali della pubblica amministrazione, specie nelle materie connotate da un elevato grado di discrezionalità, ove la trasparenza rappresenta uno strumento indispensabile per realizzare il rapporto tra governanti e governati, consentendo a questi ultimi una consapevole partecipazione all'esercizio delle funzioni pubbliche.

Raccogliendo le sollecitazioni provenienti dalle istituzioni europee e codificate nelle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, il legislatore ha pertanto introdotto uno strumento diretto a far emergere le logiche corruttive attraverso le delazioni del dipendente che nei sia venuto a conoscenza in occasione del rapporto lavoro.

L'art. 54 *bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 52 della legge anticorruzione del 6 novembre 2012, n. 190 si preoccupa in primo luogo di tutelare il dipendente pubblico che abbia denunciato comportamenti scorretti da possibili discriminazioni o ritorsioni da parte dell'ente di appartenenza.

È in tale ottica che il primo comma della disposizione, dopo aver elencato le ipotesi derogatorie alle quali non si applica la tutela del *whistleblower* (cioè i casi in cui quest'ultimo sia responsabile per calunnia, diffamazione o danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c.), dispone che il dipendente pubblico "non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad

una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia”.

Al fine di garantire l’efficacia della segnalazione e la tutela del dipendente il legislatore individua i destinatari della segnalazione nel superiore gerarchico ed in una serie di soggetti terzi e imparziali (Autorità Giudiziaria, Corte dei Conti e ANAC). È evidente che si tratta di una disposizione diretta a garantire in via preventiva il dipendente dalle eventuali ritorsioni del datore di lavoro, consentendo al contempo di instaurare un giudizio di verifica delle segnalazioni che possa giungere ad una sollecita definizione.

Con riferimento al contenuto della segnalazione, apparentemente ristretto dalla norma alle condotte illecite di cui il dipendente sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, occorre individuarne l’esatta portata alla luce delle linee guida dell’ANAC¹⁴⁷.

In particolare, secondo l’Autorità “le condotte illecite oggetto delle segnalazioni meritevoli di tutela comprendono non solo l’intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione di cui al Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le situazioni in cui, nel corso dell’attività amministrativa, si riscontri l’abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati, nonché i fatti in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un mal funzionamento dell’amministrazione a causa dell’uso a fini privati delle funzioni attribuite”. In altri termini, l’interpretazione fornita dall’Autorità anticorruzione non limita la tutela alle sole segnalazioni che concernano attività costituenti reato, ma include anche quei comportamenti di abuso dei poteri pubblici che incidano negativamente sull’esercizio della funzione amministrativa.

Sempre nell’ottica della tutela della cd. vedetta civica, il secondo comma dell’art. 54 *bis* preclude la rivelazione dell’identità del dipendente nell’ambito del procedimento disciplinare sorto all’esito della segnalazione¹⁴⁸, con l’unica eccezione dei casi in cui la contestazione dell’addebito sia fondata interamente sulla segnalazione, nel qual caso l’identità del segnalante potrà essere rivelata per garantire il rispetto del principio del

¹⁴⁷ Cfr. la Determinazione ANAC del 28 aprile 2015, n. 6 “Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, serie generale n. 110 del 14 maggio 2015.

¹⁴⁸ Al fine di rafforzare la segretezza circa la persona del segnalante viene espressamente prevista, tra le categorie di atti esclusi dal diritto d’accesso contemplate dall’art. 24 l. n. 241 del 1990, la segnalazione ai sensi dell’art. 54 *bis*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

contraddittorio, al fine di consentire all'incolpato di articolare compiutamente le proprie difese¹⁴⁹. Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, tale disposizione ha suscitato le maggiori perplessità da parte della dottrina che vi ha ravvisato un forte disincentivo alla segnalazione degli illeciti.

La vera innovazione dell'attribuzione ai pubblici funzionari di uno strumento per denunciare abusi e fenomeni di cattiva amministrazione consiste nell'entrare finalmente all'interno delle stanze decisionali dell'amministrazione, consentendo di far emergere ed impedire per tempo gli accordi illeciti e le prassi corruttive. In tal modo il legislatore registra un chiaro passo in avanti verso la costruzione della Pubblica Amministrazione intesa come "casa di vetro"¹⁵⁰, all'interno della quale, cioè, i procedimenti valutativi e decisionali appaiono sempre e costantemente visibili al cittadino ed ai soggetti preposti al controllo dell'ente¹⁵¹.

Emerso nel panorama del dibattito nazionale solo di recente¹⁵², il *whistleblowing* – recepito dal legislatore solo nel 2012 – risente fortemente delle logiche peculiari del nostro ordinamento, ove il *whistleblower* è ancora considerato uno strumento di repressione penale più che di prevenzione del fenomeno corruttivo.

Tale connotazione, invero, oltre che fortemente riduttiva, è in contrasto con le origini internazionali dell'istituto, ove è sempre stato utilizzato al fine di individuare e correggere le prassi illecite in uso negli uffici pubblici. La diversa impostazione adottata dal legislatore italiano si spiega soltanto alla luce del diverso contesto culturale nel quale si innesta la

¹⁴⁹ Proprio al fine di evitare di porre a carico dell'incolpato la *probatio diabolica* della propria estraneità rispetto agli addebiti contestati (ed anche per evitare che l'amministrazione o l'ente svolga attività ispettive poco utili e dispendiose) la Determinazione ANAC del 28 aprile 2015, n. 6 al punto 3 ha espressamente previsto che "non sono invece meritevoli di tutela le segnalazioni fondate su meri sospetti o voci".

¹⁵⁰ Il riferimento è alla celebre espressione di Turati F., in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962.

¹⁵¹ La funzionalità del *whistleblowing* nella lotta alla corruzione è evidenziata anche dal Piano nazionale anticorruzione (PNA), precisamente al paragrafo 3.1.11, ove espressamente ricomprende la tutela del dipendente che segnala illeciti "tra le azioni e le misure generali finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo". Tale disposizione, infatti, stabilisce che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad adottare i necessari accorgimenti tecnici per la tutela del dipendente che effettua segnalazioni, in particolare attraverso la previsione al proprio interno di canali differenziati e riservati per la ricezione delle segnalazioni, affidati alla gestione di un ristretto nucleo di persone. Sempre in tale ottica viene inoltre esteso, nell'ambito del P.T.P.C., il divieto di comunicare informazioni sul segnalante a carico di tutti coloro che ricevono o vengono a conoscenza della segnalazione, pena la previsione di sanzioni disciplinari.

¹⁵² Tra i primi sostenitori della necessità di introdurre in Italia il *whistleblowing* sulla scorta delle positive esperienze americane ed inglesi, si annoverano le proposte sin dal 2009 di *Transparency International Italia*, in <https://www.transparency.it>.

riforma del 2012, che rappresenta soltanto una tappa dell'ancora lungo percorso volto ad arginare – attraverso la prevenzione – il fenomeno corruttivo.

5.1. La funzione preventiva dell'istituto

La portata realmente innovativa del *whistleblowing* può cogliersi soltanto nella misura in cui, superando l'impostazione tradizionalmente repressiva del sistema sanzionatorio italiano di contrasto alla corruzione, ne venga correttamente valorizzata la funzione di prevenzione dei fenomeni corruttivi.

Tale vicenda risente fortemente del quadro giuridico nel quale si innesta il nuovo istituto, caratterizzato, sino a pochi anni fa, dal ricorso esclusivo nella lotta alla corruzione a strumenti tipici del diritto penale.

In tale contesto la funzione del *whistleblower* rischia di ridursi a quella di mero agente infiltrato, diretto essenzialmente alla raccolta della prova di reità dell'autore del fatto criminoso¹⁵³. Ma in tal modo viene meno la parte più rilevante della sua attività, ovvero quella di evidenziare al proprio superiore comportamenti disfunzionali avvenuti durante la fase procedimentale, al fine di consentirne la correzione prima che si sia addivenuti alla emanazione della decisione finale.

A ben vedere, infatti, non è sufficiente individuare un nuovo strumento per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa se contestualmente non viene riformato il sistema giuridico nel quale lo stesso è destinato ad operare.

Correttamente inquadrato nell'ambito del diritto amministrativo della prevenzione della corruzione, diretto non più e non solo alla incriminazione delle condotte costituenti reato

¹⁵³ La giurisprudenza di legittimità opera una distinzione, per verificarne la compatibilità con la normativa comunitaria, tra agente infiltrato e agente provocatore. Di recente si veda Cass. pen., Sez. III, 07 aprile 2011, n. 17199 secondo cui "In tema di attività sotto copertura, onde apprezzarne la compatibilità con il principio del processo equo di cui all'art. 6 Cedu, come anche interpretato dalla Corte di Strasburgo, va distinta la figura dell'"agente infiltrato" da quella dell'"agente provocatore". Il primo, la cui condotta è legittima, è un appartenente alle forze di polizia o un suo collaboratore che agisce in modo controllato nell'ambito di un'attività di indagine ufficiale e autorizzata con finalità di osservazione e contenimento di condotte criminose che, in base a sospetti, si suppone che altri soggetti siano in procinto di compiere. Il secondo, invece, è soggetto che, pur appartenente alle forze di polizia, al di fuori di un'indagine ufficialmente autorizzata, determina altri alla commissione di reati che, senza la sua azione, non sarebbero stati commessi: la sua attività non è consentita e, oltre a determinare la responsabilità penale dell'infiltrato, produce, quale ulteriore conseguenza, l'inutilizzabilità della prova acquisita (art. 191 c.p.p.) e rende l'intero procedimento suscettibile di un giudizio di non equità ai sensi dell'art. 6 CEDU".

ma piuttosto orientato alla prevenzione delle fattispecie corruttive (anche attraverso la previsione di codici di comportamento, l'attività di formazione dei dipendenti pubblici e la previsione di Autorità amministrative di controllo), allora sì che il *whistleblowing* può rappresentare un'importante punto di svolta nel sistema di contrasto alla corruzione¹⁵⁴.

Tale istituto deve essere correttamente ricompreso tra gli strumenti del diritto amministrativo diretti, attraverso l'implementazione della trasparenza nei procedimenti decisionali della pubblica amministrazione, alla prevenzione della corruzione. Soltanto in quest'ottica, infatti, è in grado di impedire la commissione di illeciti e operare prima della realizzazione dei fatti corruttivi.

Affinché possa svolgere pienamente la sua funzione è peraltro necessario operare un cambiamento radicale nell'approccio culturale che contraddistingue la lotta alla corruzione nel nostro ordinamento, improntato - come detto - ad una logica repressiva, di stampo prettamente penalistico. Dall'analisi della disciplina positiva emerge, infatti, che la logica sottesa al nuovo istituto è diretta pressoché esclusivamente alla protezione del segnalante ed a fondare sulla denuncia il primo passo verso l'apertura di un procedimento penale.

La disciplina del *whistleblowing* non può e non deve invece ridursi alla funzione di tutela del segnalante¹⁵⁵, tale soggetto svolgendo una funzione di interesse pubblico, diretta alla denuncia tempestiva dei pericoli legati all'esercizio della funzione amministrativa. In tale

¹⁵⁴ Al riguardo appare utile una breve analisi comparatistica dell'istituto. Il modello del *whistleblowing* italiano deriva, infatti, dall'esperienza anglosassone, sebbene, come evidenziato nel corso della trattazione, il diverso *humus* legislativo e giurisprudenziale che caratterizza i suddetti ordinamenti statuali ne abbia condizionato fortemente la disciplina interna. La diversa impostazione del sistema britannico di contrasto alla corruzione, fondato sulla prevenzione piuttosto che sulla repressione penale dei fenomeni di *maladministration*, prevede due importanti differenze rispetto all'istituto recepito dal legislatore italiano. In primo luogo dispone piena tutela al dipendente che abbia erroneamente denunciato comportamenti illeciti ove sia dimostrata la *good faith* della segnalazione, in tal modo ponendo un argine alle ipotesi di responsabilità per calunnia, diffamazione ed eventuale risarcimento del danno. In secondo luogo il modello inglese di *whistleblowing* è incentrato più che sulla protezione del segnalante, sull'interesse pubblico all'emersione di prassi scorrette all'interno delle pubbliche amministrazioni, con la conseguenza che il principale obiettivo è quello di incentivare le denunce, tutelando l'anonimato e favorendo l'instaurazione di procedimenti di verifica delle ipotesi di abuso all'interno del procedimento amministrativo. In tale prospettiva emerge chiaramente la natura amministrativa dell'istituto, diretto principalmente a garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione e, soltanto laddove emergano profili di rilevanza penale, a punire il mercimonio della funzione pubblica.

¹⁵⁵ Invero, la principale funzione dell'istituto consiste nell'individuazione di uno strumento attraverso il quale rendere trasparenti i procedimenti decisionali della pubblica amministrazione, in modo che le eventuali censure possano essere corrette prima di addivenire all'emanazione del provvedimento finale, realizzando in tal modo la funzione preventiva che è propria dell'istituto. Soltanto attraverso un controllo proveniente dagli stessi operatori della funzione pubblica è infatti possibile far emergere le pratiche corruttive diffuse all'interno dell'ente e celate dietro al silenzio che salda il patto corruttivo.

ottica il *whistleblower* non può essere considerato solo come il soggetto passivo della tutela contro possibili discriminazioni del datore di lavoro pubblico, bensì come risorsa da incentivare per superare il malcostume diffuso nelle pubbliche amministrazioni¹⁵⁶.

Se la funzione del *whistleblowing* dovesse ricondursi nell'alveo di un nuovo strumento di repressione penale la portata innovativa della disposizione andrebbe sensibilmente ridimensionata, sol che si pensi che in Italia esiste già una norma penale che incrimina il pubblico ufficiale che ometta di denunciare un reato di cui abbia avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni¹⁵⁷.

Le potenzialità dell'istituto si sviluppano a pieno soltanto collocando il *whistleblowing* in un sistema di contrasto alla corruzione multidisciplinare, che tenga conto dell'efficacia deterrente che l'istituto può svolgere sul piano della prevenzione e della diffusione di una cultura della legalità che è in grado di spezzare il legame omertoso dell'accordo corruttivo, ma ancor prima di consentire l'individuazione e l'isolamento delle strategie di abuso e distorsione della funzione pubblica.

5.2. Limiti dell'attuale modello di *whistleblowing* ed istanze di riforma

Proprio per colmare le principali critiche sulle modalità applicative dell'istituto sono di recente intervenute le linee guida dell'ANAC¹⁵⁸, indirizzando gli interpreti nell'esegesi della nuova disciplina della vedetta pubblica.

Invero, come è stato autorevolmente notato¹⁵⁹ l'introduzione di uno strumento complesso come il *whistleblowing* nel settore pubblico sconta, in primo luogo, proprio la scarsa regolamentazione individuata dal legislatore, contenuta nella sola disposizione di cui all'art.

¹⁵⁶ In tali termini v. Gargano G., La cultura del *whistleblower* quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione, in *www.federalismi.it*, 1, 2016, p. 4.

¹⁵⁷ Tale aspetto appare ulteriormente provato dalla ridotta applicazione in giurisprudenza dell'art. 361 cod.pen., rubricato "omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale". È evidente, infatti, la difficoltà di provare la complicità morale del funzionario che, pur non partecipando direttamente all'accordo illecito, ne sia a conoscenza e, ciò nonostante, ometta di farne denuncia all'Autorità competente. In tale ottica emerge la natura riduttiva dell'impostazione che riconduce il *whistleblowing* ad un mero duplicato dell'art. 361 cod.pen., cui si riconoscerebbe come elemento di diversità la mera previsione di tutela del delatore, peraltro in buona parte già prevista dalla disciplina in tema di licenziamento e condotte discriminatorie del datore di lavoro.

¹⁵⁸ Il riferimento è sempre alla Determinazione ANAC del 28 aprile 2015, n. 6 consultabile *online*, in *www.anticorruzione.it*.

¹⁵⁹ Sul punto si veda la prefazione di F. Patroni Griffi al libro "l'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria" (a cura di Nicotra I.), Torino, 2016, p. 7.

54 *bis* d.lgs. n. 165 del 2001. Emerge pertanto la necessità di una disciplina puntuale, non potendo lasciare interamente alle linee guida il compito di colmare le lacune interpretative sorte in sede di applicazione dell'istituto.

Viene inoltre contestata la stessa efficacia della nuova disciplina in un sistema, quale quello italiano, tradizionalmente poco propenso alle segnalazioni, soprattutto se anonime, ove il livello di corruzione percepita è tra i più alti in Europa. Secondo tale impostazione per promuovere il ricorso al *whistleblowing* sarebbe stato opportuno predisporre misure di incentivazione delle segnalazioni, anche attraverso la copertura delle spese legali derivanti dall'instaurazione dell'eventuale giudizio sorto all'esito della denuncia, come accade nel *False Claims Act* statunitense.

Il sistema di protezione della vedetta civica, attraverso la salvaguardia da eventuali ritorsioni e provvedimenti disciplinari da parte del datore di lavoro e la sottrazione della denuncia al diritto di accesso, viene però minato da una previsione derogatoria della tutela della riservatezza del denunciante, idonea a paralizzare la concreta applicazione del nuovo istituto.

Si tratta della possibilità per l'amministrazione di rivelare l'identità del segnalante nel caso in cui la contestazione si fondi in tutto o in parte sugli addebiti mossi in sede di denuncia. È evidente la carica disincentivante della disposizione, che non pone in alcun modo il dipendente in condizione di conoscere preventivamente se la propria identità resterà segreta o verrà rivelata, sottoponendolo al rischio di ritorsioni da parte dell'incolpato.

Ulteriore lacuna normativa è stata invero individuata nella mancata regolamentazione degli esposti anonimi¹⁶⁰.

Tale obiezione potrebbe per vero essere superata almeno in parte se si ritenesse il *whistleblowing* operante non solo con riferimento al sistema penale, bensì come autonomo istituto di matrice amministrativa.

In tale ottica, infatti, non solo la contestazione non implicherebbe automaticamente l'apertura del procedimento penale – così non richiedendo necessariamente l'instaurazione

¹⁶⁰ La vicenda degli esposti anonimi è stata comunque presa in considerazione dall'ANAC, nella Determinazione del 28 aprile 2015, n. 6, consultabile *online* sul sito www.anticorruzione.it, ai sensi della quale "Resta comunque fermo, come anche previsto nel Piano nazionale anticorruzione, in particolare nel paragrafo B.12.1, che l'Autorità prende in considerazione anche le segnalazioni anonime, ove, tuttavia, queste siano adeguatamente circostanziate e rese con dovizia di particolari, siano cioè in grado di far emergere fatti e situazioni relazionandoli a contesti determinati. L'invio di segnalazioni anonime e il loro trattamento avviene, comunque, attraverso canali distinti e differenti da quelli approntati per le segnalazioni oggetto delle presenti linee guida".

del contraddittorio tra accusato ed accusatore – ma svolgerebbe la funzione di prevenzione di futuri comportamenti delittuosi, divenendo il presupposto per l'apertura di un eventuale procedimento di accertamento della correttezza dell'attività amministrativa.

È per tali ragioni che, a breve distanza di tempo dalla sua introduzione, già si invoca una riforma del modello di *wistleblowing* che tenga conto effettivamente delle potenzialità dell'istituto, soprattutto nell'ottica della trasparenza e della prevenzione di comportamenti illeciti nell'ambito delle pubbliche amministrazioni. Ma una tale previsione non può che seguire ad una riforma culturale dello "statuto civile, penale ed amministrativo della corruzione" che valorizzi compiutamente il percorso iniziato dalla legge anticorruzione nell'ottica della prevenzione del fenomeno corruttivo, disciplinando espressamente le segnalazioni di comportamenti – anche privi di disvalore penale – che, adottati in costanza del procedimento, consentano di correggere l'esercizio dell'azione amministrativa prima dell'emanazione del provvedimento finale.

6. I limiti al conferimento degli incarichi amministrativi

La disciplina sulle incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi pubblici è stata considerata come "uno dei più importanti strumenti di prevenzione della corruzione, volto a garantire l'esercizio imparziale degli incarichi amministrativi"¹⁶¹.

Il dichiarato obiettivo della riforma - iniziata con la legge 6 novembre 2012, n. 190 e proseguita con i successivi decreti attuativi - è stato quello di colmare l'evidente lacuna normativa nel settore degli incarichi pubblici, fino a quel momento privo di qualsiasi regolamentazione.

Invero, sia per gli incarichi fiduciari che per quelli professionali la previsione di una disciplina sulle incompatibilità era stata per lungo tempo ritenuta superflua in virtù del divieto per i pubblici funzionari di svolgere attività estranee all'amministrazione. Si riteneva che, dovendo il dipendente pubblico dedicare l'intera prestazione lavorativa a favore dell'amministrazione, (con la sola eccezione degli incarichi dalla stessa autorizzati in quanto non intralcianti

¹⁶¹ In tali termini Merloni F., Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi, in AAVV., Legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione, Torino 2013, p. 191.

l'effettivo svolgimento delle mansioni affidate) il problema di illecite interferenze non potesse verificarsi nemmeno in potenza.

Al di là delle mere affermazioni di principio, tale impostazione facilmente si prestava ad abusi del sistema delle autorizzazioni, ben potendo verificarsi situazioni di conflitto di interessi anche con le attività "autorizzate", e restando interamente scoperto il problema dell'attribuzione di incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'amministrazione, per nulla indifferenti rispetto alle scelte dell'ente.

La nuova disciplina segna così il passaggio da una regolamentazione delle incompatibilità fondata sulla tutela dell'esclusività della direzione delle energie lavorative del funzionario pubblico in favore dell'amministrazione, ad una più attenta regolamentazione che tenesse conto dei possibili contrasti tra l'interesse pubblico - sotteso all'esercizio di funzioni amministrative - e l'interesse privato, derivante dall'assunzione di plurimi incarichi¹⁶².

Si tratta, in effetti, di un completamento della disciplina in tema di conflitto di interessi, diretta ad impedire a monte il verificarsi di situazioni di potenziale sovrapposizione tra interessi pubblici e privati attraverso la limitazione dell'accesso agli incarichi a chi versi in situazioni - individuate dal legislatore sulla base di indici oggettivi di pericolosità - che mettano a repentaglio l'imparzialità e la serenità di giudizio del funzionario¹⁶³.

Dal punto di vista soggettivo, la nuova disciplina si applica agli incarichi dirigenziali e amministrativi di vertice, escludendo una voce fondamentale, tristemente ricorrente nelle attuali vicende di cronaca in tema di corruzione, quella dei funzionari politici¹⁶⁴.

Anche in tal caso, al fine di dirimere potenziali dubbi interpretativi, la definizione delle categorie soggette a controllo è demandata al legislatore, che individua gli incarichi amministrativi di vertice in quelli di livello apicale - formulando una serie di ipotesi non

¹⁶² Mutuando un noto concetto di matrice giurisprudenziale applicato alla giurisdizione si può dire che "l'amministratore deve non solo essere imparziale, ma anche apparire tale". Con riferimento all'analoga posizione dei giudici nell'ordinamento giudiziario cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 ottobre 1982, Piersack c. Belgio.

¹⁶³ La legge individua una serie di requisiti soggettivi, attinenti cioè alla persona chiamata a ricoprire l'incarico, che rivelano indici sintomatici di un possibile sviamento della funzione dagli obiettivi che le sono propri, idonei ad oscurare l'imparzialità del decisore.

¹⁶⁴ Come visto con riferimento alla legge anticorruzione, il legislatore si è preoccupato principalmente di regolamentare il conflitto di interessi dei funzionari amministrativi, dedicando poche disposizioni alla disciplina dei componenti degli organi di indirizzo politico, spesso foriera di vicende idonee ad incidere in maniera determinante sulle scelte dell'interesse pubblico da perseguire, soprattutto ove si consideri il naturale compito di coordinamento dell'attività dei dirigenti spettante ai vertici politici.

tassative a fini esemplificativi - indipendentemente dal conferimento a soggetti interni o esterni all'ente, che non comportino l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione. Diversamente, per incarichi dirigenziali interni devono intendersi le funzioni dirigenziali "che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti".

Tali funzioni - nettamente distinte sul piano teorico - non sempre sono altrettanto facilmente distinguibili nella complessa realtà amministrativa, dando luogo talvolta ad un contenzioso la cui soluzione è demandata agli organi giurisdizionali. Secondo l'orientamento giurisprudenziale formatosi nel breve periodo di vigenza della nuova disciplina prevale nei giudici amministrativi un atteggiamento rigoroso nell'interpretazione delle posizioni che danno luogo ad incompatibilità, in ragione della rilevante limitazione alla possibilità di ricoprire l'incarico pubblico¹⁶⁵.

6.1. La disciplina delle inconfiribilità e incompatibilità

Le due nozioni non vanno invero confuse in quanto, sebbene attengano entrambe al medesimo compito, si fondano su presupposti (e determinano conseguenze) ben diversi.

Al fine di evitare di demandare all'attività ermeneutica della giurisprudenza il compito di definirne l'ambito applicativo, il legislatore è intervenuto con il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 a chiarirne la portata¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Si pensi alla recente pronuncia del Cons. St., Sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009 secondo cui "la disciplina dell'art. 4 del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, relativa alla "inconfiribilità di incarichi nelle amministrazioni statali, regionali e locali a soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati", comportando una rilevante limitazione alla conferibilità di un incarico pubblico deve essere interpretata in modo rigoroso, restando precluse opzioni ermeneutiche di carattere ampliativo, analogico o solo estensivo".

¹⁶⁶ Alla stregua dell'art. 1, contenente definizioni preziose ai fini dell'esatta applicazione della legge anticorruzione e dei successivi decreti attuativi, per inconfiribilità deve intendersi "la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico"; mentre per incompatibilità si intende "l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico".

La differenza consiste nella diversa intensità con la quale è tutelata l'imparzialità dell'amministrazione in ragione della capacità degli interessi privati, di cui il soggetto incaricato è portatore, di incidere sull'interesse pubblico.

Mentre nella disciplina dell'inconferibilità è la stessa posizione ricoperta, anche in passato, ad essere indice sintomatico di possibili interferenze nel corretto esercizio della funzione pubblica giustificando la preclusione assoluta - sia pure temporanea - all'assunzione degli incarichi amministrativi; l'incompatibilità pone il candidato dinanzi alla scelta tra il mantenimento della funzione attuale e l'assunzione del nuovo incarico. In entrambi i casi appare chiara la *ratio* sottesa alla nuova disciplina, diretta ad impedire ingerenze indebite sui procedimenti decisionali dell'amministrazione.

In altri termini l'inconferibilità giustifica la preclusione all'attribuzione dell'incarico sulla base di cause preesistenti, di natura oggettiva o soggettiva, che lascino intravedere indici di possibili condizionamenti nell'esercizio della funzione, mentre l'incompatibilità si occupa di individuare le cause, sorte anche successivamente all'assunzione dell'incarico, che impediscano al titolare di svolgere legittimamente le funzioni a lui attribuite.

Diversa pertanto è la disciplina dei due istituti.

La regolamentazione della inconferibilità è contenuta negli articoli da 3 a 8 del d.lgs. n. 39 del 2013, che espressamente distinguono tre ordini di ipotesi, derivanti da sentenza di condanna per reati contro la pubblica amministrazione, per i soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni e per gli incarichi a componenti di organi di indirizzo politico.

L'aspetto di principale novità, anche ai fini della presente trattazione, consiste nella estensione della disciplina della inconferibilità alle sentenze di condanna non definitive, alle quali deve essere equiparata anche la sentenza di patteggiamento che, com'è noto, non consente di desumere un'ammissione di responsabilità da parte del soggetto che ha patteggiato¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Invero, secondo Cass. pen., Sez III, 12 aprile 2011, n. 8421 "la sentenza, con la quale il giudice applica all'imputato la pena da lui richiesta e concordata con il pubblico ministero, pur essendo equiparata a una pronuncia di condanna ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 445 c.p.p., comma 1, non è tuttavia ontologicamente qualificabile come tale, traendo essa origine essenzialmente da un accordo delle parti, caratterizzato, per quanto attiene l'imputato, dalla rinuncia di costui a contestare la propria responsabilità".

In tal modo il legislatore intende estendere la tutela della legalità alle vicende caratterizzate da un conflitto di interesse anche solo potenziale, prevenendo situazioni che possano dare luogo a fenomeni di corruzione o, in ogni caso, oscurare la trasparenza dell'amministrazione. In tali casi, peraltro, i limiti all'accesso agli incarichi pubblici sono pur sempre temperati dalla durata dell'inconferibilità, che resta parametrata alla durata dell'interdizione, perpetua o temporanea, inflitta con la sentenza non definitiva.

Negli altri casi (sentenza passata in giudicato), invece, la durata dell'inconferibilità è diversamente individuata in relazione alla gravità del reato commesso, secondo la distinzione operata dal legislatore mediante rinvio ad una legge speciale. Infatti, ove la condanna riguardi uno dei reati di cui all'articolo 3, comma 1, della legge 27 marzo 2001, n. 97¹⁶⁸, e sia stata inflitta la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici (ovvero sia intervenuta la cessazione del rapporto di lavoro a seguito di procedimento disciplinare), l'inconferibilità ha carattere permanente. Diversamente, in caso di interdizione temporanea, l'inconferibilità ha la stessa durata dell'interdizione.

Con riferimento, invece, ai reati contro la pubblica amministrazione considerati "meno gravi" dal legislatore, la durata dell'inconferibilità in assenza di pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici ha una durata pari al doppio della pena inflitta, per un periodo comunque non superiore a 5 anni.

La disciplina dell'incompatibilità è invece contenuta negli articoli da 9 a 14 del decreto attuativo della legge anticorruzione.

La specificità delle ipotesi previste dal legislatore ha come minimo comune denominatore l'esigenza di tutelare l'imparzialità di chi si trovi a ricoprire incarichi pubblici di rilievo senza rinunciare alle precedenti funzioni, svolte in enti pubblici o privati, idonee a pregiudicare l'immagine di imparzialità dell'amministrazione.

Si tratta anche in tal caso di una disposizione che si pone in continuità con quelle in materia di conflitto di interessi, diretta a prevenire la commissione dei reati gravitanti nell'orbita della corruzione e rendere trasparente l'esercizio dell'azione amministrativa. Del resto il legislatore non esclude categoricamente l'assunzione del nuovo incarico, a condizione,

¹⁶⁸ Si tratta dei delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater* e 320 del codice penale e dall'articolo 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383.

peraltro, che entro un termine perentorio il titolare della posizione in conflitto di interessi faccia cessare la situazione di incompatibilità.

Deve infine rilevarsi che in caso di violazione delle disposizioni sulle incompatibilità il d.lgs. n. 39 del 2013 prevede espressamente la sanzione della decadenza dall'incarico svolto in condizioni di incompatibilità e la risoluzione del relativo contratto, decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione all'interessato della causa di incompatibilità.

6.2. Sanzioni e attività di vigilanza del Responsabile per la prevenzione della corruzione.

L'effettività di un sistema di prevenzione della corruzione attraverso la regolamentazione dell'accesso agli incarichi pubblici deve misurarsi con un adeguato meccanismo di vigilanza che assicuri il rispetto della nuova disciplina e preveda sanzioni per il caso di inosservanza delle sue disposizioni.

Di tale aspetto si occupa espressamente l'art. 17, d.lgs. n. 39 del 2013, che commina la nullità dei contratti e degli atti di conferimento di incarichi adottati in violazione delle disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità, in modo da vanificare ogni utilità al contravventore che si trovi in conflitto di interessi.

Poiché le nomine sono soggette a controllo, in modo complementare sono previste sanzioni anche nei confronti dei componenti degli organi che abbiano conferito gli incarichi successivamente dichiarati nulli senza provvedere ad adeguate verifiche circa la sussistenza di situazioni di conflitto di interessi. Si tratta di un meccanismo di "controllo del controllore", idoneo a generare prassi virtuose, responsabilizzando i titolari del potere di conferimento.

In tal caso, infatti, è prevista la responsabilità patrimoniale personale di coloro che abbiano partecipato alla votazione - con la sola esclusione degli astenuti e dei dissenzienti - per le conseguenze economiche degli atti adottati, con l'ulteriore divieto di conferire incarichi amministrativi per il periodo di tre mesi¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Al fine di garantire il rispetto delle sanzioni e la pubblicità e trasparenza nell'accertamento delle violazioni è previsto che tali atti vengano pubblicati sul sito dell'amministrazione che abbia illegittimamente conferito l'incarico.

La vigilanza sul rispetto delle nuove misure di prevenzione dei fenomeni legati alla distorsione della funzione è attribuita naturalmente al Responsabile per la prevenzione della corruzione istituito presso ciascuna amministrazione ed all'Autorità nazionale anticorruzione¹⁷⁰.

Al riguardo il legislatore ha dettato una normativa di principio abbastanza scarna, prevedendo all'art. 15, d.lgs. n. 39 del 2013, che il RPC proceda alla contestazione all'interessato dell'esistenza o della sopravvenienza delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità, lasciando alla normativa secondaria la definizione delle modalità attuative del procedimento.

Di tali aspetti si sono occupate recentemente le linee guida dell'ANAC¹⁷¹, attraverso le quali è stato predisposto un vero e proprio "procedimento di accertamento con doppia contestazione". In particolare, all'esito della notizia della violazione delle disposizioni in tema di inconferibilità o incompatibilità, il RPC deve procedere alla contestazione della trasgressione sia al titolare dell'incarico che all'organo che ha provveduto al conferimento.

A seguito della contestazione si apre il vero e proprio procedimento di accertamento che, come disegnato dalle linee guida, ha natura bifasica.

In un prima fase, infatti, la verifica è di natura prettamente oggettiva e riguarda esclusivamente l'accertamento dell'inosservanza delle disposizioni sulle inconferibilità. Soltanto in caso di esito positivo si apre una seconda fase, diretta alla valutazione dell'elemento soggettivo degli organi conferenti al momento dell'attribuzione dell'incarico, che costituisce il presupposto dell'applicazione delle sanzioni previste dal legislatore.

A ben vedere, peraltro, la lettera della legge non richiede alcun accertamento in termini di colpa nei confronti di coloro che abbiano provveduto all'assegnazione dell'incarico, ma tale aspetto è stato espressamente preso in considerazione dalle linee guida, in particolare dalla Delibera ANAC del 23 settembre 2015, n. 67 ove espressamente si afferma che "l'Autorità ritiene che malgrado il legislatore sembra aver costruito come automatica la sanzione inibitoria, essa non possa essere irrogata – pena la sua incostituzionalità per contrasto ai principi di razionalità e pari trattamento, di cui all'art. 3 Cost., con altre sanzioni

¹⁷⁰ Con riferimento ai poteri di vigilanza dell'ANAC in materia di incarichi amministrativi sia consentito rinviare *infra*, cap. III.

¹⁷¹ Cfr. Delibera ANAC del 3 agosto 2016, n. 833 consultabile su www.anticorruzione.it.

amministrative del diritto di difesa di cui all'art. 24 e di legalità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 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 colpevolezza da parte dell'autore".

Secondo le linee guida dell'Autorità anticorruzione pertanto, l'intera procedura di contestazione deve svolgersi in contraddittorio per consentire alle parti incolpate di articolare le proprie difese e fornire eventuali chiarimenti e giustificazioni, imponendo al RPC un approfondito vaglio sulla colpevolezza dei soggetti coinvolti nel conferimento dell'incarico¹⁷².

Proprio al fine di verificare i profili di colpa in capo all'organo conferente occorre considerare il valore delle dichiarazioni che il soggetto cui è conferito l'incarico è tenuto a rendere ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 39 del 2013. Tale dichiarazione consiste in una presa d'impegno dell'insussistenza di cause di inconferibilità e costituisce condizione di validità per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico, ma il punto nodale è se alla stessa debba riconoscersi natura scusante in favore dei soggetti che erroneamente abbiano fatto affidamento sulla veridicità delle affermazioni in essa contenute¹⁷³.

Secondo l'Autorità anticorruzione il rilascio della dichiarazione non esclude la colpa dell'organo conferente, restando in capo a tale soggetto "il dovere di accertare i requisiti necessari alla nomina ed in particolare un requisito – quello dell'assenza di cause di inconferibilità ed incompatibilità – che rappresenta una chiara esplicitazione concreta del principio costituzionale di imparzialità ed buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 e che richiede, quindi, da parte dell'Amministrazione conferente una particolare cautela e diligenza".

¹⁷² All'opposto nessun rilievo è attribuito alla colpevolezza del soggetto cui è stato conferito l'incarico, in tal caso riemergendo l'automatismo della sanzione. Basti pensare, tra l'altro, che tale soggetto è tenuto ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 39 del 2013 a dichiarare, al momento del conferimento dell'incarico, l'inesistenza di cause di inconferibilità e incompatibilità.

¹⁷³ Al fine di garantire una verifica costante dell'insussistenza di situazioni di conflitto di interesse idonee a minare l'imparzialità nell'esercizio dell'incarico pubblico, il legislatore richiede espressamente che tale dichiarazione venga resa annualmente, anche durante l'espletamento dell'incarico, da parte dell'interessato, specie nel caso siano insorte potenziali nuove cause di incompatibilità. Al fine di rendere trasparenti le scelte dell'amministrazione - e di consentire una sorta di controllo diffuso sull'integrità di coloro che ricoprono gli incarichi pubblici - è altresì previsto che tali dichiarazioni vengano pubblicate nel sito dell'ente che ha conferito l'incarico.

In tali casi spetterà all'organo demandato all'accertamento delle violazioni - il Responsabile anticorruzione - la verifica di eventuali carenze nell'indagine svolta dall'autore del provvedimento di nomina circa l'esistenza di possibili cause di inconferibilità o incompatibilità.

Dalla breve analisi svolta sin qui appare pertanto evidente il tentativo del legislatore, non ancora giunto a compimento, di spostare le tecniche di contrasto alla corruzione sul piano della prevenzione per i migliori risultati che lo stesso è in grado di garantire. Anche con riferimento alla disciplina degli incarichi pubblici emerge la volontà di rintracciare, preventivamente rispetto al conferimento dell'incarico, eventuali situazioni che possano minare l'imparzialità della scelta degli amministratori, ostacolando a monte possibili fenomeni di malaffare nella gestione della funzione amministrativa.

Capitolo III L'autorità nazionale anticorruzione

1. La necessità di un sistema di controlli e sanzioni per il mantenimento della legalità nell'amministrazione

Rilevati i ridotti risultati prodotti da una legislazione anticorruzione modulata per decenni in modo tendenzialmente esclusivo sulla sanzione penale, appare oggi necessario un ripensamento del sistema di contrasto al malaffare nella pubblica amministrazione fondato sulla vigilanza e sulla prevenzione.

Le ragioni di un tale *revirement* hanno radici lontane che scendono in profondità fino alla separazione tra norme primarie e secondarie, rendendo ormai improcrastinabile il cambiamento di prospettiva.

Per lungo tempo, infatti, i più importanti filosofi del diritto si sono scontrati con il problema di un sistema giuridico sfornito di adeguate sanzioni che assicurassero il rispetto delle norme dettate per garantire una pacifica convivenza sociale¹⁷⁴.

La previsione di uno strumento in grado di imporre il rispetto della norma giuridica, in modo da non lasciarne l'adempimento alla spontanea adesione individuale ha svolto e svolge tutt'ora una fondamentale funzione deterrente e di orientamento - anche culturale - dei consociati, distinguendo l'ordinamento giuridico dalle altre formazioni sociali¹⁷⁵.

È su queste basi che poggiano i pilastri di ogni ordinamento giuridico contemporaneo, diretto a garantire una pacifica convivenza sociale attraverso una serie di norme che impongano reciproche limitazioni della libertà del singolo in misura tale da consentire una giusta mediazione tra le diverse esigenze individuali ed il benessere collettivo.

¹⁷⁴ Tra i più autorevoli esponenti della dottrina in esame si v. Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966; Hart H., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965. Sul punto sia altresì consentito rinviare al pensiero di Federici R., *Ne cives ad arma veniant*, in *Atti in onore di Rossano C.*, I, Napoli, 2013, secondo cui "Il diritto è come l'aria. Senza aria per respirare, gli esseri umani non potrebbero sopravvivere. Se non hanno modo di riprodursi, gli individui rischiano l'estinzione. La necessità di riunirsi fa sì che nasca qualche regola per disciplinare la pacifica convivenza [...]. Ma quando si è in tanti, si corre il rischio di litigare. E allora si fa la guerra. Certi uomini sono nati per predominare, ma non tutti sono disposti ad ubbidire. Le società umane non potrebbero sopravvivere senza regole [...]. Il diritto sostanziale ha la funzione di prevenire i conflitti; mentre lo scopo del diritto processuale è quello di risolverli giuridicamente. Quando gli strumenti giuridici falliscono si ha la guerra o la rivoluzione".

¹⁷⁵ Per una puntuale disamina sulla teoria degli ordinamenti giuridici cfr. Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, p. 27.

Per raggiungere queste finalità l'ordinamento si serve di norme giuridiche primarie cui, secondo la teoria del diritto tradizionale¹⁷⁶, deve essere riconnessa necessariamente una sanzione al fine di garantire il rispetto del precetto fondamentale, per il caso di trasgressione da parte dei consociati. Le norme primarie sono anche dette norme preventive, in quanto la sanzione è solo minacciata ed i consociati sono (fisiologicamente) liberi di scegliere se aderire o meno al precetto.

Soltanto in caso di trasgressione delle norme che garantiscono un equilibrio (socialmente condiviso in un dato momento storico) tra diritti individuali e benessere collettivo trovano applicazione le misure repressive, ovvero quelle norme espressione del potere coercitivo dell'Autorità statale preposta alla tutela della pace sociale. Si tratta pertanto di un meccanismo che prevede l'intervento - necessario - della sanzione solo nel caso di fallimento delle norme preventive, dirette ad orientare liberamente le scelte dei consociati.

Rileggendo i celebri assunti kelseniani alla luce delle attuali strategie di contrasto all'illegalità nell'ambito dell'amministrazione emerge un legame evidente con le moderne tecniche di prevenzione della corruzione.

È ciò che da tale lavoro si intende far emergere, ovvero che la scelta di abdicare alla funzione di indirizzo sociale svolta dalle norme primarie del diritto amministrativo in favore delle sanzioni privative di libertà fondamentali tipiche del diritto penale appare fallace in partenza.

Abbiamo più volte cercato di evidenziare l'anteriorità logica, ancor prima che giuridica, della necessità di strumenti di prevenzione della corruzione rispetto a misure repressive che intervengano soltanto successivamente alla commissione di fattispecie penalmente rilevanti. Nella dimensione proposta, la primaria funzione dell'Autorità nazionale anticorruzione deve intendersi nell'ottica della "vigilanza dinamica", ovvero in un'attività di indirizzo delle *best practices* di legalità all'interno dell'amministrazione, anche attraverso lo scambio di informazioni e la leale collaborazione tra le istituzioni in grado di marginalizzare le condotte illecite di singoli funzionari e far emergere l'ingente cifra oscura della corruzione.

¹⁷⁶ Secondo l'impostazione kelseniana dell'ordinamento giuridico in assenza di sanzione non sarebbe nemmeno possibile parlare di illecito. Cfr. diffusamente Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1967.

All'attività di vigilanza e controllo del buon andamento dell'amministrazione deve peraltro accompagnarsi - analogamente a quanto visto con riferimento all'ordinamento giuridico nella matrice kelseniana - l'istituzione di poteri e sanzioni che rendano effettive le prescrizioni dell'Autorità. Soltanto attraverso un sistema efficace di controlli e sanzioni amministrative l'Autorità potrà infatti essere messa in condizione di svolgere in modo adeguato la funzione di controllo e riduzione delle vicende corruttive che l'ordinamento le attribuisce, producendo l'ulteriore effetto favorevole di correggere in tempo situazioni di mera irregolarità e così evitando che possano aggravarsi e dar luogo a vicende penalmente rilevanti.

Come anticipato alla fine del capitolo precedente "l'effettività di un sistema di prevenzione della corruzione [...] deve misurarsi con un adeguato meccanismo di vigilanza che assicuri il rispetto della nuova disciplina e preveda sanzioni per il caso di inosservanza delle sue disposizioni". A tali funzioni nel nostro sistema giuridico sono preposte le Autorità amministrative indipendenti e, con specifico riferimento al settore della corruzione e della concorrenza, tali compiti sono devoluti all'Autorità nazionale anticorruzione.

2. Il controllo della legalità e le autorità amministrative indipendenti

Sulla scia del sistema statunitense - che iniziò a dotarsi di organismi di regolazione, cd. *Authorities*, verso la fine del XIX secolo¹⁷⁷ - il nostro legislatore avvertì soltanto verso l'inizio degli anni Novanta l'esigenza di sottoporre i cd. settori sensibili, nei quali la presenza di diritti costituzionalmente garantiti richiede l'intervento di amministrazioni immuni da condizionamenti esterni e dotate di un elevato grado di qualificazione tecnica, al controllo di organismi indipendenti.

¹⁷⁷ Il modello americano delle autorità di regolazione nasce per garantire il *keeping out of politics*, ovvero per consentire un efficace strumento di contrasto alla corruzione e alle frodi attraverso enti dotati di elevata competenza tecnica e separate dall'esecutivo. Per una puntuale disamina del tema si veda Barra Caracciolo L., *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Torino, 1997.

Sia pure per brevi cenni, al fine di indagare sulle potenzialità ancora inesprese dell'Autorità nazionale anticorruzione, occorre preliminarmente analizzare il complesso quadro normativo¹⁷⁸ e ordinamentale nel quale la stessa è inserita.

Le ragioni connesse alla nascita delle cd. Autorità amministrative indipendenti (AAI) si rinvencono principalmente in tre fattori, che hanno condizionato l'intera attività del legislatore del secolo scorso, tutti connessi alle peculiarità dei settori che i nuovi enti erano chiamati a vigilare¹⁷⁹.

La prima causa viene convenzionalmente individuata nella "crisi della legge", ovvero nell'impossibilità di imbrigliare nelle rigide maglie dell'attività normativa l'ingente varietà di comportamenti e procedimenti amministrativi relativi a settori caratterizzati da un'evoluzione tecnologica senza precedenti. L'adozione di poteri di *law making* e l'interpretazione dei cd. "concetti giuridici indeterminati" richiedono, infatti, un tasso di specializzazione e di competenze particolarmente elevato, guidando il legislatore verso l'istituzione di organismi di vigilanza in grado di far fronte alle crescenti esigenze di tutela.

In secondo luogo la sfida raccolta dalle nuove *authorities* ha riguardato la necessità di affidare la cura di interessi sensibili ad organismi dotati di un elevato grado di indipendenza dall'esecutivo, in modo da garantirne la tutela in modo pieno e neutrale¹⁸⁰.

Ma il principale fattore contingente legato al diffondersi delle AAI è certamente da individuarsi nel processo di privatizzazione che ha caratterizzato l'Italia sin dai primi anni Novanta. Prima nel 1993 e poi nel 1996 il nostro paese ha adottato una politica - per vero mai del tutto abbandonata - diretta a liberarsi delle partecipazioni nelle società pubbliche attraverso l'apertura al libero mercato. È evidente come tale situazione, oltre a creare grandi

¹⁷⁸ Nell'ordinamento italiano le *authorities* rinvencono la loro disciplina principalmente nelle leggi speciali istitutive e - soltanto - in due disposizioni di carattere generale, contenute nella legge 15 marzo 1997, n. 59 e 21 luglio 2000, n. 205. La prima si limita a prevedere l'esclusione dei compiti di regolazione e controllo già attribuiti a tali Autorità dalla legge Bassanini, mentre la seconda estende la tutela giurisdizionale accelerata, con il dimezzamento di tutti i termini processuali (tranne quello di introduzione del ricorso), anche ai provvedimenti delle Autorità. La frammentazione della disciplina riflette l'ampio ventaglio di funzioni attribuite a ciascuna Autorità a causa della pluralità di compiti che sono chiamate a definire: dall'attività di regolazione alla emanazione di sanzioni, passando per la vigilanza e l'attività ispettiva.

¹⁷⁹ Per una complessiva e puntuale disamina del tema sia consentito rinviare a Garofoli R., *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, pp. 291 e ss.

¹⁸⁰ Tale criterio costituisce una delle caratteristiche peculiari delle AAI. Le stesse, infatti, operano non solo nel pieno rispetto del principio di imparzialità, alla stregua delle altre amministrazioni, ma secondo un criterio di neutralità tipico del potere giudiziario, che presuppone la completa indifferenza e terzietà rispetto alle materie trattate.

possibilità di profitto per gli imprenditori privati portava con sé l'esigenza di provvedere a vigilare sul passaggio dalla mano pubblica a quella privata per evitare anomalie o addirittura situazioni di illiceità, che finissero per avvantaggiare pochi imprenditori (spregiudicati o addirittura disonesti) a danno degli altri operatori del mercato.

È in tale contesto che il legislatore ha deciso di sottoporre i cd. settori sensibili alla vigilanza ed al controllo di organismi indipendenti dai centri di potere¹⁸¹ e al contempo dotati di adeguate conoscenze tecniche e risorse per tutelare i cittadini da possibili abusi.

Come è stato autorevolmente notato, il fiorire delle amministrazioni di regolazione e controllo presenta anche fattori di insidia, potendo prestarsi a strumentalizzazioni da parte della politica¹⁸².

Invero la dottrina citata rileva come la scelta di attribuire importanti poteri di controllo e regolamentazione nei settori più delicati alle AAI manlevi l'esecutivo dalle rispettive responsabilità, specie ove tali attribuzioni non siano accompagnate da risorse e strumenti che consentano all'ente di operare effettivamente. Secondo l'A. tale insidia si rivela anche con riferimento all'istituzione dell'ANAC, un'Autorità dai molteplici e indefiniti compiti, tra i quali il legislatore ha attribuito rilievo preminente al contrasto dell'illegalità e tutela della concorrenza.

¹⁸¹ L'indipendenza concerne la possibilità per le *authorities* di agire libere da qualsiasi condizionamento, ed è garantita sia a livello nazionale che comunitario. Con riferimento al primo aspetto deve rilevarsi che le AAI operano in piena autonomia dall'esecutivo e dai centri di potere, le cd. *lobbies*. Con riferimento al secondo aspetto "l'indipendenza delle autorità è stata rafforzata soprattutto grazie a una serie di direttive e regolamenti europei (per esempio, in materia di energia elettrica e gas o, nel 2010, di istituzione di nuove agenzie europee in materia finanziaria) che hanno precisato sempre più che il concetto di indipendenza delle autorità di regolazione europee e nazionali deve essere attuato sia nei confronti dei governi nazionali, sia nei confronti delle imprese, contro il rischio della cosiddetta "cattura" del regolatore da parte dei soggetti regolati. Si pensi in particolare al Regolamento (UE) 24 novembre 2010 n. 1093 che ha istituito l'Autorità bancaria europea il quale in una pluralità di disposizioni garantisce l'indipendenza degli organi del nuovo apparato e cioè il Consiglio delle autorità di vigilanza, il Consiglio di amministrazione, il Presidente i quali non possono chiedere né ricevere istruzioni da parte di istituzioni dell'Unione o di Governi degli stati membri o da altri soggetti pubblici o privati (artt. 42, 46 e 49)". In tal senso v. Clarich M., *Indipendenza e autonomia delle Autorità amministrative indipendenti*, consultabile su www.anticorruzione.it.

¹⁸² Cfr. sul punto Longobardi N., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, tratto dalla Relazione al Convegno "*Codice 50, atto secondo*", svoltosi a Roma il 14 giugno 2016. Secondo l'Autore, "la creazione di un'autorità indipendente può infatti costituire un espediente di fuga dalla responsabilità politica, quale si realizza scaricando scelte difficili o costose in termini di consenso su un organo qualificato come indipendente. In questi casi il ricorso a tale strumento viene indicato negli USA come volto a realizzare un "*displacement*", ovvero una traslazione di costi politici contingenti su di un organo la cui veste di indipendenza è solo strumentale a tale scopo e non è vista come un valore in sé".

2.1. Cenni sulle origini dell'ANAC

Il corretto inquadramento dell'attuale assetto di poteri dell'Autorità Nazionale anticorruzione non può prescindere da una breve analisi delle alterne vicende storiche che hanno caratterizzato l'istituzione dell'Autorità.

Invero, gli ingenti scandali giudiziari che hanno coinvolto le pubbliche amministrazioni sin dalla prima metà degli anni Novanta avevano evidenziato la criticità dell'assenza nel nostro ordinamento di un soggetto pubblico preposto alla vigilanza ed al controllo della legalità nella pubblica amministrazione, specie con riferimento al settore dei contratti pubblici ed a quelli caratterizzati da un maggiore rischio di corruzione.

Sulla spinta delle pressioni internazionali¹⁸³ il legislatore intese porre rimedio al vuoto normativo interno con l'istituzione dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della pubblica amministrazione, istituito con la l. 13 gennaio 2003, n. 3.

A causa della scarsa efficacia riscontrata nei primi anni di funzionamento e della limitatezza delle risorse e dei poteri di vigilanza attribuiti dal legislatore all'Alto Commissario, tale figura venne soppressa - tra le critiche del GRECO¹⁸⁴ - dopo soli 5 anni (pur avendo potuto operare concretamente solo a partire dal 2004, all'esito dell'approvazione del relativo regolamento) con il d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

In controtendenza l'anno successivo, con il d.lgs. n. 150 del 2009, viene istituita la Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle pubbliche

¹⁸³ In ambito internazionale l'esigenza di dotare ciascuno Stato di un organismo indipendente di valutazione e controllo della correttezza e trasparenza dell'attività amministrativa è particolarmente sentita sin dalla fine del secolo scorso. Di tale influenza ha risentito anche il legislatore italiano che nell'ultimo decennio ha predisposto l'istituzione di innumerevoli enti (succedutisi a breve distanza di tempo) con funzioni anticorruzione. In particolare, l'istituzione dell' "Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della pubblica amministrazione" è avvenuta immediatamente dopo l'approvazione della Convenzione di Merida contro la corruzione del 2003, il cui art. 6 espressamente prevede che "Ciascuno Stato Parte assicura, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi, secondo quanto necessario, incaricati di prevenire la corruzione mediante mezzi quali: a) l'applicazione delle politiche di cui all'articolo 5 della presente Convenzione e, se necessario, la supervisione ed il coordinamento di tale applicazione; b) l'accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione. Ogni Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, concede all'organo od agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'indipendenza necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza [...]".

¹⁸⁴ Il cui Presidente, Drago Kos, espresse al riguardo la propria preoccupazione per la decisione del Governo Italiano, presa inoltre tramite decreto legge, di abolire questa istituzione. Tale documento è consultabile *online* al sito <https://wcd.coe.int>.

amministrazioni, cd. Civit. A tale Autorità, sorta con la precipua funzione di assicurare il rispetto della trasparenza e il controllo delle *performance* nel pubblico impiego, venne attribuita l'ulteriore funzione di vigilanza sull'integrità del settore pubblico, che costituisce il presupposto del successivo riconoscimento, avuto con la l. 6 novembre 2012, n. 190, quale Autorità nazionale anticorruzione.

Le funzioni originariamente affidate alla Commissione consistevano nel compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio delle funzioni di valutazione, garantendo la trasparenza dei sistemi adottati ed il controllo delle *performance* individuali.

Invero, anche la vita di tale organismo è stata caratterizzata da alterne fortune a causa dei continui interventi normativi del legislatore, talvolta in funzione di implementazione dei compiti e delle risorse, tal'altra diretti a spostarne alcune funzioni fondamentali in capo ad organi di diretta collaborazione dell'Esecutivo¹⁸⁵.

La portata limitata dei poteri attribuiti alla CIVIT - specie in materia anticorruzione - finiva peraltro per incidere sensibilmente sull'operato della Commissione, che si riduceva ad una mera attività di vigilanza priva di concreti poteri di intervento per risanare la difficile situazione che caratterizzava la pubblica amministrazione in quegli anni.

Al fine di implementare tali poteri e soprattutto di assegnare maggiori risorse attraverso la razionalizzazione degli enti pubblici, la l. 6 novembre del 2012, n. 190 ha attribuito alla CIVIT specifici compiti in materia di prevenzione della corruzione e vigilanza dei contratti pubblici, dando vita all'attuale Autorità nazionale anticorruzione, cd. ANAC¹⁸⁶.

Anche tale nuovo organismo ha peraltro dovuto fare i conti con la divisione dei compiti in materia di anticorruzione e trasparenza con il Dipartimento della funzione pubblica, cui il legislatore ha espressamente attribuito la funzione di coordinare le strategie di prevenzione e contrasto dell'illegalità nell'amministrazione pubblica, anche attraverso "la predisposizione

¹⁸⁵ Sulla serie di interventi normativi che abbiano causato un decremento dell'efficacia dei poteri della CIVIT sia consentito rinviare a D'alterio E., I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam", in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2015, p. 760.

¹⁸⁶ Ai sensi dell'art. 1 della l. 6 novembre del 2012, n. 190 "La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150, e successive modificazioni, di seguito denominata «Commissione», opera quale Autorità nazionale anticorruzione, ai sensi del comma 1 del presente articolo".

di metodologie comuni per la prevenzione della corruzione", e soprattutto mediante la predisposizione del Piano nazionale anticorruzione.

Appare *prima facie* evidente come la moltiplicazione delle funzioni e la divisione dei compiti in una materia unitaria, quale quella della prevenzione dei fenomeni corruttivi all'interno dell'amministrazione, abbia per un certo periodo creato confusione, limitando le potenzialità della nuova Autorità. Proprio per garantire l'attuazione dei nuovi compiti attribuiti a tale ente sin dai primi anni di vita dell'Autorità il legislatore ha operato continui interventi diretti a diversificarne i ruoli e le competenze rispetto al Dipartimento.

Invero, come è stato autorevolmente notato, il trasferimento di funzioni dall'Anac al Dipartimento della funzione pubblica può essere considerato come uno scambio bidirezionale: "l'Anac ha ceduto le proprie funzioni in materia di misurazione e valutazione della performance al Dipartimento; quest'ultimo, a sua volta, ha ceduto le funzioni in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza riconoscendone l'esclusiva titolarità all'Autorità. Il processo di affermazione della "nuova" Anac, infatti, ha determinato un profondo mutamento della mission di tale istituzione, trasformando un organismo nato per indirizzare e monitorare i controlli sulla performance delle amministrazioni (ex Civit) in un soggetto totalmente diverso, con funzioni di regolazione, vigilanza, ispezione, irrogazione di sanzioni, gestione del contenzioso, negli ambiti dell'anticorruzione e dei contratti pubblici"¹⁸⁷.

La nuova attività dell'ANAC può essere correttamente compresa solo alla luce di tali vicende che ne hanno per lungo tempo compromesso (o quantomeno limitato) le potenzialità. Le difficoltà nel reperire risorse, la carenza di personale specializzato, ma soprattutto la mancanza di un'esatta delimitazione dei compiti e dei poteri da attribuire all'Autorità ne hanno reso difficile il funzionamento. Solo alla luce dei recenti interventi legislativi può darsi atto del progressivo riconoscimento della centralità dell'ANAC nel settore pubblico, la cui funzione fondamentale "nella visione attualmente espressa è quella di vigilare per prevenire la corruzione creando una rete di collaborazione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e al contempo aumentare l'efficienza nell'utilizzo delle risorse, riducendo i controlli formali,

¹⁸⁷ Il riferimento è a D'alterio E., La valutazione della *performance* nelle pubbliche amministrazioni, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016, p. 639.

che comportano tra l'altro appesantimenti procedurali e di fatto aumentano i costi della pubblica amministrazione senza creare valore per i cittadini e per le imprese¹⁸⁸.

Il nuovo assetto muove da una fondamentale considerazione, che riconosce nello scambio di informazioni e nella leale collaborazione tra le amministrazioni un presupposto fondamentale della lotta alla corruzione, specie nell'ottica della prevenzione dei fenomeni di cattiva amministrazione.

La corruzione, infatti, è un male che vive nell'ombra, celato dalla reciproca convenienza al silenzio delle parti dell'accordo illecito, ed è soltanto attraverso l'implementazione della trasparenza e lo scambio di dati tra dipendenti e amministrazioni che può essere portato alla luce e combattuto.

Invero, è in tale ottica che si collocano le disposizioni della l. 27 maggio 2015, n. 69, cd. nuova legge anticorruzione, dirette a rafforzare il ruolo ed i poteri dell'Autorità Nazionale anticorruzione veicolando le informazioni con l'Autorità giudiziaria e le stazioni appaltanti.

In questa direzione è stato posto in capo al pubblico ministero l'obbligo di informare dell'esercizio dell'azione penale per i reati gravitanti nell'orbita delle fattispecie corruttive, dando specifica notizia dell'imputazione, il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione¹⁸⁹.

Tale strumento consente di cogliere un profilo di grande novità nel recente *trend* normativo in materia di prevenzione della corruzione: il legislatore si avvede della necessità di approntare un sistema di vigilanza dinamica delle commesse pubbliche, in grado di prevenire il ricorso allo strumento penale anche attraverso l'analisi di vicende che abbiano già portato all'esercizio dell'azione penale. In altri termini si è finalmente scelto di puntare sulla interconnessione tra i due sistemi, preventivo e repressivo, che devono assicurare la fluidità e lo scambio delle informazioni anche in vista dell'individuazione e risoluzione delle falle al sistema di controlli amministrativi che abbiano comportato anomalie nell'esercizio della funzione pubblica¹⁹⁰.

¹⁸⁸ È la stessa Autorità a definire in tal modo le proprie finalità. Il documento è consultabile *online*, sul sito www.anticorruzione.it.

¹⁸⁹ In tal senso si veda l'art. 7, l. 27 maggio 2015, n. 69.

¹⁹⁰ Sempre nell'ottica collaborativa tra l'Autorità giudiziaria e l'organismo deputato alla vigilanza in materia di corruzione e trasparenza il legislatore ha previsto un obbligo analogo anche in capo al giudice amministrativo.

Sempre al fine di rendere effettivo il controllo esercitabile dall'Autorità anticorruzione sulle procedure di affidamento delle commesse pubbliche il legislatore, all'art. 8 della nuova legge anticorruzione ha previsto l'ulteriore obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità, con cadenza semestrale, tutti i dati relativi alle fasi del bando e dell'aggiudicazione, in modo da consentire un immediato riscontro della regolarità delle procedure¹⁹¹. A differenza della disposizione precedente, la collaborazione con le stazioni appaltanti ha una finalità direttamente preventiva, funzionale a garantire un'immediata verifica della integrità delle regole della gara.

3. La vigilanza dinamica e collaborativa

La funzione di vigilanza dell'ANAC ha progressivamente assunto un rilievo determinante, anche nelle intenzioni del legislatore, nella strategia di contrasto ai fenomeni corruttivi, consentendo all'Autorità di prevenire situazioni di *mala gestio* nell'esercizio del potere amministrativo, ma soprattutto nella gestione delle risorse pubbliche.

Preliminarmente occorre evidenziare come la nozione di sorveglianza abbia subito una profonda trasformazione negli anni che ne ha mutato caratteristiche ed obiettivi, consentendole di assumere il ruolo primario che oggi anche il legislatore intende attribuirle nella prevenzione dell'illegalità nell'amministrazione.

Originariamente la vigilanza veniva infatti ricondotta dalla dottrina prevalente¹⁹² nell'alveo dei controlli sulla legittimità e opportunità degli atti amministrativi, in tal modo riducendone

Cfr. sul punto l'art. 1, comma 32 *bis*, della l. 6 novembre 2012, come modificato dalla legge 27 maggio 2015, n. 69 ai sensi del quale "il giudice amministrativo trasmette alla commissione ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito a una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza".

¹⁹¹ Come modificato dal suddetto art. 8, l. 27 maggio 2015, n. 69 il nuovo comma 32 dell'art. 1, l. 6 novembre 2012, n. 190 stabilisce che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere ogni semestre all'ANAC le informazioni riguardanti "la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario; l'importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura; l'importo delle somme liquidate".

¹⁹² Secondo questa impostazione la nozione di vigilanza, priva di effettiva autonomia, andrebbe correttamente inquadrata nella più ampia categoria dei controlli. Uno dei principali esponenti di tale orientamento giunge ad operare una classificazione della vigilanza in base alla tipologia dei controlli effettuati "1) controlli ordinari e straordinari, a seconda che siano dal legislatore preordinati come normalmente connessi all'attività dell'ente controllato (in quanto, per es., questa debba essere sottoposta ad approvazione), oppure come idoneo rimedio a circostanze straordinarie (come, per es., lo scioglimento di un collegio a seguito di deficienze riscontrate nella sua attività); 2) controlli sugli atti (e sono di gran lunga i più), in quanto il riesame e il conseguente

sensibilmente la capacità di prevenzione dei fenomeni corruttivi. Si trattava di una vigilanza fortemente statica, fondata prevalentemente su un controllo *ex post* su singoli atti o provvedimenti, che non riusciva ad incidere concretamente sul modo di operare delle amministrazioni.

Soltanto col passaggio ad una nozione dinamica di vigilanza, da ascrivere ad una funzione di amministrazione attiva esercitata attraverso la capacità di orientare le scelte virtuose dei soggetti sottoposti a controllo, viene correttamente valorizzata la *mission* attribuita all'Autorità anticorruzione. La moderna nozione di vigilanza viene di fatto ricondotta ad una funzione di indirizzo dell'azione amministrativa, diretta a rafforzare la leale collaborazione tra le istituzioni e tra le istituzioni e i privati, al fine di colmare le asimmetrie informative che, specie in settori connotati da forte innovazione tecnologica, aprono ampi varchi all'illegalità all'interno dell'amministrazione.

Proprio al fine di rispondere alla nuova sfida lanciata dalla "prevenzione attraverso la vigilanza" il legislatore ha predisposto un'architettura complessa del sistema di sorveglianza delle amministrazioni, impostata su due livelli comunicanti.

In primo luogo viene responsabilizzato il personale di ciascuna amministrazione attraverso la valorizzazione del criterio di vicinanza ai procedimenti decisionali¹⁹³, attribuendo il potere di accertamento e segnalazione di condotte illecite a soggetti individuati all'interno di ciascun ente con funzioni di responsabile della corruzione e della trasparenza¹⁹⁴.

In secondo luogo, ed al fine di evitare fenomeni di cattura del controllore locale, il legislatore ha attribuito all'ANAC il potere, centralizzato ed esterno alle singole amministrazioni, di coordinamento nella lotta alla corruzione e di indirizzo dell'attività delle amministrazioni.

La nuova funzione di sorveglianza dinamica, incentivando lo scambio di informazioni e le segnalazioni all'Autorità di controllo assume così un rilievo fondamentale nella prevenzione

provvedimento si rivolga alle singole attività dell'ente e di queste tenda a eliminare le manchevolezze (per es., annullamento di atto illegittimo); o sulle persone, se tali manchevolezze abbiano radice nei demeriti del funzionario o questi demeriti si rivelino anche per un solo atto particolarmente grave (per es., revoca del podestà); 3) controlli preventivi e repressivi". In tal senso si veda Forti U. Vigilanza e tutela amministrativa, in *Enciclopedia Italiana*, 1937, p. 340.

¹⁹³ Appare evidente che i primi campanelli di allarme rispetto a tentativi di avvicinamento da parte della criminalità organizzata non possono che essere avvertiti dal personale che è più direttamente coinvolto nelle fasi procedurali e decisionali dell'ente.

¹⁹⁴ Sui compiti e sulle responsabilità, anche disciplinari, attribuiti al RPC per il caso di mancata vigilanza sull'attività dell'amministrazione e predisposizione dei Piani Anticorruzione si v. *supra*, cap. II.

dei fenomeni corruttivi, consentendo all'amministrazione di porre rimedio tempestivamente alle anomalie riscontrate prima del verificarsi di danni irreversibili.

Particolarmente significativa al riguardo è stata la codificazione della cd. "vigilanza collaborativa" ad opera dell'art. 4 del nuovo Regolamento in materia di attività di vigilanza, adottato dall'ANAC il 9 dicembre 2014¹⁹⁵.

Proprio nell'ottica della leale collaborazione tra le istituzioni la nuova disposizione consente, previo consenso delle amministrazioni richiedenti, di sottoporre le amministrazioni aggiudicatrici ad un'attività di vigilanza finalizzata a verificare la conformità degli atti di gara alla normativa di settore, nonché all'individuazione di clausole e condizioni idonee a impedire tentativi di infiltrazione criminale. Sebbene su base volontaria, il nuovo istituto esalta la funzione preventiva della vigilanza, unico strumento attraverso il quale è possibile evitare il lievitare dei costi a fronte dell'abbassamento della qualità delle opere e i danni di immagine derivanti dalle prassi corruttive adottate nell'amministrazione della cosa pubblica.

In tale ottica la vigilanza assume i connotati di una vera e propria attività di indirizzo delle amministrazioni pubbliche, idonea a generare "prassi virtuose di legalità" attraverso un procedimento di segnalazione e autocorrezione delle vicende connotate da irregolarità.

3.1. Il limite strutturale della vigilanza

Il vero limite della "rinata" funzione di vigilanza è attualmente individuato nella mancata previsione di efficaci strumenti sanzionatori per le violazioni accertate dall'Autorità nazionale anticorruzione.

È proprio nella scarsa incisività delle decisioni delle Autorità di vigilanza che autorevole dottrina rinviene una delle ragioni che hanno segnato la crisi della precedente AVCP, le cui delibere, emesse a seguito di complesse ed articolate istruttorie "finivano per essere poco

¹⁹⁵ Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi, adottato il 9 dicembre 2014 "le stazioni appaltanti possono chiedere all'Autorità di svolgere un'attività di vigilanza, anche preventiva, finalizzata a verificare la conformità degli atti di gara alla normativa di settore, all'individuazione di clausole e condizioni idonee a prevenire tentativi di infiltrazione criminale, nonché al monitoraggio dello svolgimento della procedura di gara e dell'esecuzione dell'appalto". Il documento completo è consultabile online sul sito www.anticorruzione.it.

più che atti di *moral suasion*, il cui valore concreto era di fatto lasciato alla buona volontà delle stazioni appaltanti¹⁹⁶.

Il progressivo percorso di rafforzamento dei poteri dell'ANAC sembra, invero, andare verso questa direzione, come conferma il recente intervento normativo con il quale il legislatore ha previsto la possibilità per l'Autorità di comminare una sanzione amministrativa per la mancata adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza e dei codici di comportamento¹⁹⁷.

Tale evoluzione, però, non può ancora considerarsi del tutto compiuta. Accolta positivamente la nuova previsione, soprattutto nell'ottica del progressivo riconoscimento di poteri sanzionatori all'ANAC, è evidente la ridotta efficacia di una sanzione amministrativa, ancora troppo poco incisiva, che non riesce a garantire il rispetto delle norme in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Il principale problema nel riconoscimento di più marcati poteri sanzionatori emerge soprattutto dalla duplice natura, pubblica e privata, dei destinatari delle sanzioni.

Specie con riferimento ai soggetti privati, risulterebbe davvero arduo riconoscere natura vincolante alle determinazioni dell'Autorità (od attribuire alla stessa un potere conformativo accompagnato da sanzioni per assicurarne il rispetto) trattandosi di disposizioni in grado di incidere profondamente sulla sfera giuridica dei privati, ma emanate in assenza delle garanzie tipiche della funzione giurisdizionale.

Una soluzione mediana *de iure condendo* viene, invero, suggerita da autorevole dottrina che auspica la previsione di sanzioni di tipo interdittivo - alla stregua di quelle previste in materia di violazione delle norme sulla inconfiribilità degli incarichi - che assicurerebbero un effetto deterrente di gran lunga maggiore, impedendo alle amministrazioni di emanare provvedimenti - almeno nei settori a maggiore rischio corruzione - fino alla approvazione

¹⁹⁶ In questi termini Cantone R. e Bova C., *L'anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo codice appalti?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2016, p. 169.

¹⁹⁷ L'art. 19, co. 5, lett. b) d.l. 24 giugno 2014, n. 90, cd. Decreto Madia, ha previsto che l'ANAC "salvo che il fatto costituisca reato, applica, nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, una sanzione amministrativa non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento".

delle misure anticorruzione imposte dal legislatore¹⁹⁸. In tal modo potrebbero infatti ostacolarsi a monte prassi diffuse connesse a fenomeni di cattiva gestione della funzione pubblica incidendo direttamente (ed esclusivamente) sull'amministrazione.

Invero, secondo un orientamento dottrinario sempre più condiviso, soltanto attraverso la predisposizione di sanzioni amministrative adeguate a fronteggiare eventuali prassi scorrette nell'esercizio della funzione pubblica sarà possibile completare il percorso iniziato dal legislatore nel 2012, giungendo alla predisposizione di un sistema di contrasto ai fenomeni corruttivi improntato prevalentemente su forme di prevenzione amministrativa, e relegando alle residuali ipotesi di violazioni più gravi l'applicazione della sanzione penale.

4. I pareri di precontenzioso: tra prevenzione dell'illegalità e deflazione dei giudizi

Come rilevato nei paragrafi precedenti, il nuovo Codice dei contratti pubblici attribuisce all'ANAC il ruolo di interlocutore privilegiato delle stazioni appaltanti nelle procedure di gara, rafforzando il principio di leale collaborazione tra le istituzioni.

Al fine di svolgere tale funzione di raccordo il legislatore ha attribuito all'Autorità decisivi poteri di indirizzo e controllo dell'azione amministrativa nell'assegnazione delle commesse pubbliche, in particolare attraverso la previsione di istituti nuovi ed il rafforzamento di precedenti, tra cui i cd. pareri di precontenzioso e le raccomandazioni vincolanti.

In particolare, attraverso l'affidamento all'Autorità anticorruzione della gestione di tali strumenti di risoluzione alternativa delle controversie il legislatore ha cercato di raggiungere l'auspicabile obiettivo della semplificazione e razionalizzazione delle regole della gara e, attraverso esse, arrestare definitivamente la corruzione nel mondo degli appalti.

Pur non costituendo un'assoluta novità nella legislazione in materia di contratti pubblici¹⁹⁹, tale strumento è stato valorizzato dal legislatore che ha previsto il rafforzamento

¹⁹⁸ Al riguardo si veda Di Lascio F. e Neri B., I poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2015, pp. 454 ss..

¹⁹⁹ I pareri di precontenzioso non costituiscono un'innovazione del d.lgs. n. 50 del 2016, rinvenendosi analoghi istituti negli artt. 6, comma 7, e 69, comma 3, del precedente Codice dei contratti pubblici. Tale ultima disposizione, infatti, prevedeva che la stazione appaltante che avesse previsto condizioni particolari per l'esecuzione del contratto nel bando o nella lettera di invito ne desse comunicazione all'autorità anticorruzione affinché la stessa si pronunciasse sulla compatibilità rispetto alla disciplina comunitaria; mentre il richiamato

dell'efficacia attribuita alle espressioni dell'Autorità, chiamata a rendere il parere entro un termine, particolarmente breve, di trenta giorni e tramite il riconoscimento della natura vincolante per la parte che vi aderisca spontaneamente²⁰⁰.

A parte il sensibile vantaggio in termini di accelerazione nella risoluzione delle controversie - rispetto ai ben più lunghi tempi di attesa delle pronunce giurisprudenziali - il dato che emerge dalla volontà legislativa è quello di attribuire all'Autorità una funzione di filtro rispetto alle controversie portate dinanzi al giudice amministrativo.

Svolgendo il precipuo compito di sollecitare la stazione appaltante ad una nuova considerazione dei provvedimenti adottati alla luce dell'istruttoria compiuta dall'Autorità, il parere svolge le medesime funzioni del precedente preavviso di ricorso, previsto dall'art. 243 bis d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e abrogato dal nuovo Codice dei contratti²⁰¹, rispetto al quale si differenzia per la natura giuridica ed il più ampio ambito di applicazione²⁰².

Il nuovo Codice, nell'ottica di valorizzare le ADR e responsabilizzare le parti della procedura di gara, ha attribuito natura ibrida ai pareri di precontenzioso, facendo discendere il carattere vincolante degli stessi dalla manifestazione della volontà di attenersi a quanto

articolo 6 prevedeva - sempre su istanza delle parti interessate - la possibilità dell'ANAC di rilasciare pareri facoltativi e non vincolanti su questioni insorte durante lo svolgimento della procedura di gara.

²⁰⁰ Come rilevato dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema del *Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50* del 14 settembre 2016, n. 1920, "la principale novità introdotta in materia dal decreto in esame risiede nella possibilità per le parti interessate di manifestare la volontà di uniformarsi al parere. È previsto, infatti, dal legislatore che il parere reso dall'ANAC è vincolante per le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito". Al riguardo cfr. Cons. St., Adunanza della Commissione speciale, 30 agosto 2016, n. 1920.

²⁰¹ Per una riflessione critica sull'efficacia del preavviso di ricorso si veda Folieri E., *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 8-9, pp. 873 e ss.. Secondo l'A. "L'esperienza ha dimostrato l'inefficacia dello strumento, dal momento che la stazione appaltante non aveva obbligo né di riesame, né di sospensione della procedura e, anzi, aveva creato delle incertezze applicative, ai fini dell'impugnativa del provvedimento di riesame negativo, poi superata con l'affermazione della natura meramente confermativa del riesame che, quindi, non comporta alcun onere di ulteriore domanda giurisdizionale. Credo che la mancata previsione del preavviso di ricorso nel D.Lgs. n. 50/2016 non sarà oggetto di rimpianto".

²⁰² A differenza del preavviso di ricorso, al quale il legislatore non aveva attribuito alcuna efficacia vincolante per la pubblica amministrazione, il nuovo istituto si caratterizza per la natura ibrida del parere, facoltativo ed allo stesso tempo vincolante per le parti che si siano impegnate al rispetto dello stesso. Inoltre, il preavviso di ricorso implicava un dialogo - all'esito di un atto immediatamente lesivo della sfera giuridica del concorrente alla gara - tra l'operatore economico e la stazione appaltante, in ciò distinguendosi nettamente dal procedimento in contraddittorio dinanzi ad un organismo autonomo ed indipendente, quale l'Autorità anticorruzione, in grado di svolgere un'approfondita istruttoria e con ampi poteri di indagine per giungere ad una proposta di risoluzione del contrasto.

stabilito nel parere da parte degli stessi richiedenti²⁰³. In altri termini, il legislatore ha demandato alle parti la facoltà di autovincolarsi alle determinazioni dell'Autorità, o al momento della richiesta del parere o, successivamente, entro il termine di dieci giorni, attraverso l'adesione alla richiesta già formulata dall'altra parte.

Tale peculiarità è stata riassunta dalla felice espressione del Consiglio di Stato della "variabilità soggettiva degli effetti" che, se da un lato riduce le potenzialità deflative dei pareri di precontenzioso, dall'altro ne estende sensibilmente l'ambito di applicazione favorendo l'emanazione di pareri anche non vincolanti, ma dotati di una notevole efficacia di *moral suasion* fondata sulla autorevolezza dell'organo che li ha emanati²⁰⁴.

Chiamata a dare attuazione al nuovo istituto l'ANAC ha emanato il "Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50" del 5 ottobre 2016, recependo le osservazioni del Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema di Regolamento.

La normativa di dettaglio rafforza sensibilmente la funzione dell'ANAC, chiamata a svolgere un ruolo da protagonista non solo nella fase dell'emanazione del parere, ma soprattutto nella successiva fase di verifica della sua concreta attuazione da parte dei richiedenti, ponendo in capo agli stessi l'obbligo di comunicare all'Autorità gli atti adottati in ottemperanza del parere²⁰⁵.

Attraverso tale previsione il legislatore mostra poca fiducia - o forse tanta consapevolezza in negativo - nella spontanea esecuzione dei pareri da parte delle stazioni appaltanti, attribuendo allo stesso titolare delle funzioni consultive ampi poteri di controllo e, soprattutto, sanzionatori. Occorre peraltro specificare quali siano le conseguenze della mancata emanazione del parere entro il termine di trenta giorni da parte dell'Autorità.

²⁰³ Il tema della natura giuridica di tali atti è destinato a far discutere, non mancando chi ritenga di annoverarli tra atti consultivi - il cui mancato rilascio nel termine di trenta giorni da parte dell'ANAC comporterebbe esclusivamente la possibilità per l'amministrazione di proseguire indipendentemente dall'emanazione del parere - e chi invece ritenga di qualificarli alla stregua di provvedimenti paragiurisdizionali o "contenziosi", contenenti proposte risolutive di questioni controverse relative alla procedura di gara, diretti a ridurre l'intervento dell'Autorità giudiziaria.

²⁰⁴ Cfr. sul punto Cons. St., Adunanza della Commissione speciale, 30 agosto 2016, n. 1920.

²⁰⁵ Ai sensi dell'art. 13, 2 comma, del suddetto Regolamento "in ogni caso le parti, anche quando non hanno manifestato la volontà di attenersi al parere, comunicano all'Autorità – Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici - mediante PEC, entro 35 giorni dalla ricezione del parere, le proprie determinazioni conseguenti al parere".

In tal caso, infatti, una parte della dottrina prospetta l'applicazione della normativa generale di cui all'art. 16 della legge fondamentale sul procedimento amministrativo, consentendo all'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dalla mancata espressione del parere. Tale orientamento viene peraltro criticato per due ordini di ragioni. In primo luogo perché i pareri di cui all'art. 211 hanno natura ibrida, diretta alla risoluzione di una controversia attuale o potenziale, risultando così più vicini ad un "rimedio contenzioso" che ad un parere vero e proprio; in secondo luogo perché una supina assimilazione di tali provvedimenti ai pareri non produrrebbe alcuna conseguenza per il caso in cui la richiesta provenisse non dall'amministrazione ma dai partecipanti alla gara, non potendo gli stessi "procedere indipendentemente dal rilascio del parere"²⁰⁶.

Si deve allora dare conto di una minoritaria impostazione che ritiene di poter sopperire alla mancata emanazione del parere mediante il ricorso avverso il silenzio della p.a., ma tale ricostruzione sconta l'impossibilità di qualificare la richiesta di parere alla stregua di un ricorso amministrativo - da cui conseguirebbe la doverosità dell'attività consultiva dell'Autorità - dovendosi pertanto concludere con l'impossibilità di azionare i rimedi tipici avverso il silenzio della pubblica amministrazione.

Parte della dottrina ha individuato ulteriori profili di criticità nella scelta del legislatore di subordinare la natura vincolante del parere al previo consenso delle parti, rilevando che in tal modo oltre a depotenziare la carica deflattiva dell'istituto si eleva il rischio della proliferazione dei ricorsi da parte di coloro che non abbiano aderito al parere, in chiara contrapposizione rispetto agli obiettivi del legislatore²⁰⁷.

Uno dei principali problemi interpretativi sollevati dalla nuova disposizione ha però riguardato l'impugnativa dei pareri.

Sul punto il legislatore ha preso posizione esclusivamente con riferimento ai pareri vincolanti, stabilendone l'impugnativa innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, omettendo alcun riferimento ai pareri non vincolanti.

²⁰⁶ Sul punto si veda Folieri E., *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit., p. 875.

²⁰⁷ In tal senso cfr. Cosmai P., *I pareri di pre-contenzioso e le raccomandazioni anac nel nuovo codice degli appalti*, in *Azienditalia*, 11, 2016, pp. 1024 ss..

Le questioni interpretative che sorgono dalla previsione legislativa concernono in primo luogo la legittimazione ad impugnare il parere vincolante da parte dei soggetti che abbiano manifestato la volontà di vincolarsi all'espressione di volontà dell'Autorità, occorrendo in secondo luogo individuare il regime delle impugnazioni per i pareri non vincolanti.

Con riguardo alla prima questione sebbene ragioni di logica processuale e il rispetto del principio di non contraddizione imporrebbero di ritenere precluso il potere di impugnazione alla parte che si sia impegnata ad accettare il parere dell'Autorità, tale principio deve ritenersi soccombente rispetto al diritto di difesa costituzionalmente garantito, che assicura in ogni caso l'accesso alla tutela giurisdizionale per contestare le risultanze contenute nel parere.

Il vuoto di disciplina con riferimento ai pareri non vincolanti viene invece spiegato mediante il ricorso alle regole generali sull'impugnazione dei provvedimenti dell'amministrazione. In particolare si ritiene che tali provvedimenti, rivestendo natura esclusivamente consultiva ed endoprocedimentale, siano inidonei ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dei destinatari, risultando pertanto preclusa ogni autonoma impugnazione dell'atto. Soltanto all'esito del provvedimento conclusivo della stazione appaltante che recepisca il parere sarebbe possibile per i privati danneggiati impugnare - in uno al provvedimento finale - il parere di precontenzioso reso dall'Autorità.

Venendo alla disciplina dei pareri come rimodulata dal Regolamento del 5 ottobre 2016, deve evidenziarsi come la legittimazione a rivolgere all'Autorità istanze di parere di precontenzioso è estesa a tutte le parti della procedura di gara ogniqualvolta ciò si renda necessario per risolvere questioni controverse in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'ampia legittimazione e la successiva comunicazione del parere a tutte le parti interessate dalla procedura discendono dalla possibilità che le stesse decidano di vincolarsi alla determinazione dell'Autorità, dovendosi in tal caso assicurare che la decisione possa spiegare effetti nei confronti di tutti i partecipanti alla gara.

Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione deve rilevarsi che il legislatore, al fine di non frustrare le potenzialità deflative dell'istituto, ha escluso espressamente la possibilità di presentare istanze "volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle

amministrazioni aggiudicatrici", cd. perlustrative, in tal modo rafforzando la funzione deflattiva dei pareri di precontenzioso.

Istanze di tal genere dovranno essere dichiarate inammissibili dall'ANAC per carenza di interesse ai sensi dell'art. 6 del suindicato Regolamento, salva la possibilità per l'Autorità di pronunciarsi ugualmente ove ravvisi la necessità di ricondurre ad unità diversi indirizzi interpretativi o per la particolare rilevanza giuridica delle questioni sollevate²⁰⁸.

Il procedimento viene puntualmente scandito dagli artt. 7 - 9 del Regolamento, ai sensi dei quali una volta giunta la richiesta di parere l'ANAC provvede, laddove non ritenga di disporre l'archiviazione per inammissibilità o improcedibilità della richiesta, ad aprire una fase istruttoria con facoltà di sentire direttamente le parti e invitarle a produrre memorie e documenti integrativi, all'esito dei quali formulerà il parere entro il termine di trenta giorni dalla ricezione dell'istanza.

Le peculiarità del nuovo istituto ne fanno un effettivo strumento di prevenzione della corruzione, oltre che deflattivo del contenzioso, implementando sensibilmente il ruolo e le funzioni riconosciute all'ANAC in materia di vigilanza sui contratti pubblici

Le peculiarità dell'istituto e la particolare posizione dell'organo chiamato ad emettere i pareri impongono una breve riflessione sulla loro natura giuridica.

Se non appare controvertibile in dubbio il loro inserimento nella categoria degli atti consultivi della pubblica amministrazione, rispetto ai quali discendono le conseguenze già viste con riferimento all'omesso rilascio del parere, taluni elementi fanno propendere per una consapevole scelta del legislatore ad assimilare il più possibile tali provvedimenti a quelli resi dall'Autorità giudiziaria.

Valorizzando la funzione risolutiva delle controversie - sia pure in via alternativa ai rimedi giurisdizionali - nonché le ipotesi di inammissibilità ed improcedibilità, previste dal Regolamento del 2016 e costruite alla stregua delle analoghe disposizioni processuali per i ricorsi dinanzi all'Autorità giudiziaria, le modalità di trattazione delle procedure - con valutazione del Presidente ed assegnazione a consiglieri relatori - e la possibilità di rendere pareri in forma semplificata "nei casi in cui la questione oggetto dell'istanza risulti di pacifica

²⁰⁸ In tali termini si esprime Pluchino C., Le funzioni deflattive del contenzioso e il lifting dei pareri di precontenzioso dell'ANAC, in *Urbanistica e appalti*, 12, 2016, p. 1305.

risoluzione, tenuto conto del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento" lasciano trasparire l'intenzione di potenziare la capacità deflattiva del contenzioso attraverso l'implementazione dei poteri dell'ANAC e fanno dubitare della natura esclusivamente consultiva del provvedimento in esame.

Pur non riconoscendo il nostro ordinamento figure intermedie tra i provvedimenti dell'amministrazione e quelli dell'Autorità giudiziaria non può invero negarsi che il legislatore, attraverso le innovazioni apportate ai pareri di precontenzioso, abbia creato una categoria ibrida di atti amministrativi "para-giurisdizionali", provenienti inoltre da un'Autorità indipendente e terza rispetto agli interessi in conflitto.

Sebbene debba riconoscersi con grande favore l'implementazione dei poteri dell'Autorità e la conseguente investitura del ruolo di primo antagonista della corruzione nel mondo degli appalti, non può non esprimersi una legittima preoccupazione sull'ideologia che appare orientare il legislatore degli ultimi anni.

Invero, sembra quasi che il clamore suscitato dai recenti scandali giudiziari relativi ai lavori legati alla realizzazione di grandi opere bloccate dalla magistratura per ragioni connesse direttamente o mediamente a fenomeni corruttivi, abbia indotto a sottrarre una parte di giurisdizione ai giudici per consentire - in quell'ottica di bilanciamento tra legalità ed efficienza dell'azione amministrativa - una più celere definizione delle procedure di gara. Una tale prospettiva di fuga dalla giurisdizione non potrebbe che destare preoccupazione in uno stato democratico e garantista se non ricollegata all'esigenza di scindere correttamente tra la funzione repressiva - propria del diritto penale - e la prevenzione della corruzione da attuarsi, in via principale, a livello amministrativo. Soltanto ricollocata nella giusta prospettiva funzionale l'ANAC sarebbe effettivamente in grado di svolgere in piena autonomia il ruolo decisivo di Autorità anticorruzione, in modo complementare rispetto ai provvedimenti dell'Autorità giudiziaria, legati alle garanzie proprie della giurisdizione.

4.1. Le raccomandazioni vincolanti. Cenni e differenze con i pareri ex art. 211 c.p.a.

Complementare nell'ottica della prevenzione dei fenomeni di cattiva amministrazione è la previsione delle raccomandazioni vincolanti di cui al comma 2 dell'art. 211, d.lgs. n. 50/2016.

La legittimità di tale disposizione è stata di recente posta in discussione dal Consiglio di Stato, chiamato ad esprimere un parere sullo Schema di Regolamento proposto dall'Autorità anticorruzione²⁰⁹, per la possibilità che si risolve in un eccesso di delega rispetto alle originarie intenzioni del legislatore delegato e nella violazione di fondamentali garanzie procedurali previste dalla l. 7 agosto 1990, n. 241.

Prima di andare ad analizzare le aporie individuate dai giudici amministrativi occorre soffermarsi sulla natura dell'istituto che rappresenta un'assoluta novità per il nostro ordinamento.

Presupposto della raccomandazione non è l'insorgere di una questione controversa tra le parti della procedura, bensì l'individuazione di un vizio di legittimità da parte dell'Autorità anticorruzione ed il conseguente invito alla stazione appaltante ad agire in autotutela per rimuovere il provvedimento.

Si tratta di un potere *sui generis* - astrattamente collocato dalla stessa Autorità nello schema di Regolamento nell'alveo del potere di vigilanza - non riconducibile ad una mera sollecitazione dell'esercizio dell'autotutela da parte dell'amministrazione in quanto accompagnato dalla irrogazione - che dalla lettera della norma appare espressa in termini di doverosità - di una sanzione amministrativa fino a 25.000 euro per il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità²¹⁰.

In tal modo si è ritenuto che il nuovo istituto, esulando dalla funzione consultiva tipica delle raccomandazioni, finisse per celare un'ipotesi di annullamento mascherato²¹¹ degli atti dell'amministrazione (soprattutto in ragione della previsione di un potere sanzionatorio per il mancato adeguamento alle determinazioni dell'Autorità), generando il rischio di

²⁰⁹ Il riferimento è a Cons. St., Comm. Speciale, 28 dicembre 2016, n. 2777, che ha espresso un parere, previa richiesta presentata dall'ANAC, sullo "schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50". Con riferimento alla presunta eccedenza rispetto ai limiti della legge delega basti rinviare al rilievo dei giudici amministrativi secondo cui "si può tuttavia dubitare che la legge delega, pur nella sua generica formulazione, abbia concepito il potere di "raccomandazione" come una forma, anche indiretta, di annullamento d'ufficio ed abbia consentito, quindi, di introdurre una nuova fattispecie di autotutela doverosa". Diversamente, il tema delle specifiche lesioni delle garanzie procedurali sarà affrontato diffusamente nel prosieguo della trattazione.

²¹⁰ Inoltre il secondo comma dell'art. 211 d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce un'ulteriore conseguenza per il mancato adeguamento della stazione appaltante al parere dell'ANAC, prevedendo espressamente che "la sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice".

²¹¹ L'anomalia del nuovo sistema di invito all'autotutela è stata rilevata in sede di parere sullo "Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici" da Cons. St., Commissione Speciale, 1 aprile 2016, n. 855.

un'indebita sovrapposizione dell'ANAC nelle funzioni di amministrazione attiva competenti alle stazioni appaltanti.

Occorre del resto evidenziare il contrasto con la tradizionale discrezionalità del potere di agire in autotutela, non essendo l'amministrazione tenuta a rimuovere i propri atti a seguito della segnalazione di presunti vizi da parte di soggetti terzi²¹². E nel caso di specie l'Autorità si configura proprio quale soggetto estraneo alla procedura di gara, producendo una scissione tra l'ente chiamato a valutare la legittimità degli atti e quello che li ha emanati e deve procedere alla rimozione, producendo un *unicum* nel nostro ordinamento. Inoltre la disposizione non indica alcun termine temporale entro il quale l'ANAC possa intimare all'amministrazione l'esercizio del potere di autotutela, determinando il rischio di lesioni di posizioni giuridiche consolidate dal legittimo affidamento riposto dai privati per il trascorrere del tempo.

Proprio a causa della grande incisività delle raccomandazioni il legislatore ha espressamente previsto il potere di impugnativa delle stesse ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo, onde consentire alla stazione appaltante di manifestare il proprio dissenso rispetto alle valutazioni espresse dall'Autorità.

A differenza dei pareri di precontenzioso l'invito ad agire in autotutela opera d'ufficio, non necessitando di poteri di iniziativa delle parti della procedura, ed è diretto a sollecitare l'annullamento d'ufficio di un provvedimento sulla base di un vizio di legittimità rilevato dall'Autorità. In questo modo è stato acutamente osservato che - pur inserendosi nell'alveo delle procedure deflattive del contenzioso - tale istituto finisce per produrre un effetto opposto. Invero è stato rilevato che ove l'amministrazione decida di annullare in autotutela il provvedimento viziato, in tal modo incidendo sulla situazione di vantaggio acquisita da uno dei concorrenti, sarà agevole prevedere che questi "per difendere la sua posizione, produrrà ricorso al giudice amministrativo. E, quindi, il parere è un istituto che è (vorrebbe essere) precontenzioso perché deflattivo del contenzioso giurisdizionale, mentre l'atto di

²¹² *Ex pluris* si veda la recentissima pronuncia di Cons. St., Sez. V, 7 novembre 2016, n. 4642 secondo cui "non sussiste alcun obbligo per la Pubblica amministrazione di pronunciarsi su una richiesta di autotutela presentata da un privato, non essendo coercibile l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante silenzio rifiuto di cui all'art. 117 c.p.a."

raccomandazione può essere precontenzioso, solo in un altro senso: precede e prepara ... il contenzioso²¹³".

Proprio al fine di elaborare una disciplina dettagliata del nuovo istituto, l'ANAC ha ravvisato la necessità di predisporre uno schema di Regolamento, di recente oggetto di valutazione da parte del Consiglio di Stato²¹⁴.

I giudici amministrativi, dopo aver ricollocato l'istituto nell'alveo della funzione di vigilanza esercitata dall'ANAC (sia pure con talune peculiarità), hanno subordinato l'emanazione di un parere favorevole alla modifica di taluni aspetti idonei, allo stato, ad incidere negativamente sull'esercizio dell'azione amministrativa.

I primi rilievi hanno riguardato la peculiare natura giuridica delle "nuove" raccomandazioni. Invero si è osservato che, al di là del *nomen iuris*, tali provvedimenti non possano considerarsi alla stregua di atti di indirizzo, né configurarsi forme di intervento sostitutivo in quanto mancherebbe il presupposto dell'inerzia della stazione appaltante. La Commissione speciale conclude allora che debba trattarsi di una particolare forma di "autotutela doverosa" solo formalmente emessa dalla stazione appaltante, ma in effetti riconducibile alla raccomandazione vincolante dell'Autorità²¹⁵.

In secondo luogo i giudici amministrativi hanno rilevato la necessità di un coordinamento dell'istituto in parola con le garanzie richieste dalla legge fondamentale sul procedimento amministrativo. In particolare viene espressa la necessità di prevedere un termine ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi dall'avvio del procedimento di vigilanza, per l'emanazione della raccomandazione "fatto salvo il caso di invito all'autotutela quando vi sono i presupposti della risoluzione c.d. comunitaria di cui agli artt. 108 e 176 del codice"; la necessità di prevedere maggiori forme di partecipazione del dirigente responsabile al procedimento di vigilanza, specie in considerazione del suo possibile assoggettamento alla sanzione amministrativa pecuniaria; l'implementazione dell'obbligo di motivazione della

²¹³ In tal senso si esprime Folieri E., *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, op. cit..

²¹⁴ Il riferimento è sempre a Cons. St., Comm. Speciale, 28 dicembre 2016, n. 2777.

²¹⁵ Secondo i giudici amministrativi "ci si trova di fronte, insomma, ad una fattispecie a formazione progressiva, in cui vi è una separazione tra un sostanziale ordine di revisione degli atti di gara attribuito all'ANAC e la formale titolarità della rimozione di tali atti in capo alla stazione appaltante. Alla stregua di tale meccanismo 'bifasico', la raccomandazione vincolante si connota quale provvedimento amministrativo a contenuto decisorio e a carattere autoritativo, che obbliga la stazione appaltante a esercitare formalmente il potere di autotutela, annullando l'atto ritenuto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti".

raccomandazione condizionato alle risultanze dell'istruttoria, analogamente a quanto previsto dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990.

Infine i giudici amministrativi riconoscono le fondamentali potenzialità dell'istituto nell'ottica della prevenzione della corruzione e dell'illegalità all'interno dell'amministrazione, evidenziando però l'irrinunciabilità alle garanzie procedurali e al rispetto del principio del contraddittorio, demandando all'ANAC il non semplice compito di individuare il corretto punto di equilibrio tra le suddette esigenze in sede di elaborazione del nuovo Regolamento: "nell'annettere valore condizionante per il parere favorevole quantomeno ai primi due dei quattro rilievi sopra formulati, questa Commissione speciale ribadisce che, nella prospettiva qui raccomandata, il rafforzamento delle garanzie procedurali e il rispetto del contraddittorio in favore di tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti dall'esercizio del potere, in sede di vigilanza, costituisca garanzia irrinunciabile, anche nell'esigenza e nell'urgenza di contrastare la corruzione e l'illegalità che insidiano i contratti pubblici, e che la loro osservanza, secondo gli standard minimi della l. n. 241 del 1990, costituirà, essa sì, un efficace strumento deflattivo del contenzioso, altrimenti inevitabile a fronte di un procedimento che non assicuri l'effettivo e più ampio apporto conoscitivo e partecipativo delle parti"²¹⁶.

5. Semplificazione e liberalizzazione nel settore dei contratti pubblici. Il ruolo svolto dall'ANAC

Il tradizionale approccio del legislatore nella regolamentazione del settore dei contratti pubblici è stato per anni caratterizzato da una rigida predeterminazione delle regole della gara al fine di evitare zone d'ombra, favorevoli alla formazione di prassi illecite e favoritismi all'interno della pubblica amministrazione.

Tale metodo ha scontato l'inevitabile fallimento col quale è destinato a scontrarsi ogni sistema normativo che intenda demandare esclusivamente alla legge la regolamentazione di settori caratterizzati da un elevato tasso di tecnicismo e che risentono dalla rapida evoluzione tecnologica.

²¹⁶ In questi termini si veda Cons. St., Comm. Spec., 16 novembre 2016, n. 2777, consultabile *online* al sito www.giustizia-amministrativa.it.

Invero il settore pubblicistico, specie con riferimento alla contrattualistica pubblica, necessita di forme più agili di regolamentazione per stare al passo con le nuove regole del mercato ed al contempo contrastare in modo efficace i diffusi fenomeni di malaffare all'interno dell'amministrazione²¹⁷.

Le rigide maglie della legge, infatti, non consentono di prevedere e disciplinare una volta per tutte le (potenzialmente infinite) vicende elusive ed i relativi strumenti di contrasto dei fenomeni corruttivi.

Nei numerosi studi di settore che hanno riguardato la contrattualistica pubblica tra le principali cause della corruzione emerge il preoccupante dato della eccessiva complessità della disciplina che avvolge il settore degli appalti.

La stratificazione legislativa, troppo spesso conseguenza di interventi di carattere emergenziale, privi di pianificazione nel medio-lungo periodo e diretti a colmare singole lacune normative, ha reso le regole della gara così complesse da non essere comprese non solo dai singoli partecipanti, ma anche dagli stessi soggetti chiamati ad applicarle.

Il diffuso stato di confusione creato dalla scarsa chiarezza del legislatore, accompagnato dalla perdita dei valori dell'etica pubblica e della cultura della legalità, hanno contribuito a favorire zone grigie e comportamenti diretti ad eludere le disposizioni considerate eccessivamente gravose e talvolta prive di una legittimazione interna²¹⁸.

Per tali ragioni il legislatore degli ultimi anni, e forse decenni, dopo un periodo diretto a tentare di ricomprendere nella legge ogni spazio di autonomia dei cittadini, si è reso conto della necessità di operare un'imponente opera di semplificazione e talvolta liberalizzazione dei settori maggiormente gravati dalla ipertrofia legislativa, tra cui proprio quello in esame.

²¹⁷ Come autorevolmente notato "un'efficace politica di liberalizzazione può essere inoltre uno strumento efficace di risposta alla crisi, a patto che sia orientata a frenare l'inefficienza della spesa pubblica e che fornisca strumenti di contrasto alla corruzione. La liberalizzazione dei contratti pubblici va intesa allora come eliminazione delle barriere regolamentari ed amministrative". Cfr. Spagnuolo Vigorita R., *Contratti pubblici: apertura del mercato e contrasto alla corruzione*, in *Liberalizzazioni*, a cura di Fiorenzo Liguori e Carla Acocella, Napoli, 2015, p. 180.

²¹⁸ Appare del resto ampiamente comprensibile il ragionamento secondo cui le norme che non siano in grado di essere comprese dai cittadini vengano avvertite dagli stessi come ingiuste, in tal modo prestandosi più facilmente a prassi elusive rispetto a disposizioni che trovano la loro legittimazione nel comune sentire od in regole di ordinata e pacifica convivenza civile.

Come spesso accade, il passaggio da una regolamentazione specifica a livello di fonte primaria a norme di livello sub legislativo e regolamentare ha richiesto l'intervento di un soggetto indipendente e dotato di elevate competenze tecniche per vagliare le modalità di realizzazione del complesso obiettivo, vigilando sull'esigenza di non trascurare la tutela della legalità a tutto vantaggio dell'efficienza dell'azione amministrativa. Tale difficile compito è stato affidato dapprima all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ed attualmente spetta all'Autorità anticorruzione, cui non a caso sono stati attribuiti ampi poteri di vigilanza e prevenzione dei fenomeni corruttivi che falchiano tutto il settore pubblico e specialmente quello dei contratti pubblici.

Invero, con la formazione di un Mercato Unico europeo e l'avvento di una politica proconcorrenziale fondata sulla spinta delle influenze dell'UE il nostro Paese ha risentito del nuovo modo di intendere l'intervento dell'amministrazione nella contrattualistica pubblica. Specie con le direttive del 2004 e del 2014 viene riconosciuto, infatti, maggiore spazio al potere discrezionale delle stazioni appaltanti, per decenni progressivamente oscurato in quanto considerato la principale causa della corruzione nella pubblica amministrazione²¹⁹.

La nuova impostazione fa così riemergere la dialettica tra efficienza e legalità, riletta però alla luce dell'attività di ponderazione degli interessi propria di ciascun Ente Pubblico e diretta alla migliore realizzazione degli interessi della collettività.

Anche in ambito comunitario si riconosce come il principale problema della grande diffusione di fenomeni di illegalità all'interno della pubblica amministrazione, specie nel settore degli appalti, è senz'altro dovuto all'assenza di riferimenti normativi chiari e precisi ed alla stratificazione di discipline di dettaglio che mettono a dura prova la certezza del diritto, oltre che le capacità dei singoli funzionari chiamati ad individuare di volta in volta le norme applicabili alle fattispecie concrete.

²¹⁹ Sul punto sia consentito nuovamente di rinviare a Spagnuolo Vigorita R., *Contratti pubblici: apertura del mercato e contrasto alla corruzione*, op. cit., p. 183, secondo cui "poiché la corruzione non è stata arginata da impianti normativi improntati a schemi rigidi di contrattazione ed ad automatismi di aggiudicazione, se ne deve trarre che non sia il margine più o meno ampio di discrezionalità rimesso alla stazione appaltante a segnare il punto di rilevanza nel contrasto alla corruzione. Piuttosto, le politiche pubbliche dei contratti pubblici devono essere concepite con una strategia di lungo periodo, basate su scelte di fondo, non dettate dall'emergenza. Operazione ineludibile è quella di dotare gli operatori del mercato, parte pubblica e privati imprenditori, di riferimenti normativi chiari".

Se è vero che da anni si avverte l'esigenza di una riforma effettiva ed organica della dirigenza e dei dipendenti pubblici non è ad essi che può attribuirsi la responsabilità per l'eccesso di burocratizzazione della disciplina nel settore della contrattualistica, riconducibile invece a scelte di politica legislativa non sempre accompagnate da valutazioni programmatiche concernenti l'impatto concreto delle innovazioni sulla materia sostanziale, e troppe volte caratterizzate dall'esigenza contingente di colmare vuoti normativi attraverso interventi specifici dettati da situazioni emergenziali.

In questa congerie di fonti normative il ruolo di principale interprete della volontà del legislatore è stato, come detto, attribuito all'ANAC, la cui funzione non può che assumere carattere preminente, specie in vista del compito di regolamentazione proprio di ogni autorità amministrativa indipendente nei settori coinvolti da logiche di liberalizzazione deregolamentazione.

Al riguardo occorre analizzare se il riconoscimento di tale compito all'ANAC sia avvenuto solo a livello di affermazioni di principio o sia stato accompagnato dal conferimento di poteri di vigilanza e controllo, tali da rendere effettivo il compito ad essa attribuito.

È in tale ottica che si rende necessario verificare in che termini l'Autorità abbia fatto uso degli ampi poteri di regolazione e prevenzione della corruzione e, soprattutto, della facoltà di emanare atti regolamentari e di indirizzo aventi funzione di orientamento delle altre amministrazioni.

5.1. Il Piano Nazionale ed i Piani Triennali anticorruzione.

La nuova legislazione a tutela della legalità dell'azione amministrativa ha posto le basi della strategia anticorruzione sull'azione integrata di misure di prevenzione e diritto punitivo, in particolare attraverso la sinergia tra strumenti amministrativi e l'applicazione della sanzione penale²²⁰.

²²⁰ Secondo autorevole dottrina il contrasto alla corruzione all'interno della pubblica amministrazione è "un ambito in cui è davvero indispensabile un'integrazione tra il sapere organizzativo amministrativo/aziendale e quello penalistico, essendo tale ambito specificamente orientato al contrasto delle concrete dinamiche corruttive. Esiste infatti una sorta di circolarità tra l'incidenza del fenomeno corruttivo sulla attività e l'organizzazione soprattutto amministrativa e la risposta anticorruptiva attraverso la regolamentazione dell'attività e dell'organizzazione: se da un lato il fenomeno corruttivo tende a prendere forma con il "patto" al di fuori del singolo procedimento e della singola attività, dall'altro lato, però, tende a riflettersi e a distorcere

Ci si è resi conto che la sfida di rinnovamento dell'amministrazione può essere vinta solo sul piano della prevenzione dei fenomeni collegati, direttamente o indirettamente, alla distorsione della funzione pubblica, valorizzando la predisposizione di misure dirette ad ostacolare l'insorgere delle cd. *bad practices* amministrative.

Calibrata l'attenzione sulla prevenzione, la dottrina più avveduta ha distinto all'interno di tale categoria due macro aree afferenti a diversi strumenti di contrasto alla corruzione, le misure a carattere generale e quelle a carattere specifico²²¹.

Delle misure generali, applicabili a ciascuna amministrazione in modo diffuso, abbiamo avuto modo di occuparci all'inizio del presente lavoro analizzando le singole disposizioni in tema di trasparenza, tutela del dipendente che effettua segnalazioni di illeciti, incompatibilità e turnazione del personale.

Pare opportuno invece soffermarsi sulla disciplina dei piani anticorruzione, rientranti nella categoria delle misure a carattere specifico, in quanto naturalmente predisposti per contrastare il mercimonio della funzione pubblica individuando le aree sottoposte a maggior rischio corruzione all'interno di ciascuna amministrazione.

Introdotta dall'art. 1, comma 2, lett. b) della legge n. 190 del 2012, il primo Piano nazionale anticorruzione è stato elaborato l'11 settembre 2013 sulla base delle direttive contenute nelle Linee di indirizzo del Comitato interministeriale e previa proposta del Dipartimento della funzione pubblica, con successiva approvazione dell'Autorità nazionale anticorruzione.

queste ultime realtà creando vere e proprie anomalie disfunzionali, con la conseguenza che il contrasto preventivo alla corruzione passa necessariamente dalla individuazione di siffatte anomalie e dalla elaborazione di regole che nel correggere le anomalie disincentivano i comportamenti corruttivi realizzati al di fuori del procedimento". In questi termini Bartoli R., I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato in *Dir. pen. e processo*, 11, 2016, p. 1508.

²²¹ Sul punto si veda Merloni F., I piani anticorruzione e i codici di comportamento in *Dir. Pen. e Processo*, 8, 2013, p. 4. Secondo l'Autore "le prime sono destinate ad un'applicazione uniforme in tutte le amministrazioni pubbliche. Le seconde, invece, sono misure che, sia pure introdotte in via generale dalla legge, sono da applicarsi nelle diverse amministrazioni pubbliche in modo differenziato. Esse devono, cioè, essere adattate alle caratteristiche proprie di ciascuna amministrazione, tenendo conto in modo particolare delle funzioni attribuite (e delle attività di loro esercizio) e del grado di rischio di corruzione cui le diverse attività sono esposte". Secondo altra impostazione, invece, il fondamento della distinzione andrebbe individuato nella finalità delle misure legislative, dirette a realizzare prassi virtuose e ad implementare la cultura della legalità all'interno dell'amministrazione oppure a contrastare direttamente la diffusione dei fenomeni corruttivi. Nel primo caso si tratterà di misure anticorruptive a carattere generale, in quanto idonee ad incidere "a monte" del fenomeno corruttivo, nella seconda categoria, invece, rientrano gli strumenti il cui principale obiettivo concerna proprio l'attività di contrasto alle pratiche corruttive all'interno della p.a..

Nell'originaria impostazione voluta dal legislatore, tale strumento aveva provenienza sostanzialmente governativa, in modo da garantire una maggiore certezza e uniformità nell'elaborazione delle strategie anticorruzione. Le esigenze di flessibilità e l'alto tecnicismo richiesto per l'elaborazione dei piani hanno peraltro indotto il legislatore ad attribuirne la competenza all'Autorità di regolazione del settore (ANAC) con il d. lgs. n. 90 del 2014. Conseguentemente l'Autorità anticorruzione ha recentemente provveduto all'aggiornamento del Piano nazionale con la delibera ANAC n. 831 del 3 agosto 2016.

La funzione primaria attribuita al nuovo Piano nazionale è quella di analizzare i settori maggiormente esposti al rischio corruzione ed "individuare gli obiettivi strategici per lo sviluppo della strategia di prevenzione a livello centrale"²²², in tal modo fornendo linee guida utili alle amministrazioni locali per la predisposizione dei Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione (PTPC).

Nella sua nuova configurazione il piano nazionale risulta diviso in una parte generale ed una parte speciale. Nella prima sezione, dopo aver tracciato un quadro esaustivo delle recenti modifiche legislative, vengono analizzati in chiave costruttiva gli attuali strumenti di prevenzione al fine di evidenziarne i risultati ottenuti ed i possibili efficientamenti da apportare alla legislazione anticorruzione. La seconda sezione si occupa invece di approfondire le questioni concernenti singole amministrazioni locali o settori nei quali la corruzione è particolarmente pervicace, cercando di favorire l'elaborazione di prassi virtuose strumentali ad un rinnovamento dell'attività amministrativa.

Infine, superando le originarie incertezze sulla natura giuridica del Piano nazionale, è la stessa Autorità anticorruzione a qualificarlo alla stregua di un "atto generale di indirizzo", rivolto a tutte le amministrazioni per l'elaborazione dei piani triennali di prevenzione della corruzione²²³.

Proprio al fine di implementare gli strumenti di contrasto al malaffare viene valorizzata la prospettiva di attribuire alle unità organizzative amministrative più vicine al territorio il compito di dare attuazione alle generali linee guida contenute nel piano nazionale,

²²² La funzione di coordinamento del Piano Nazionale Anticorruzione è stata sottolineata dalla stessa Autorità anticorruzione nell'Introduzione ai piani di prevenzione, consultabile *online* sul sito www.anticorruzione.it

²²³ Si veda sul punto la delibera ANAC (di approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione) del 3 agosto 2016, n. 831, p.1, consultabile *online* sul sito www.anticorruzione.it.

attraverso la predisposizione dei PTPC. In tal modo viene superata la tendenza comune a molti Paesi europei negli ultimi decenni di centralizzare la regolamentazione attraverso modelli comportamentali unitari, come tali incapaci di rispondere alle istanze specifiche di contrasto alla corruzione diffuse sul territorio.

Il crescente valore attribuito alla prevenzione nel piano nazionale si riflette anche sulla composizione dei piani triennali.

Originariamente predisposti al solo fine di compiere una valutazione dei rischi all'interno di ciascuna amministrazione sulla cui base emanare il Piano nazionale, i piani triennali hanno assunto progressivamente un ruolo decisivo nel contrasto al malaffare all'interno della p.a.. Ad essi viene specificamente attribuito il compito di individuare le misure di prevenzione e controllo dell'azione amministrativa, specie nei settori caratterizzati da una maggiore discrezionalità delle decisioni e dall'utilizzo di ingenti risorse pubbliche.

Nella prospettiva, valorizzata anche dalle istituzioni europee, di operare un'attenta ponderazione degli interessi pubblici coinvolti nell'elaborazione degli strumenti di reazione ai tentativi patologici di intrusione nei processi decisionali dell'amministrazione, il legislatore ha imposto - nella stesura dei piani anticorruzione - di non sacrificare oltre quanto strettamente necessario gli obiettivi del buon andamento e dell'efficienza dell'azione amministrativa a favore esclusivamente delle esigenze di tutela della legalità.

All'esito della nuova impostazione così come definita dal d.l. n. 90 del 2014 che ha invertito i rapporti tra piano nazionale e piani triennali di prevenzione della corruzione (PTPC), questi ultimi sono adottati sulla base delle indicazioni fornite dal Piano nazionale, secondo lo schema cd. a cascata che individua nelle fonti sovraordinate le disposizioni generali ed in quelle di grado inferiore le misure attuative, predisposte da ciascuna amministrazione al fine di prevenire e contrastare la diffusione di fenomeni corruttivi.

L'attuale assetto della disciplina anticorruzione come emerso dalle recenti modifiche normative e dal nuovo rapporto tra PN e PTPC evidenzia la tendenza sempre più accentuata del legislatore a riconoscere non solo un ruolo pregnante alla prevenzione dei fenomeni distorsivi della funzione pubblica, ma anche a responsabilizzare le singole amministrazioni nella lotta alla corruzione. L'alto grado di specializzazione delle procedure competitive e le

diversità talvolta incomparabili tra i diversi settori di riferimento hanno reso necessaria una specializzazione delle competenze anche nel settore della lotta alla corruzione.

5.2. Confronto con i modelli organizzativi ex d.lgs. 231 del 2001 e vigilanza dell'ANAC sul rispetto dei Piani anticorruzione.

L'elaborazione dei piani anticorruzione non rappresenta una novità assoluta per il nostro ordinamento, costituendo la trasposizione in ambito pubblicistico della disciplina dei modelli organizzativi previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001.

Le analogie presenti tra i due strumenti di contrasto alla corruzione consentono di operare un raffronto tra le relative discipline che permetta di individuare le criticità del recente sistema di prevenzione adottato nel settore pubblico ed elaborare proposte di riforma che tengano conto delle difficoltà già ampiamente riscontrate nel settore privato.

Nel regolamentare l'attività privata d'impresa il legislatore è intervenuto imponendo alle società operanti nel mercato la predisposizione di modelli organizzativi atti a prevenire la commissione di reati, specie quelli legati alla compravendita della funzione pubblica, da parte di soggetti che rivestono posizioni apicali e operanti nell'interesse principale o esclusivo dell'ente di appartenenza.

In tali casi il legislatore è intervenuto con la previsione della cd. responsabilità amministrativa degli enti pubblici al fine di impedire che la commissione di reati - legati direttamente o indirettamente all'attività d'impresa - restasse priva di adeguate sanzioni, così scoraggiando i comportamenti diretti a piegare le resistenze dei funzionari onesti per garantirsi indebiti vantaggi economici²²⁴.

I presupposti per l'insorgere della responsabilità degli enti sono tassativamente individuati dal legislatore e consistono, in primo luogo e sotto il profilo oggettivo, nella commissione di un reato rientrante nel novero dei reati presupposto tipizzati dal legislatore agli artt. 24 e ss.

²²⁴ Sulla natura giuridica della responsabilità degli enti ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001 molto si è discusso in dottrina. Numerose sono state le critiche sulla scelta del legislatore di configurare una vera e propria responsabilità penale degli enti, sia pure mascherata da responsabilità amministrativa, giungendo a definire la nuova responsabilità come "truffa delle etichette". Per una puntuale ricostruzione della problematica sia consentito rinviare a M. Arena, *La responsabilità amministrativa delle imprese: il D.Lgs n. 231/2001. Normativa, modelli organizzativi, temi d'attualità*, Milano, 2015.

del d. lgs. n. 231 del 2001. Tale catalogo - originariamente comprendente solo poche fattispecie in tema di reati contro la pubblica amministrazione, specie quelli concernenti il mercimonio della funzione pubblica - è stato nel tempo sensibilmente ampliato, talvolta alimentando gravi critiche da parte della dottrina, soprattutto con riferimento all'annessione di fattispecie difficilmente conciliabili con le peculiarità della materia e del destinatario delle sanzioni, come l'omicidio colposo e i reati connessi alla violazione delle norme in tema di sicurezza sul lavoro.

Ulteriore presupposto oggettivo consiste commissione del reato a vantaggio o nell'interesse esclusivo dell'ente, dando così la stura a complesse vicende in tema di onere della prova, imponendo la dimostrazione che gli autori dell'illecito abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Dal lato soggettivo, invece, l'art. 5 del citato decreto richiede che l'autore dell'illecito rivesta "funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso" ovvero sia stato commesso "da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno [di tali] soggetti".

Tuttavia, conscio della natura ibrida della responsabilità ed al fine di impedire indebiti scivolamenti nell'alveo della responsabilità oggettiva, il legislatore ha altresì previsto una causa esimente che scatta, al ricorrere di diversi presupposti in base alla posizione rivestita dall'autore del reato, all'esito della predisposizione di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di reati²²⁵.

²²⁵ Se il reato è stato commesso da soggetti cd. subordinati si applica il comma 2 dell'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2001 che esclude la responsabilità della persona giuridica "se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi". La disposizione in parola prevede poi le specifiche condizioni che consentono di definire efficace l'attuazione dei modelli richiesti dal legislatore. Diversi e più stringenti sono invece i presupposti per applicare l'esclusione di responsabilità all'ente per i reati commessi da parte dei soggetti in posizione apicale. In tal caso, infatti, trova applicazione l'art. 6 secondo cui "l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)".

Da tale breve premessa sul funzionamento dei modelli organizzativi appare evidente come essi rappresentino l'archetipo dei moderni piani anticorruzione, i quali si differenziano per alcuni aspetti che si vanno ad analizzare, specie con riferimento agli organi deputati al controllo del rispetto dei Piani anticorruzione²²⁶.

In primo luogo occorre evidenziare la diversa prospettiva rispetto alla quale i settori pubblico e privato osservano il fenomeno della corruzione.

Mentre la predisposizione dei modelli organizzativi in ambito privato è funzionale alla prevenzione di comportamenti illeciti diretti ad ottenere un vantaggio patrimoniale da parte degli organi apicali e dei dipendenti dell'ente e, nel caso di mancato rispetto degli stessi, consente di mandare esente da responsabilità l'ente che abbia adottato misure adeguate di prevenzione; nella redazione dei piani anticorruzione la finalità principale è garantire il buon andamento e la tutela della legalità all'interno dell'amministrazione.

Tale diversità si riflette prima di tutto nell'individuazione dei destinatari della sanzione, che nel settore privato coincidono con l'ente che si avvantaggia della commissione dell'illecito, mentre nel settore pubblico è chiamato a risponderne un soggetto terzo, estraneo alla commissione del reato e addetto alla vigilanza sull'attuazione dei piani, individuato nel Responsabile della prevenzione della corruzione (RPC).

L'aspetto che differisce maggiormente nei due sistemi di prevenzione concerne l'individuazione dei soggetti responsabili e di quelli chiamati a verificare il rispetto dei modelli organizzativi e dei piani anticorruzione.

Invero, nel settore privato la predisposizione dei modelli di prevenzione degli illeciti avviene previo impulso determinante degli organi di indirizzo dell'ente, generalmente gli amministratori. Tali soggetti, anche laddove provvedano a delegare le funzioni di controllo ad appositi organismi di vigilanza, restano vincolati a doppio filo con i sistemi di prevenzione adottati, rispondendone in proprio in caso di mancata attuazione o di elusione.

Diversamente accade nel settore della pubblica amministrazione ove è il solo Responsabile della prevenzione della corruzione a rispondere della violazione delle disposizioni contenute

²²⁶ Per una compiuta disamina delle analogie e differenze tra i piani anticorruzione ed i modelli organizzativi ex d. lgs. n. 231 del 2001 sia consentito rinviare a Bartoli R., I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato, op. cit..

nei Piani triennali anticorruzione, esulando del tutto da responsabilità l'attività degli organi di indirizzo politico che pure abbiano partecipato alla predisposizione dei piani.

Appaiono evidenti gli effetti negativi di tale (mancata) previsione: in primo luogo viene eccessivamente gravato un soggetto - il RPC - che da solo non sempre è in grado di controllare in modo efficiente l'attività svolta dai ciascun funzionario dell'ente pubblico, ed in secondo luogo si finisce per avallare uno "scivolamento verso il basso delle responsabilità" deresponsabilizzando e disincentivando i dirigenti politici alla predisposizione di piani anticorruzione effettivamente in grado di combattere il malaffare all'interno dell'amministrazione.

Con riferimento ai soggetti chiamati a verificare il rispetto dei piani anticorruzione il legislatore, al fine di rafforzare il sistema di vigilanza, ha affiancato al RPC un soggetto esterno all'amministrazione, l'ANAC, con funzioni di controllo e verifica dell'attuazione dei piani e dell'operato del RPC. In questo modo si cerca di evitare fenomeni di cattura del singolo funzionario pubblico, garantendo una maggiore separazione tra i soggetti che devono prendere le decisioni e coloro che tali decisioni sono chiamati a controllare.

In particolare non è mancato chi abbia osservato come il coinvolgimento dell'ANAC sia ancora troppo marginale per garantire un effettivo miglioramento del sistema di prevenzione degli illeciti, prospettando la necessità di un ampliamento dei poteri dell'Autorità, almeno con riferimento all'accertamento dell'idoneità dei piani e delle misure adottate da ciascuna amministrazione per prevenire fenomeni corruttivi²²⁷.

Se una tale soluzione contiene implicitamente il rischio di uno sconfinamento dell'Autorità nelle scelte discrezionali riservate all'amministrazione, tale orientamento riconosce un'apertura in tale direzione nel recente d.lgs. n. 97 del 2016, che coinvolge maggiormente l'ANAC nelle valutazioni circa l'operato del RPC. In particolare la nuova disciplina impone di segnalare all'ANAC eventuali misure discriminatorie adottate nei confronti del RPC, in tal modo consentendo all'Autorità di attivarsi, anche tramite richiesta di informazioni all'organo di indirizzo politico, valutando l'opportunità di intervenire nei confronti del Responsabile.

²²⁷ Il riferimento è a Bartoli R., I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato, *op. cit.*, 2016, pp. 1517 ss..

Infine, ulteriore riflesso della diversa impostazione seguita dal legislatore nella predisposizione dei modelli di prevenzione della corruzione nel settore pubblico e privato è dato dalla differente natura delle sanzioni: interdittive e pecuniarie nei confronti dell'ente privato, e di tipo amministrativo nei confronti del responsabile della prevenzione. Tale aspetto costituisce il logico corollario dell'attuale sistema punitivo pubblico in cui il Responsabile della prevenzione della corruzione è chiamato a rispondere per fatti illeciti altrui, configurandosi in capo ad esso una responsabilità non solo sul piano disciplinare, ma anche per danno erariale e dirigenziale, per la mancata vigilanza sull'osservanza delle misure anticorruzione.

Dall'analisi comparata dei modelli e dei piani anticorruzione è possibile trarre alcuni spunti riflessivi che, de iure condendo, potrebbero svolgere un ruolo decisivo nel contrasto ai fenomeni di mercimonio della funzione pubblica.

In primo luogo occorrerebbe rafforzare il ruolo dei soggetti preposti al controllo del rispetto dei piani anticorruzione, basti pensare ai compiti attribuiti al Responsabile della prevenzione della corruzione che vanno dalla predisposizione dei piani alla vigilanza sulla loro attuazione, sino alla verifica di eventuali ipotesi di violazione o elusione degli stessi. Al riguardo appare opportuno creare un canale privilegiato di dialogo e confronto con l'organo di indirizzo politico, che invece al momento appare fortemente deresponsabilizzato e non coinvolto dalla riforma sulla responsabilità per la mancata attuazione dei piani²²⁸.

In secondo luogo, nel settore pubblico è possibile ipotizzare la predisposizione di incentivi in favore delle amministrazioni virtuose che puntualmente abbiano provveduto all'adozione di piani anticorruzione di comprovata efficacia preventiva (a titolo esemplificativo potrebbero riconoscersi dei punteggi aggiuntivi in relazione all'attribuzione di risorse pubbliche o personale amministrativo).

In conclusione deve rilevarsi che la ragione della diversità dei modelli di prevenzione adottati nel settore pubblico e privato risiede principalmente nel diverso modo di reagire al

²²⁸ Come autorevolmente notato "il piano nazionale potrà funzionare se saprà delineare una strategia complessiva di lotta alla corruzione, da svolgere a diversi livelli, e se avrà un forte supporto politico" ed ancora "il rischio è che il processo abbia un'attuazione meramente burocratica, che il piano nazionale si risolva in un elenco di vaghe promesse ed enunciazioni di principio, che i piani delle amministrazioni contengano previsioni non meno vaghe e riproducano regole già scritte in leggi e codici di comportamento che i responsabili della prevenzione della corruzione interpretino il loro ruolo producendo carta [...]". In tal senso si esprime B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, op. cit., p. 127.

mercimonio della funzione pubblica. Mentre nel primo caso la sanzione è diretta a punire ogni condotta di un pubblico dipendente che accetti un vantaggio idoneo a compromettere l'imparzialità nell'esercizio della funzione pubblica, nel caso dei modelli organizzativi per prevenire la corruzione nell'esercizio di attività d'impresa l'obiettivo è punire colui che, al fine di ottenere un tornaconto patrimoniale, tenta di comprare illecitamente l'attività di tali funzionari.

L'obiettivo resta lo stesso in entrambi i modelli: garantire il buon andamento dell'amministrazione e l'esercizio imparziale del potere pubblico; mentre però nel settore privato gli enti rispondono per fatto proprio, per le violazioni dei piani anticorruzione risponde un soggetto terzo che non è autore del reato. È per questa ragione che, a fronte degli stessi obiettivi, il legislatore ha individuato diversi strumenti per contrastare efficacemente la corruzione all'interno della pubblica amministrazione.

6. Il ruolo decisivo della trasparenza nella prevenzione della corruzione

La nuova sfida al contrasto all'illegalità nelle pubbliche amministrazioni passa attraverso l'implementazione della trasparenza nell'amministrazione della cosa pubblica²²⁹.

Del resto si è ampiamente discusso sulle principali cause di diffusione della corruzione, specie con riferimento al settore degli appalti pubblici, ove l'eccessiva stratificazione legislativa ha concretamente impedito, per anni, ogni possibilità di un effettivo controllo sulle singole fasi della vita di un appalto, specie nei momenti successivi all'aggiudicazione.

È in virtù dell'inscindibile legame tra opacità delle prassi amministrative e malaffare che il legislatore ha attribuito alla neo-nata Autorità anticorruzione anche la funzione di tutela della trasparenza²³⁰, che di recente ha dato luogo all'approvazione delle linee guida per

²²⁹ Sulla funzione di prevenzione della corruzione esercitata dalla trasparenza sia consentito rinviare all'autorevole opinione di Patroni Griffi F., *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, op.cit., secondo il quale "la trasparenza, invero, intesa quale possibilità per tutti i cittadini di avere accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni, costituisce un mezzo fondamentale di prevenzione della corruzione, imponendo una rendicontazione dell'azione pubblica nei confronti degli *stakeholders*, agevolando sistemi di *accountability* e limitando il rischio che si annidino situazioni di illiceità in settori delicati dell'agire amministrativo".

²³⁰ Al fine di monitorare e contrastare i fenomeni di corruzione all'interno delle amministrazioni, il d.l. n. 33 del 2013 ha espressamente attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione il compito di vigilare sull'adempimento degli obblighi di pubblicazione in capo alle amministrazioni, conferendole anche "poteri ispettivi mediante

l'attuazione dell'accesso civico generalizzato e degli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 97 del 2016.

Per comprendere pienamente il ruolo svolto dall'ANAC nel percorso diretto a trasformare la p.a. in una casa di vetro, occorre preliminarmente soffermarsi sull'evoluzione del principio di trasparenza, e sulle novità progressivamente introdotte rispetto al diritto di accesso dalla riforma del 2009, d.lgs. n. 150 del 2009, e recentemente dai d.l. n. 33 del 2013 e d.lgs. 25 n. 97 del 2016.

Nella prima fase di tale evoluzione la trasparenza aveva valenza relazionale e si manifestava attraverso il diritto di accesso cd. qualificato, ovvero strumentale alla tutela di una posizione sostanziale, che non può concretarsi in una forma diffusa di controllo dell'attività amministrativa²³¹. Nell'impostazione originaria voluta dalla l. n. 241 del 1990 il diritto di accesso svolgeva, cioè, una funzione ancillare rispetto ad un interesse giuridicamente rilevante e collegato all'esistenza di un procedimento²³².

I limiti al diritto di accesso finivano per frustrare sensibilmente le istanze di ostensione dei privati e precludevano qualsiasi forma di controllo - anche indiretto - sull'operato dell'amministrazione in ossequio al principio, ormai superato, della correttezza dell'agire amministrativo.

Al fine di superare le critiche alla precedente impostazione e per sfruttare a pieno le potenzialità dell'istituto in tema di prevenzione dell'illegalità il legislatore è intervenuto, a distanza di quasi vent'anni, sulla disciplina del diritto di accesso. Con il d.lgs. n. 150 del 2009 viene rielaborata la stessa nozione di trasparenza come "accessibilità totale" ad ogni aspetto dell'organizzazione dell'amministrazione, "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità" (art. 11).

richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche e ordinando l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza" ed ancora attribuendo all'Autorità il "controllo sull'operato dei responsabili per la trasparenza a cui può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni", art. 45 d.lgs. n. 33 del 2013.

²³¹ In tal senso v. Patroni Griffi F., *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, op. cit.

²³² Ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990 il diritto di accesso è condizionato alla presenza di "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

La nuova concezione della trasparenza rappresenta il primo passo e forse l'archetipo della strategia di contrasto alla corruzione e all'illegalità nelle pubbliche amministrazioni ponendo i cittadini in grado di operare un controllo diffuso sull'operato dei pubblici poteri.

Nel tentativo di riconoscere nuova efficacia alla trasparenza, il legislatore del 2009 ha però interpretato tale concetto come sinonimo di pubblicità, addossando alle amministrazioni il disagiata obbligo di pubblicare una serie di dati relativi alla vita organizzativa dell'ente - spesso del tutto privi di interesse per i cittadini - che rischiava seriamente di paralizzare gli effetti della riforma. Non deve peraltro sottovalutarsi il ruolo decisivo svolto dalle nuove tecnologie nell'implementazione del principio di trasparenza, le quali consentono di raggiungere risultati fino a pochi anni fa impensabili²³³.

A fronte dell'inequivoco riconoscimento della trasparenza come strumento di controllo diffuso sull'operato della p.a., il d.lgs. n. 150 del 2009 consentiva l'accesso generalizzato solo all'esito dell'inadempimento degli obblighi di pubblicità da parte delle amministrazioni. In altri termini i richiedenti l'accesso potevano ottenere l'ostensione dei documenti solo nel caso in cui non vi avesse provveduto direttamente l'amministrazione.

Proprio tale critica, unita al fatto che tale previsione riduceva l'ambito di applicazione del nuovo diritto di accesso esclusivamente ai documenti già oggetto di pubblicazione obbligatoria non ottemperata dall'amministrazione, hanno costituito il presupposto dell'evoluzione normativa che ha portato all'emanazione del d.lgs. n. 33 del 2013, adottato in attuazione dei commi 35 e 36 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012.

Una delle principali innovazioni del cd. d.l. trasparenza ha riguardato l'introduzione nel nostro ordinamento di un diritto di accesso generalizzato alle informazioni della pubblica amministrazione, del tutto svincolato dalla sussistenza di situazioni qualificate e dai vincoli di legittimazione della l. n. 241 del 1990, il cd. diritto di accesso civico.

²³³ Si pensi all'obbligo per le amministrazioni, previsto dall'art. 11 d. lgs. n. 150 del 2009, di pubblicare "informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità", che risulterebbe impossibile senza il ricorso all'informatica. Parallelamente, il concreto esercizio di tale diritto può essere assicurato esclusivamente consentendo l'accesso informatico alle banche dati dell'amministrazione mediante motori di ricerca che consentano di reperire, all'interno del mare sconfinato di materiale pubblicato, ciò che effettivamente il cittadino sta cercando.

In particolare, il diritto di accesso civico è strutturato secondo una tutela bifasica: nella prima fase protagonista centrale è la pubblica amministrazione, che deve adempiere agli obblighi di pubblicazione secondo quanto disposto dal legislatore. In caso di violazione dell'obbligo di ostensione si apre una seconda fase, del tutto eventuale, ad iniziativa del cittadino, attraverso la quale i privati sono effettivamente posti in condizione di esercitare un controllo sull'operato dell'amministrazione, in tal modo ostacolando prassi illecite o forme di cattiva amministrazione all'interno degli enti pubblici.

In sintesi, il nuovo art. 5, d.l. 33 del 2013 riconosce a chiunque il diritto di richiedere i documenti e le informazioni di cui sia in possesso la pubblica amministrazione quando la stessa non abbia provveduto alla relativa pubblicazione.

La vera novità consiste nell'estensione della legittimazione attiva, che ormai viene del tutto svincolata dall'esistenza di una posizione qualificata e ricollegata alla trasgressione di un obbligo di pubblicità. Inoltre il comma 2 della disposizione in parola individua gli ulteriori requisiti di ammissibilità della domanda di accesso, tra i quali non figura l'obbligo di motivazione, rendendo in tal modo effettiva la legittimazione generalizzata in capo a tutti i cittadini. Inoltre viene espressamente confermata la natura gratuita del diritto di accesso civico, al fine di responsabilizzare ed incentivare i privati circa l'esercizio del loro diritto ad un'amministrazione trasparente, ed infine viene individuato nel Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza il destinatario della domanda di accesso, confermando la duplice natura di tale soggetto che, com'è ormai noto, riveste il ruolo di dipendente dell'amministrazione e *longa manus* dell'ANAC all'interno dell'ente.

La previsione dell'accesso civico si inserisce nel percorso iniziato dal legislatore degli anni Novanta di introdurre anche in Italia i principi del Freedom of Information Act statunitense (cd. FOIA), ovvero un regime di trasparenza totale dell'operato della pubblica amministrazione.

Sebbene anche in tal caso l'accessibilità sia limitata ai documenti che l'amministrazione è tenuta per legge a pubblicare, l'accesso civico si traduce in una più ampia configurazione del regime di *open government* e nel diritto per tutti i cittadini di avere accesso diretto

all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni²³⁴, attribuendo alla trasparenza un ruolo fondamentale per incrementare il rapporto di fiducia tra pubblica amministrazione e cittadini e promuovere la prevenzione della corruzione.

Per garantire l'effettivo rispetto della pubblicità degli atti dell'amministrazione attraverso il nuovo accesso civico e rafforzare l'efficacia preventiva delle norme sulla trasparenza l'art. 45 d.lgs. n. 33 del 2013 attribuisce all'Autorità anticorruzione il compito di vigilare sull'adempimento degli obblighi di pubblicazione in capo alle amministrazioni, conferendole ampi poteri ispettivi e di controllo sull'operato dei responsabili per la trasparenza.

Proprio grazie alle considerazioni svolte dall'Autorità di vigilanza sono di recente emersi i profili critici e le incertezze applicative del d.l. n. 33 del 2013, che pur rappresentando una tappa fondamentale verso la riforma della trasparenza secondo i principi del FOIA statunitense, è stato di recente sostituito dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, sulla "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza".

La riforma supera definitivamente i limiti dell'accesso civico così come strutturato dal d.l. 33 del 2013, individuandone un ambito di applicazione più ampio e del tutto indipendente dagli obblighi di pubblicazione già previsti dalla legge, dotando i cittadini di un effettivo strumento di controllo dell'azione amministrativa e facendo del "nuovo" diritto di accesso civico²³⁵ uno strumento di straordinaria importanza nel contrasto alla corruzione.

La nuova previsione dell'accesso civico cd. generalizzato stabilisce il diritto di chiunque di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni "anche ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione", in tal modo favorendo un controllo diffuso sull'attività dell'amministrazione e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e stimolando la partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico²³⁶.

²³⁴ In tali termini si esprime Patroni Griffi F., *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, op. cit..

²³⁵ La disciplina del cd. accesso civico generalizzato è contenuta nell'art. 6, comma 2, d.lgs 25 maggio 2016, n. 97.

²³⁶ Sulla distinzione tra le due forme di accesso civico è di recente intervenuta l'Autorità anticorruzione con la Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 secondo cui "i due diritti di accesso, pur accomunati dal diffuso riconoscimento in capo a "chiunque", indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva connessa, sono quindi destinati a muoversi su binari differenti, come si ricava anche dall'inciso inserito all'inizio del comma 5 dell'art. 5, "fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria", nel quale viene disposta l'attivazione

In corrispondenza dell'ampliamento della legittimazione soggettiva, il legislatore ha peraltro ampliato anche le categorie di documenti sottratti al nuovo diritto di accesso generalizzato, distinguendo due categorie di interessi, pubblici e privati, in relazione ai quali il legislatore è legittimato a rifiutare le istanze di ostensione.

La classificazione delle ipotesi derogatorie operata dal legislatore si fonda in entrambi i casi sul pregiudizio concreto ad interessi sensibili che può scaturire dall'accesso indiscriminato a tutte le informazioni in possesso dell'amministrazione²³⁷. Restano sottratti all'accesso anche i documenti afferenti al segreto di Stato ed alle ipotesi di cui all'art. 24 della l. 241 del 1990.

Dall'analisi della nuova disciplina, in linea col trend normativo degli ultimi anni diretto ad ampliare le aree di trasparenza dell'amministrazione, emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di rafforzare i controlli sull'azione amministrativa e sull'utilizzo delle risorse pubbliche responsabilizzando direttamente i cittadini, soprattutto attraverso l'esercizio di forme diffuse di accertamento.

Il bilanciamento con il principio di riservatezza, precipitato naturale del diritto di accesso, deve oggi tener conto dell'esigenza - sempre più avvertita dalla collettività - di prevenire con strumenti idonei i sempre più frequenti fenomeni di corruzione all'interno delle amministrazioni. Il contrasto ai fenomeni di cattura dei funzionari pubblici non può più escludere dalla ponderazione degli interessi in conflitto l'effettività del buon andamento dell'amministrazione, anche attraverso limitazioni proporzionali e adeguate, del fondamentale diritto alla riservatezza.

del contraddittorio in presenza di controinteressati per l'accesso generalizzato. L'accesso generalizzato si delinea come affatto autonomo ed indipendente da presupposti obblighi di pubblicazione e come espressione, invece, di una libertà che incontra, quali unici limiti, da una parte, il rispetto della tutela degli interessi pubblici e/o privati indicati all'art. 5 bis, commi 1 e 2, e dall'altra, il rispetto delle norme che prevedono specifiche esclusioni (art. 5 bis, comma 3)".

²³⁷ L'art. 6, comma 2 del d.lgs. 97 del 2016 stabilisce che "l'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive. 2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la Proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali".

La nuova funzione della trasparenza deve, pertanto, essere riconsiderata alla stregua di un'efficace strumento di prevenzione dell'illegalità nell'amministrazione, idoneo a promuovere un vero e proprio controllo ad ampio spettro sull'esercizio del potere amministrativo. Invero è stato notato come "essa non deve, come in passato, favorire solo forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ma altresì tutelare i diritti dei cittadini e promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa, qui intesa, a ben vedere, come partecipazione popolare alla cosa pubblica e non solo più al procedimento amministrativo"²³⁸.

Soltanto portando a compimento tale percorso sarà possibile rendere effettivamente la pubblica amministrazione una "casa di vetro", fornendo una definitiva soluzione al problema dell'illegalità nell'amministrazione attraverso la predisposizione - in funzione preventiva - di norme di pubblicità e trasparenza.

6.1. L'attribuzione all'ANAC della titolarità del potere sanzionatorio

Particolarmente articolata è stata l'individuazione del titolare del potere sanzionatorio in tema di violazione degli obblighi di trasparenza di cui al d.l. 14 marzo 2013, n. 33.

Per garantire il rispetto delle norme e l'efficacia dell'attività di vigilanza occorre che il regime sanzionatorio preveda con certezza, oltre al novero delle fattispecie punite e all'entità delle misure amministrative, il soggetto chiamato ad applicarle.

Con riferimento specifico agli obblighi di trasparenza la disciplina di riferimento fa capo all'articolo 47 del d.l. n. 33 del 2013²³⁹. Tale disposizione individua il titolare del potere sanzionatorio mediante rinvio alla L. 24 novembre 1981, n. 689, concernente la disciplina in materia di depenalizzazione di numerose ipotesi di reato in illeciti di amministrativi.

²³⁸ In questi termini si esprime Monea A., *La nuova trasparenza amministrativa alla luce del d.lgs. n. 97/2016. L'accesso civico*, in *Azienditalia*, 2016, 11, p. 1040.

²³⁹ Al primo comma tale disposizione prevede specifiche sanzioni per la violazione degli obblighi trasparenza concernenti i compensi percepiti e le spese a carico dell'amministrazione da parte dei dipendenti pubblici. Il secondo comma, invece, dispone analoghe sanzioni a carico dei responsabili di ciascuna amministrazione per la violazione degli obblighi di pubblicazione delle informazioni di cui all'articolo 22, comma 2, del medesimo decreto.

L'incertezza scaturente da un rinvio ad altra normativa in una materia così delicata, come quella della trasparenza, viene ulteriormente complicata da un ulteriore rimando alla regolamentazione interna di ciascuna amministrazione, operato dagli artt. 17 e 18 della legge 689 del 1981²⁴⁰.

Il duplice rinvio che, in ultima analisi, stabilisce la titolarità del potere sanzionatorio in capo alle singole amministrazioni è stato per lungo tempo considerato conforme al principio autonomistico, diretto a garantire a ciascun ente di far valere le peculiarità del proprio settore attraverso la specifica regolamentazione dei procedimenti sanzionatori.

Tale impostazione si scontrava però con le dichiarate intenzioni del legislatore del 2012 di contrastare la diffusione dell'illegalità nella pubblica amministrazione attraverso la riduzione ad unità del sistema di prevenzione e repressione²⁴¹.

Al riguardo si deve rilevare, infatti come la frammentazione di procedure e sanzioni rischierebbe di delegittimare lo stesso sistema sanzionatorio, pregiudicando la certezza della pena, applicata diversamente - pur in assenza di espressa riserva assoluta di legge - da amministrazione ad amministrazione.

Ebbene, al fine di superare le indicate criticità, con la delibera del 21 gennaio 2015, n. 10, l'ANAC ha individuato nel Prefetto l'unico titolare del potere sanzionatorio per la violazione degli obblighi di trasparenza.

Il ragionamento seguito dall'autorità si è fondato in primo luogo sulla mancata configurabilità del potere sanzionatorio alla stregua di una materia autonoma, riconducendo lo stesso nell'ambito della trasparenza e valorizzando l'inserimento della stessa tra i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m) Cost..

²⁴⁰ Sul punto la delibera del 31 luglio 2013, n. 66 aveva rilevato che "in base a questo rinvio, e tenuto conto delle previsioni degli articoli 17 e 18, ciascuna amministrazione provvede, in regime di autonomia, a disciplinare con proprio regolamento il procedimento sanzionatorio, ripartendo tra i propri uffici le competenze, in conformità con alcuni principi di base posti dal legislatore del 1981. Tra i più importanti, quelli sui criteri di applicazione delle sanzioni (art.11); quello del contraddittorio con l'interessato (art.14); quello della separazione funzionale tra l'ufficio che compie l'istruttoria e quello al quale compete la decisione sulla sanzione (art.17-18)".

²⁴¹ Con riferimento a tale rilievo e per una compiuta trattazione sul tema si rinvia a Rivosecchi G., L'ANAC uniforma il regime sanzionatorio sulla trasparenza amministrativa, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015, p. 424.

Per tali ragioni, superando l'incerto richiamo normativo di cui all'articolo 17 della legge sulla depenalizzazione, l'ANAC ha attribuito al Prefetto il potere sanzionatorio, e ciò sull'ulteriore presupposto che è a tale soggetto che la legge demanda il compito di assicurare la tutela dei diritti civili e sociali dei cittadini, il cui esercizio non può che essere condizionato alla perfetta trasparenza della pubblica amministrazione²⁴².

Tale delibera si iscrive nel solco della nuova impostazione voluta dal legislatore secondo la quale l'attuazione della trasparenza nella pubblica amministrazione consentirebbe di prevenire la realizzazione di fenomeni corruttivi a condizione, però, che vi siano enti in grado di monitorare costantemente la sua attuazione. E in tale ottica rilievo determinante assume la diretta collaborazione dell'Autorità amministrativa con il Prefetto, la quale assicura la certezza dell'azione di vigilanza attraverso lo scambio delle informazioni tra enti controllori e titolari del potere sanzionatorio.

Il grande fermento legislativo degli ultimi anni intorno al tema della corruzione ha, infine, coinvolto di recente anche il tema delle sanzioni per la violazione degli obblighi di trasparenza. A testimonianza della centralità assunta dall'ANAC nella prevenzione dell'illegalità nelle pubbliche amministrazioni, il legislatore ha infatti recentemente approvato il "Nuovo regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio" ai sensi dell'articolo 47 d.l. n. 33 del 2013²⁴³. La nuova normativa riconosce direttamente in capo all'Autorità anticorruzione il potere di disciplinare - con autonomo regolamento interno - il procedimento di accertamento delle violazioni degli obblighi in materia di trasparenza e di procedere all'emanazione delle relative sanzioni.

Come è evidente si tratta di un ulteriore passo in avanti nella direzione intrapresa negli ultimi anni dal legislatore di implementare i poteri e le funzioni dell'Autorità Nazionale anticorruzione in materia di prevenzione dell'illegalità e tutela della trasparenza.

²⁴² Cfr. sul punto la delibera ANAC del 21 gennaio 2015, n. 10 consultabile *online* sul sito www.anticorruzione.it.

²⁴³ Regolamento del 16 novembre 2016, anch'esso consultabile sul sito www.anticorruzione.it.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE E RIVISTE

1. Arena M., La responsabilità amministrativa delle imprese: il D.Lgs n. 231/2001. Normativa, modelli organizzativi, temi d'attualità, Milano, 2015
2. Averardi A., L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016
3. Balbi G., Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4, 2012
4. Barbieri E. M., Aggiudicazione di appalto pubblico conseguente ad attività delittuose del funzionario pubblico: termini per la proposizione del ricorso e responsabilità della stazione appaltante, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2, 2015
5. Barmann B., Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2016
6. Barra Caracciolo L., Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA. Profili comparativi con l'esperienza italiana, Torino, 1997
7. Bartoli R., I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato in *Diritto penale e processo*, 11, 2016
8. Bartoli R., Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo, in *Diritto penale e processo*, 2, 2016
9. Bartolucci A. M., L'abuso di qualità del pubblico ufficiale nel prisma tra concussione e induzione indebita, in *Diritto penale e processo*, 9, 2016
10. Bellagamba F., La corruzione in atti giudiziari: inquadramento dogmatico, strutture e interrelazioni sistematiche, Torino, 2016
11. Benussi C., Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323 bis c.p., in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2015
12. Cadoppi A., Canestrari S. (a cura di), Trattato di diritto penale, Milano, 2015

13. Canaparo P., L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, in *Federalismi*, 1, 2016
14. Cantone R. e Bova C., L'anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo codice appalti?, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2016
15. Catenacci M., Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia, Torino, 2011
16. Chiti P., Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016
17. Cingari F., Gli incerti confini del delitto di corruzione per l'esercizio della funzione, in *Diritto penale e processo*, 8, 2014
18. Clarich M. e Fonderico G., Il difficile equilibrio tra atto di indirizzo e "modello 231", in *Guida al diritto*, 16, 2015
19. Clarich M., I nuovi obblighi sulla diffusione delle informazioni trasformano gli uffici pubblici in case di vetro, in *Guida al Diritto*, 18, 2013
20. Clarich M., Indipendenza e autonomia delle Autorità amministrative indipendenti, in www.anticorruzione.it.
21. Comba M.E., Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2016
22. Contessa C., Ancora sul regime temporale di efficacia delle informative interdittive antimafia, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2016
23. Contessa C., La mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2015
24. Contessa C., Le forme di tutela nel nuovo Codice, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016
25. Corrado A., Anticorruzione: un cantiere aperto per la trasparenza, in *Guida al diritto*, 16, 2015

26. Corrado A., Dalle nuove direttive prevenzione ad hoc sulle aree più a rischio, in *Guida al diritto*, 16, 2015
27. Corrado A., Danno all'immagine se l'inadempienza è grave, in *Guida al Diritto*, 18, 2013
28. Corrado A., Il legislatore predispone regole a valenza generale per far emergere situazioni di conflitto d'interesse, in *Guida al Diritto*, 20, 2013
29. Corrado A., Un super dirigente a presidio della legalità, in *Guida al Diritto*, 18, 2013
30. Cosmai P., I pareri di pre-contenzioso e le raccomandazioni anac nel nuovo codice degli appalti, in *Azienditalia*, 11, 2016
31. D'alterio E., I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: "post fata resurgam", in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2015
32. D'alterio E., La valutazione della *performance* nelle pubbliche amministrazioni, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016
33. D'alterio E., Regolare, Vigilare, punire, giudicare: l'Anac e la nuova disciplina dei contratti pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016
34. De Nictolis R., Il nuovo Codice dei contratti pubblici, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2016
35. De Nictolis R., La nuova disciplina antimafia in materia di contratti pubblici, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2010
36. De Pauli L. I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti in *Urbanistica e appalti*, 6, 2016
37. Di Cristina F., La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2015
38. Di Cristina F., La prevenzione dell'illegalità e l'interazione tra le amministrazioni, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2014
39. Di Lascio F. e Neri B., I poteri di vigilanza dell'Autorità nazionale anticorruzione, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2015

40. Di Nitto T., Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016
41. Federici R., *Ne cives ad arma veniant*, in *Atti in onore di Rossano C.*, I, Napoli, 2013
42. Fidone G., La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015
43. Fiorentino L., Il nuovo Codice degli appalti: un'occasione per modernizzare il sistema, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016
44. Fiorentino L., Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016
45. Flick G. M., Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa? in *Associazione Italiana Costituzionalisti*, 2, 2015
46. Folieri E., Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici, in *Urbanistica e appalti*, 8-9, 2016
47. Forti G., "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006
48. Forti U. Vigilanza e tutela amministrativa, in *Enciclopedia Italiana*, 1937
49. Gargani A., Le fattispecie di corruzione tra riforma legislativa e diritto vivente: il sentiero interrotto della tipicità del fatto, in *Diritto penale e processo*, 9, 2014
50. Gargano G., La "cultura del whistleblower" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione, in *Federalismi*, 1, 2016
51. Giulimondi F., Excursus sulla normativa di contrasto alla corruzione accompagnato da una domanda: innovazione legislativa efficace per la pubblica amministrazione?, in *Amministrativamente*, 10-12, 2015
52. Giunta D., Applicazione delle regole sul modello inglese, in *Guida al Diritto*, 18, 2013
53. Grosso C.F., Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale, in *AAVV.*, La legge anticorruzione, Torino, 2012

54. Grosso C.F., M. Pelissero (a cura di), Trattato di diritto penale, Milano, 2015
55. Guaineri R., La nuova legge inglese anticorruzione (Bribery Act 2010), in *www.dirittopenalecontemporaneo*
56. Guccione C., I requisiti degli operatori economici, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016
57. Hart H., Il concetto di diritto, Torino, 1965.
58. Kelsen H., La dottrina pura del diritto, Torino, 1966
59. Lacava C., I criteri di aggiudicazione, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016
60. Lacava F., Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato del g.a., in *Amministrativamente*, 7-9, 2015
61. Lattanzi G. (a cura di), Reati e responsabilità degli enti, Milano, 2010
62. Lavacchini M., La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese, in *www.dirittopenalecontemporaneo*
63. Magnini V., Dui confini applicativi della corruzione in atti giudiziari, in *Diritto penale e processo*, 1, 2013
64. Manfredi G., Brevi note su contratti pubblici e corruzione, in *Urbanistica e appalti*, 7, 2015
65. Martines F., La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione, in *Federalismi*, 5, 2015
66. Mattarella B. G. e Pelissero M. (a cura di), Legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione, Torino 2013
67. Mattarella B. G., La centralizzazione delle committenze, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2016
68. Mattarella B. G., La prevenzione della corruzione in Italia, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2013

69. Merloni F., I piani anticorruzione e i codici di comportamento in *Dir. Pen. e Processo*, 8, 2013
70. Merloni F., La nuova disciplina degli incarichi pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, 2013
71. Merloni F., Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: inconferibilità e incompatibilità degli incarichi, in AAVV., Legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione, Torino 2013
72. Migliucci B., Giustizia, le pericolose fughe sulla corruzione, in *Guida al Diritto*, 4, 2015
73. Mongillo V., La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale, Napoli, 2012
74. Mongillo V., Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015 in *Il libro dell'anno del diritto 2016* di Garofoli R. (a cura di), Roma, 2016
75. O' Shea E., *The Bribery Act 2010. A Practical Guide*, Bristol, 2011
76. Pappalardo A., Recepita a pieno la dottrina dell'open data, in *Guida al Diritto*, 18, 2013
77. Patroni Griffi F., Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione, in *Federalismi*, 14, 2014
78. Patroni Griffi F., La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza, in *Federalismi*, 2013
79. Pellissero M., La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione, in AAVV., *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino 2013
80. Piras P., Gli appalti pubblici tra trasparenza innovazione, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2015
81. Pisa P., Una stagione di "miniriforme", in *Diritto penale e processo*, 12, 2012

82. Piselli P., Il soccorso istruttorio a pagamento: problematicità applicativa, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 4, 2015
83. Pluchino C., Le funzioni deflative del contenzioso e il lifting dei pareri di precontenzioso dell'ANAC, in *Urbanistica e appalti*, 12, 2016
84. Ponte D., Il diritto fondamentale dell'elettorato passivo è limitato esclusivamente da norme specifiche, in *Guida al Diritto*, 20, 2013
85. Rivosecchi G., L'ANAC uniforma il regime sanzionatorio sulla trasparenza amministrativa, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015
86. Romano M., Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite, in *Rivista italiana di diritto processuale italiano*, 2013
87. Santi Romano, L'ordinamento giuridico, Firenze, 1946
88. Satta F., La corruzione, male sociale, e la sua prevenzione, in *atti del Convegno Prevenzione della corruzione nella riforma della p.a. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, 2015
89. Seminara G., La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico culturale, in *Diritto penale e processo*, 10, 2012
90. Severino P., La nuova legge anticorruzione, in *Diritto penale e processo*, 1, 2013
91. Spagnuolo Vigorita R., Contratti pubblici: apertura del mercato e contrasto alla corruzione, in *Liberalizzazioni*, a cura di Liguori F. e Acocella C., Napoli, 2015
92. Spena A., Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015), in *Studium Iuris*, 2015
93. Sutherland E., White Collar criminality, in *American sociological review*, 1940
94. Tesi M. A., Le tipologie della corruzione, Torino, 2012
95. Tomassetti A., La risoluzione del contratto è una soluzione congrua che garantirebbe l'immediata prosecuzione dei lavori, in *Guida al Diritto*, 32, 2014

96. Toschei S., Accesso civico: per l'utente arriva l'azione diffusa, in *Guida al Diritto*, 18, 2013
97. Toschei S., Due strumenti dissonanti che possono convivere, in *Guida al Diritto*, 18, 2013
98. Toschei S., Più concreta la collaborazione cittadino-istituzioni, in *Guida al Diritto*, 18, 2013
99. Toschei S., Una divulgazione ampia ma sempre equilibrata, in *Guida al Diritto*, 18, 2013
100. Vallini A., Quando e perché i commissari di una gara indetta da una s.p.a. possono ritenersi pubblici ufficiali, in *Diritto penale e processo*, 9, 2012

Principali riferimenti giurisprudenziali

1. Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996, n. 18
2. Cass., Sez. VI, 21 gennaio 2003, n. 11382
3. Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2003, n. 11417
4. Cass., Sez. III, 26 giugno 2007, n. 14761
5. Cass., Sez. III, 7 aprile 2011, n. 17199
6. Cass., Sez. III, 12 aprile 2011, n. 8421
7. Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 12373
8. Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 11944
9. Cass. Sez. VI, 27 marzo 2013, n. 26285
10. Cass., Sez. VI, 9 maggio 2013, n. 20430
11. Cass., Sez. Un., 14 marzo 2014, n. 12228
12. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880
13. Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 8989
14. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 5 novembre 2014, n. 5692
15. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 17 marzo 2014, n. 580
16. T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 03 ottobre 2016, n. 1425
17. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 21 aprile 2016, n. 2114
18. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 24 novembre 2016, n. 5463

19. Cons. St., Sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 5165
20. Cons. St., Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143
21. Cons. St., Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 473
22. Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602
23. Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743
24. Cons. St., Sez. V, 13 giugno 2016, n. 2547
25. Cons. St., Sez. III, 16 giugno 2016 n. 2683
26. Cons. St., Ad. Comm. Sp., 30 agosto 2016, n. 1920
27. Cons. St., Sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009
28. Cons. St., Sez. III, 24 ottobre 2016, n. 4454
29. Cons. St., Sez. V, 7 novembre 2016, n. 4642
30. Cons. St., Sez. III, 16 novembre 2016, n. 4751
31. Cons. St., Comm. Sp., 28 dicembre 2016, n. 2777