

Didattica e formazione



Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali
Università degli Studi di Pavia



FONDAZIONE GIANDOMENICO ROMAGNOSI
SCUOLA DI GOVERNO LOCALE

Trasparenza e anticorruzione *tra enforcement e risk management*

a cura di

Pietro Previtali, Raffaella Procaccini, Andrea Zatti



PaviaUniversityPress

Trasparenza e anticorruzione tra *enforcement* e *risk management* / a cura di Pietro Previtali, Raffaella Procaccini, Andrea Zatti. - Pavia : Pavia University Press, 2017. - 83 p. : ill. ; 24 cm.

(Didattica e formazione)

<http://archivio.paviauniversitypress.it/oa/9788869520655.pdf>

ISBN 9788869520648 (brossura)

ISBN 9788869520655 (ebook PDF)

In testa al front.: Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università degli Studi di Pavia; Fondazione Giandomenico Romagnosi, Scuola di Governo Locale.

© 2017 Pavia University Press, Pavia

ISBN: 978-88-6952-065-5

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i paesi.

L'autore è a disposizione degli aventi diritti con cui non abbia potuto comunicare, per eventuali omissioni o inesattezze.

In copertina: Immagine liberamente modificata di *Affiche con disegno di donna* dall'Archivio Touring (Associazione "WW1 - dentro la Grande Guerra"), distribuita sotto licenza CC BY-SA 3.0

Prima edizione: luglio 2017

Pavia University Press – Edizioni dell'Università degli Studi di Pavia
Via Luino, 12 – 27100 Pavia (PV) Italia
<http://www.paviauniversitypress.it> – unipress@unipv.it

Printed in Italy

Sommario

Introduzione..... 1

**L’approccio dell’etica pubblica allo studio della corruzione politica
Un’analisi normativa**
Michele Bocchiola, Emanuela Ceva5

Il lungo cammino della trasparenza amministrativa in Italia
Tiziana Altì.....21

**La prevenzione del fenomeno corruttivo alla luce della legge n. 69 del 2015
con l’ausilio della mappatura dei rischi**
Raffaella Procaccini31

**Anticorruzione e trasparenza nelle società controllate
dalle pubbliche amministrazioni: quali strumenti e quali prospettive?**
Pietro Previtali, Andrea Zatti49

**Le attività di controllo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione
e la collaborazione con la Guardia di Finanza**
Cesare Maragoni71

***Abstract in English*.....85**

Introduzione

È da qualche anno ormai che il nostro Paese si contraddistingue, almeno guardando al dibattito politico e alla produzione normativa, per la lotta alla corruzione. Le cronache di questi ultimi anni sono state dominate, da una parte, dalla patologia corruttiva, spesso di eclatanti dimensioni – casi Expo, Mose, Mafia Capitale – dall'altra, dagli antidoti alla patologia, sotto forma di nuove leggi e regolamenti e dell'azione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e del suo presidente, l'ex giudice e PM Raffaele Cantone.

In effetti, nel nostro paese non si è storicamente affrontato in modo strutturale il tema della corruzione, lasciando di fatto alle sole forze dell'ordine e ai tribunali il compito di reprimere e, allo stesso tempo, di prevenire il compimento di atti di *mala gestio*. È come se si chiedesse al chirurgo, per quanto bravo e competente, sia l'intervento, sia la dieta bilanciata per prevenirlo. Eppure sono anni che l'opinione pubblica internazionale su questo tema ci associa a latitudini sudamericane e subsahariane: nella classifica di Transparency International siamo sempre attorno al 60°-70° posto su più di 150 paesi censiti. Percezione che non cambia nelle valutazioni della Commissione Europea: «Corruption is perceived in Italy as a pervasive and systemic phenomenon, with numerous areas of activity and territories being affected».

Dando dunque per assodato che il problema corruttivo sia ben radicato nel nostro paese, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di attrattività e credibilità, come possiamo risolverlo, nell'auspicio di avvicinarci tra 10-15 anni alla top ten dei paesi virtuosi?

Ben venga l'ANAC con il suo presidente, ma non appare opportuno attribuire a tale strumento un potere salvifico e risolutivo. Il problema è che per curare il paziente non serve solo la medicina o la terapia d'urto – vedi commissariamento delle imprese e allontanamento dei funzionari – ma serve soprattutto una politica di prevenzione affinché il paziente non diventi tale e comunque il numero di pazienti non sia superiore alle capacità di cura del sistema. E allora il giusto mix terapeutico non può che essere un intreccio virtuoso di regole, sanzioni e di cultura.

E in effetti come regole e ipotesi sanzionatorie probabilmente ci siamo, anche se tutto è perfezionabile. Sul fronte della corruzione 'dai privati verso la pubblica amministrazione' abbiamo il decreto legislativo n. 231 del 2001, sul fronte della corruzione 'dentro la pubblica amministrazione' la legge n. 190 del 2012. Le due norme di riferimento sono state accompagnate e seguite da una serie di ulteriori specifiche e declinazioni tematiche e settoriali che rendono ora il quadro disciplinare certamente molto più completo e adeguato rispetto a soli 10 anni fa.

Il problema è proprio il contesto culturale in cui queste regole si trovano a dover funzionare.

Per quanto concerne le imprese, l'Organismo di vigilanza istituito ai sensi del decreto n. 231, proprio per vigilare sull'onestà condotta dell'impresa, non solo è nominato dallo stesso CdA che governa l'impresa, ma a volte coincide con esso. Dunque il controllato non solo nomina il controllore, ma addirittura tende a coincidere. Parallelamente, nelle pubbliche amministrazioni il responsabile della prevenzione della corruzione non solo è nominato dall'organo politico, ma addirittura coincide con le figure apicali (nei comuni il responsabile della prevenzione della corruzione è il segretario comunale). Per non parlare della retorica del costo zero e della logica dell'invarianza per cui tutte le attività e innovazioni organizzative finalizzate a fronteggiare questa sfida sistemica dovrebbero essere portate avanti nella pubblica amministrazione con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Già da queste esemplificazioni appare evidente come le regole senza cultura siano come la forma senza sostanza. Scatole vuote, sterili, anzi a rischio di effetti controproducenti. Basti pensare all'obbligo previsto per le pubbliche amministrazioni di rotazione dei dirigenti, quando i dirigenti nelle amministrazioni di media dimensione si contano sulle dita di una mano; o al fatto che, focalizzando l'attenzione sulla componente emergenziale e puntuale, si finisce per distogliere l'attenzione dai comportamenti comuni e da un'interpretazione più ampia dei fenomeni devianti.

Vale la pena citare un ultimo parallelo fra paesi con cultura 'a differente latitudine': la legge antifrode degli Stati Uniti sancisce che colui che denunci una frode ai danni della pubblica amministrazione (*whistleblower*) venga 'risarcito' con un incentivo che può arrivare fino al 30% della somma eventualmente recuperata dal governo. In Italia, la legge n. 190/2012, all'art. 1 comma 51, sancisce che «il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria 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 avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati alla denuncia». Dunque, a parità di condizioni, ma evidentemente non di cultura né di regole che da essa scaturiscono, il pubblico dipendente negli Stati Uniti rischia di diventare milionario, il pubblico dipendente in Italia riesce (forse) a mantenere il proprio posto di lavoro.

Altro grande tema, intimamente collegato alla lotta alla corruzione, è quello della trasparenza.

Nel programma di razionalizzazione delle partecipate locali proposto da Cottarelli si vincevano i quattro cardini su cui si basava la strategia del Commissario Straordinario:

- circoscrivere il campo di azione delle partecipate entro lo stretto perimetro dei compiti istituzionali dell'ente partecipante, rafforzando quanto previsto in proposito dalla legge finanziaria del 2008;
- introdurre vincoli diretti su varie forme di partecipazioni;
- promuovere l'efficienza delle partecipate che rimarranno operative, incluso l'uso diffuso dei costi standard, e l'aggregazione tra partecipate che offrono servizi simili per sfruttare al meglio le economie di scala;
- fare ampio ricorso alla trasparenza e alla pressione dell'opinione pubblica adeguatamente informata come strumento di controllo.

Se i primi tre punti spettano evidentemente a chi detiene la cosiddetta *governance* pubblica dell'ente partecipato, l'ultimo punto spetta chiaramente ai cittadini a cui esso offre i suoi servizi. Seguendo questa logica, il cittadino probabilmente può e deve porsi almeno un primo interrogativo: la società, così come l'ente locale stesso o l'azienda ospedaliera, sta utilizzando correttamente ed efficacemente le risorse che sono state assegnate?

Evidentemente l'invito qui non è a procurarsi visure camerali, bilanci e quant'altro dietro il pagamento dei relativi diritti di segreteria e bolli. Ma sedersi 5 minuti davanti al proprio computer e sfruttare la rete per valorizzare gli strumenti che la legislazione di questi ultimi anni ha messo a disposizione in materia di trasparenza, buona amministrazione e di prevenzione dei fenomeni della corruzione, con particolare riferimento al decreto legislativo n. 33/2013 e alla legge n. 190/2012.

E da qui l'amara sorpresa. Ancora oggi, sui siti web di alcune partecipate, di comuni, aziende ospedaliere e sanitarie, gli incarichi, le consulenze, gli acquisti, i procedimenti, addirittura i bilanci o non si trovano, o a volte – e anche peggio – compaiono con formati non comprensibili e leggibili ai più, o in sfondo bianco con la laconica scritta 'sezione in aggiornamento'. Per fortuna, ed è importante qui ricordarlo, non tutti gli enti si caratterizzano per questa 'mancata trasparenza'. Anzi, alcuni sono estremamente virtuosi e vanno oltre l'obbligo di legge, pubblicando sui loro siti web più informazioni di quanto richiesto dalle leggi di riferimento, ma al momento è difficile immaginare quale sia il reale tornaconto di tali comportamenti virtuosi. Il problema, in prospettiva, sembra essere non solo, o non tanto, quello di prevedere sanzioni pecuniarie e disciplinari per gli inadempienti, quanto quello di far crescere, dal basso, la capacità di lettura e comprensione di tale mole di dati, attivando un canale diffuso di *civil regulation* e responsabilizzazione reputazionale.

D'altra parte, la trasparenza non dev'essere un vincolo o peggio una minaccia, ma un'opportunità e non solo in termini di *spending review*. Basti ricordare che proprio la legge anticorruzione (legge n. 190/2012) pone correttamente la trasparenza amministrativa al centro della strategia di prevenzione dei fenomeni corruttivi. Citando Louis Brandeis – giudice della Corte suprema degli Stati Uniti dal 1916 al 1939 – a proposito di trasparenza amministrativa e di prevenzione della corruzione: «sunlight is the best disinfectant», la «luce del sole è il miglior disinfettante».

I saggi raccolti in questo volume nascono da un'attività formativa tenutasi presso il Collegio "Cairolì" di Pavia e organizzata dal Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università di Pavia e dalla Fondazione "Romagnosi" - Scuola di Governo Locale di Pavia. Essi riprendono e approfondiscono diverse delle tematiche già trattate in un'analogica iniziativa dell'anno precedente,¹ ponendosi in stretta complementarietà con essa.

Nel primo contributo, Michele Bocchiola ed Emanuela Ceva presentano un'analisi normativa della corruzione dei pubblici ufficiali e delle istituzioni pubbliche dalla prospettiva dell'etica pubblica, prendendo in considerazione due approcci diversi dell'ordine pubblico, quello (neo)repubblicano e quello liberale. Gli strumenti analitici proposti vengono poi utilizzati per tracciare alcune possibili implicazioni concrete per le strategie an-

¹ Previtali P., R. Procaccini, A. Zatti (2016), *Trasparenza e anticorruzione: la nuova frontiera del manager pubblico*, Pavia, Pavia University Press.

ticorruzione, con particolare riferimento a uno strumento importante quanto controverso come il *whistleblowing*.

Tiziana Alti, nel secondo capitolo, ripercorre le tappe fondamentali che hanno segnato il cammino della trasparenza amministrativa, soffermandosi sulle declinazioni giuridiche e operative di questo principio, duttile e astratto, fino alla più recente evoluzione legislativa del decreto legislativo n. 97/2016. L'analisi conferma, almeno sulla carta, la caratterizzazione propria del caso italiano rispetto ad alcune esperienze internazionali ispiratrici, con il preciso fine di trasformare il diritto di partecipazione individuale in un metodo a valenza generale, in chiave preventiva rispetto al fenomeno degli illeciti perpetrati all'interno dei pubblici apparati. Dall'esperienza applicativa sinora maturata deriva tuttavia chiaramente l'esigenza di scongiurare che le nuove disposizioni di legge conoscano un rispetto meramente formale, con il conseguente effetto collaterale della creazione di una 'burocrazia della trasparenza', fine a se stessa.

Il testo di Raffaella Procaccini offre un percorso di approfondimento dei contenuti della legge anticorruzione n. 69 del 2015 e delle relative principali novità normative, in relazione anche al Codice Rocco, caratterizzate da tre direttrici politico criminali: il recupero coattivo del vantaggio illecito, la collaborazione processuale e l'inasprimento sanzionatorio (c.d. *enforcement*). In tema di pianificazione delle azioni di prevenzione della corruzione, l'analisi evidenzia l'importanza di una precisa mappatura dei rischi, che non si limiti a costituire un mero adempimento cartaceo, e si conclude con i riferimenti ad alcune esemplificazioni costruttive dei Piani triennali, anche alla luce delle più recenti linee guida ANAC del 2016.

Pietro Previtali e Andrea Zatti affrontano il tema, molto rilevante nel caso italiano, delle società partecipate dagli enti pubblici, focalizzando l'attenzione sulle modalità di applicazione della complessa e multiforme disciplina progressivamente adottata nel campo della prevenzione della corruzione e della trasparenza. La tesi di fondo, supportata da una analisi *ad hoc* su un campione di 106 società a controllo pubblico, è che la natura ambigua di questi moduli organizzativi rischi di rendere poco più che formale l'impatto organizzativo e gestionale delle misure adottate. Una forma di inerzia istituzionale che ha l'effetto di depotenziare lo sforzo fatto dal legislatore per produrre un cambiamento reale su un modello d'azione che negli ultimi tre decenni ha assunto, non senza criticità, un ruolo centrale nelle modalità di conduzione dell'intervento pubblico.

Nell'ultimo contributo Cesare Maragoni si sofferma sul ruolo di vigilanza e controllo dell'ANAC, facendo particolare riferimento alle possibili forme di coinvolgimento della Guardia di Finanza. Un coinvolgimento, previsto tanto nell'area della contrattualistica pubblica quanto nell'ampio comparto dei presidi di prevenzione della corruzione, che diventa un passaggio quasi obbligato per rendere effettiva la grande mole di disposizioni e precetti operanti in questi campi. Sul punto, l'autore precisa che le casistiche di collaborazione sinora individuate non sono da ritenersi esaustive visto che l'ampio spettro delle competenze istituzionali dell'Autorità e la generale funzione di supporto attribuita alla Guardia di Finanza rendono ipotizzabile l'estensione in diverse direzioni del raggio della collaborazione.

L'approccio dell'etica pubblica allo studio della corruzione politica Un'analisi normativa

Michele Bocchiola,* Emanuela Ceva**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il metodo dell'etica pubblica. – 3. Le teorie repubblicane della corruzione. – 4. Le teorie liberali della corruzione. – 5. Le strategie anticorruzione. – Bibliografia.

1. Introduzione

La corruzione dei pubblici ufficiali e delle istituzioni pubbliche (vale a dire, la corruzione politica) è generalmente riconosciuta come uno dei mali più profondi e antichi delle società, con una capacità di penetrazione e diffusione sistemica difficile da eguagliare.¹ Non sorprende, quindi, che questo fenomeno sia stato tradizionalmente al centro di numerosi studi di sociologi, giuristi, economisti e scienziati politici.² L'attenzione di questi studi è stata rivolta sia all'analisi dei fenomeni corruttivi sia ai possibili strumenti anticorruzione, cercando di elaborare politiche pubbliche capaci quantomeno di limitare la diffusione di questa forma di corruzione.³

Nonostante questo interesse diffuso, molte questioni relative alla definizione stessa di questo fenomeno restano aperte. La corruzione politica è spesso identificata con la condotta di un pubblico ufficiale che compie un atto contrario al proprio dovere (od omette di compiere un atto dovuto) in cambio di una qualche utilità, ricevuta o promessa. Ma come possiamo distinguere la corruzione politica da altri misfatti politici quali gli abusi di potere o i conflitti di interesse? Perché vi sia corruzione politica, è necessario che sia implicato un qualche guadagno, materiale e personale, per un pubblico ufficiale? Quale relazione sussiste tra la corruzione individuale e la corruzione di un'intera istituzione? Dovremmo preoccuparci della corruzione politica solo quando produce esternalità negative in termini di costi economici o sociali (per esempio l'inefficienza nella fornitura di servizi pubblici)? O possiamo dire che la corruzione politica è un male in sé?

* *Assegnista di Ricerca, Dipartimento di Scienze politiche e sociali, Università di Pavia.*

** *Professore Associato, Dipartimento di Scienze politiche e sociali, Università di Pavia.*

¹ Per un'analisi storica del problema della corruzione si vedano Buchan, Hill (2014) e Brioschi (2010).

² Gli studi sulla corruzione sono numerosi. Per studi più recenti sul caso italiano si vedano, per esempio, Hinna, Maracantoni (2013); Fiorino, Galli (2013); Vannucci (2012); Della Porta, Vannucci (2007).

³ Sul tema dell'anticorruzione si vedano Previtali *et al.* (2016); Mattarella, Pellissero (2013); Mattarella (2007).

Certamente, nella misura in cui la corruzione politica è un crimine – come, per esempio, nel caso delle tangenti – possiamo rivolgerci alle regole vigenti per cercare risposte a queste domande. Tuttavia, in numerosi casi non è così chiaro né cosa conta come corruzione (si pensi a fenomeni quali il clientelismo o il nepotismo), né quali risposte essa richieda (se, per esempio, sia sufficiente l'azione legale volta a punire i corrotti). Per fare fronte a queste incertezze, un'importante integrazione agli studi sulla corruzione politica può venire dall'etica pubblica.

Pensare la corruzione dalla prospettiva dell'etica pubblica significa concentrarsi non solo sui reati commessi nei singoli episodi di corruzione, ma anche sul tipo di trattamento riservato alle persone coinvolte in questa pratica. Da questo punto di vista non rilevano solo le infrazioni delle regole pubbliche; occorre anche guardare alle alterazioni dei modi in cui le persone dovrebbero essere trattate in virtù del loro status di cittadini dotati di una dignità politica. La corruzione politica, da questa prospettiva, consiste in un'alterazione di questo tipo di trattamento ed è sbagliata nella misura in cui rende impossibile dare alle persone ciò che sarebbe, invece, loro moralmente dovuto (in termini, per esempio, di opportunità o, più in generale, di considerazione pubblica delle loro istanze). In questo senso la corruzione politica può avvenire ed essere problematica anche quando non implica alcuna azione illegale. Quando alcune persone vengono favorite o penalizzate su base arbitraria secondo una logica personalistica che esula dai principi di equo trattamento propri di un qualsiasi sistema politico basato sui diritti, ci può essere corruzione e possiamo dire di trovarci di fronte a una pratica sbagliata.

Ma a quale tipo di trattamento le persone hanno titolo in virtù del proprio stato di cittadini all'interno di un sistema politico basato sui diritti? In cosa consiste la loro dignità che viene minata dalla corruzione politica? Come possiamo individuare casi rilevanti di corruzione che non implicano la commissione di crimini? Quali implicazioni possiamo derivare da questa comprensione della corruzione politica per lo sviluppo di strumenti anticorruzione che integrino e vadano al di là della produzione di norme e la punizione dei colpevoli?

In questo capitolo, vogliamo affrontare queste domande all'interno di un quadro d'insieme della corruzione politica dalla prospettiva dell'etica pubblica e, così facendo, ci prefiggiamo tre obiettivi. Il primo obiettivo consiste nel chiarimento della natura di questa forma di corruzione che può riguardare sia il comportamento di singoli pubblici ufficiali (corruzione individuale) sia le dinamiche istituzionali (corruzione sistemica). Il secondo obiettivo riguarda la specificazione del senso in cui la corruzione politica può essere moralmente sbagliata anche quando non implica alcuna azione illegale. Il terzo obiettivo concerne l'elaborazione di alcune implicazioni per la formulazione delle politiche di contrasto alla corruzione che non si limitino alla sanzione legale. Per perseguire questi obiettivi, dobbiamo partire, nel prossimo paragrafo, da una precisazione circa il metodo dell'etica pubblica, vale a dire l'analisi normativa dell'ordine pubblico e delle politiche pubbliche.

2. Il metodo dell'etica pubblica

Un'analisi di tipo normativo dell'ordine pubblico e delle politiche pubbliche ha alcune caratteristiche di fondo che la distinguono da altri studi in merito. In primo luogo, non si tratta di uno studio di carattere *descrittivo* dell'ordinamento e delle politiche attualmente in essere o passate. Questi sono, rispettivamente, gli ambiti della scienza politica e del-

la storia. In secondo luogo, un'analisi normativa non riguarda le basi *legali*, dell'ordine pubblico e delle politiche pubbliche, che costituiscono l'oggetto di studio della giurisprudenza. L'analisi normativa riguarda un'indagine delle *basi etiche* più profonde dell'ordine pubblico e delle politiche pubbliche, attraverso lo studio degli ideali e dei valori che le sottendono. A differenza della scienza politica e degli studi di diritto o di carattere storico, la prospettiva normativa non offre una descrizione del mondo così come è, ma un punto di vista per valutare il mondo per come *dovrebbe essere* alla luce di impegni morali fondamentali. La prospettiva normativa, propria dell'etica pubblica, offre, per essere più precisi, una *giustificazione* dell'ordine pubblico e delle politiche pubbliche.

Che cosa significa giustificare? Partiamo dall'idea che ogni cittadino è un agente morale, cioè un soggetto capace di prendere decisioni in prima persona e delle quali è responsabile. Un agente morale, in quanto tale, quando compie un'azione deve potere dare, se richiesto, delle ragioni a sostegno di quella particolare azione. Le ragioni non sono altro che le considerazioni per cui si è ritenuto di dovere compiere una certa azione. Ora, dal momento che l'ordine pubblico e le politiche pubbliche riguardano tutti i cittadini, la loro giustificazione richiede delle ragioni speciali. Devono essere ragioni che tutti, e non meramente qualcuno, possono accettare e devono avere un carattere *pratico*: devono, cioè, essere in grado di guidare le azioni delle persone.

Cosa significa, quindi, studiare la corruzione politica e l'anticorruzione da questa prospettiva? La corruzione politica è solitamente caratterizzata come una patologia dell'ordine pubblico.⁴ L'ordine pubblico è l'insieme delle regole di condotta riconosciute come eque e vincolanti da individui che agiscono in modo cooperativo. Per capire che tipo di problemi pone questo tipo di corruzione (la sua diagnosi e un'eventuale prognosi) e quali strumenti servono per superarli (la terapia), dobbiamo partire da un'idea chiara e ben definita di come dovrebbe essere un ordine pubblico pienamente giustificato, nel senso che abbiamo definito sopra.

Diverse teorie dell'ordine pubblico stabiliscono regole di condotta differenti e, pertanto, diverse concezioni della corruzione politica come violazione di quelle stesse regole. Studiare la corruzione politica significa quindi capire come avviene tale alterazione e quali strumenti possono correggerla. Procederemo in questo modo: prenderemo in considerazione due resoconti normativi dell'ordine pubblico – la teoria repubblicana (Paragrafo 3) e la teoria liberale (Paragrafo 4) – e declineremo all'interno dei rispettivi quadri concettuali il problema della corruzione politica. Valuteremo quindi la plausibilità dei due approcci sulla base di un caso emblematico di corruzione politica. In conclusione, tratteremo le linee di alcune implicazioni per le strategie anticorruzione che possono essere utilmente derivate dalla nostra analisi (Paragrafo 5).

3. Le teorie repubblicane della corruzione

Il repubblicanesimo classico si presenta come una forma di aristotelismo politico, la tesi per cui la vita politica è concepita come la piena realizzazione dell'individuo in quanto

⁴ Così secondo Amundsen (1999).

cittadino all'interno di una comunità. In questa forma, il repubblicanesimo trova le sue radici storiche nel pensiero di Niccolò Machiavelli.⁵ Tre sono le caratteristiche principali di questa teoria. In primo luogo, si pone una particolare enfasi sulle *virtù civiche* – vale a dire, la disposizione dell'animo umano di compiere azioni per il bene della comunità a cui appartiene. L'individuo repubblicano, in quanto cittadino, è così costitutivamente legato alla sua comunità politica, e la sua identità si forma e si mantiene nelle relazioni con gli altri membri della comunità. In secondo luogo, il repubblicanesimo classico presuppone una concezione condivisa di *bene comune*. Tale concezione fornisce le ragioni per l'azione politica e motiva i singoli individui che compongono la comunità a ottemperare ai loro doveri di cittadini. In questo senso, la teoria repubblicana stipula la priorità dei doveri di cittadinanza sui diritti individuali. Infine, il repubblicanesimo classico sottolinea l'importanza della *partecipazione politica* per la realizzazione della natura sociale della persona; una persona virtuosa è il cittadino che partecipa attivamente alla vita della comunità politica in tutte le sue forme e manifestazioni.⁶

Più di recente, queste tesi sono state rivedute nell'ambito delle teoria politica cosiddetta neorepubblicana, che fa perno su di una specifica connotazione della virtù civica intesa come libertà.⁷ Secondo i neorepubblicani la dimensione autenticamente politica della libertà esprime con pienezza la virtù principale del buon cittadino. Una volta realizzata la libertà politica della comunità, si realizza di conseguenza la libertà del singolo. In questo contesto, la libertà è intesa come 'non dominio', cioè come indipendenza da ogni forma di potere arbitrario.

I neorepubblicani, quindi, si discostano dalla nozione classica di libertà come 'non interferenza' o 'libertà negativa' – l'idea per cui una persona è libera quando non è sottoposta a vincoli nelle azioni e nelle decisioni, se non quelli posti dall'eguale libertà degli altri. Per i neorepubblicani, infatti, l'assenza di interferenze non basta per qualificare una persona come libera. Un individuo potrebbe essere soggetto alla volontà arbitraria di un altro anche qualora quest'ultimo dovesse decidere per lunghi periodi di tempo di non interferire. Si può essere sottoposti, dunque, a forme di dominio senza subire interferenze dirette.

Un esempio può chiarire questa idea. Immaginiamo il caso di uno schiavo con un padrone benevolo, che non lo costringe ad azioni di alcun tipo; è questo schiavo più libero di uno schiavo con un padrone che lo frusta quotidianamente per obbligarlo ai suoi servizi? Per i neorepubblicani non ha senso valutare queste condizioni come una funzione di maggiore o minore libertà personale. La concezione repubblicana di libertà come non dominio non riguarda né specifiche condizioni né la presenza di vincoli effettivi. La tesi prende in considerazione le relazioni strutturali tra gruppi e tra i membri di un gruppo e la dipendenza di queste relazioni da un qualche potere arbitrario.

Ora, nel caso dell'ordine pubblico, che tipo di potere si deve prendere in considerazione? Nella sfera politica alcune persone (come i pubblici ufficiali) godono di un certo grado

⁵ Machiavelli (2008).

⁶ Per una visione d'insieme, si veda Geuna (1998).

⁷ La principale formulazione della teoria repubblicana si trova in Pettit (1997).

di discrezionalità nelle decisioni che sono chiamati a prendere. Ma il potere discrezionale non equivale necessariamente al potere arbitrario. Vi sono, infatti, alcuni vincoli sull'esercizio del potere che ci aiutano a distinguere tra la sua arbitrarietà e discrezionalità. In primo luogo, vi sono vincoli *formali*: un potere arbitrario non è governato da regole o esercitato per mezzo di procedure generali. In secondo luogo, vi sono vincoli *sostanziali*: un potere arbitrario non tiene in considerazione gli interessi e il benessere di coloro sui quali viene esercitato. Quindi, dato un certo grado di discrezionalità, la condotta di un pubblico ufficiale è giustificata dal punto di vista della teoria neorepubblicana se rispetta regole e procedure generali e tende a realizzare il bene comune. Solo in questo modo l'ordine pubblico è giustificato perché rispetta pienamente la libertà dei cittadini.

Alla luce di quanto scritto sino a qui, si può vedere come – per il repubblicanesimo classico – la corruzione politica consiste nel perseguimento da parte di un pubblico ufficiale dell'interesse *personale* a danno del bene comune. Ogni decisione che va a scapito della comunità turba l'ordine pubblico e, pertanto, non può essere giustificata. La corruzione politica rappresenta, quindi, il comportamento contrario a quello del cittadino (e a fortiori del pubblico ufficiale) virtuoso, che agisce sempre nel rispetto dei valori e degli ideali che caratterizzano la comunità a cui appartiene.

Passando alla prospettiva del neorepubblicanesimo, l'attenzione si sposta dall'analisi della corruzione politica come fenomeno individuale a quella della corruzione *istituzionale*. Da questa prospettiva, la differenza tra corruzione individuale e corruzione istituzionale può essere caratterizzata come segue.⁸ La corruzione politica ha carattere individuale quando il guadagno per un pubblico ufficiale rappresenta la contropartita per la promozione di un qualche interesse personale. Il guadagno personale ottenuto dal pubblico ufficiale produce beni utilizzabili nel perseguimento del proprio interesse, ma estranei allo svolgimento del suo ruolo politico. Esempi sono le tangenti, le regalie, i favori sessuali. Ovviamente, non tutti i guadagni personali sono problematici; lo sono solo quelli che escono dai limiti delle norme convenzionali di compensazione e che dovrebbero essere approssimativamente uguali per tutti i funzionari in circostanze simili.

La corruzione politica ha, invece, carattere istituzionale quando il guadagno per un pubblico ufficiale avviene in condizioni che tendono *in generale* a favorire gli interessi personali. In questo caso, il guadagno è di tipo politico, dal momento che produce beni utilizzabili in primo luogo nel processo politico e che risultano necessari al funzionario per svolgere il proprio ruolo. Esempi sono il clientelismo e i contributi elettorali. Anche in questo caso, non tutti i guadagni politici sono problematici, ma lo diventano quando originano da uno scambio che fa dipendere l'esercizio del ruolo pubblico da poteri impropri – in altri termini, uno scambio *corrotto*.

Per i neorepubblicani la corruzione istituzionale è una questione di primaria importanza perché riguarda la regolarità e l'affidabilità delle istituzioni che regolano la vita quotidiana di una comunità politica. Le istituzioni corrotte sono invischiata in rapporti di dipendenza impropria nei confronti di poteri arbitrari lesivi della libertà politica intesa, nel

⁸ L'approccio istituzionalista è stato recentemente oggetto di studio da parte di Lawrence Lessig. Per una prospettiva generale sulla corruzione istituzionale, si veda Lessig (2013a) e Lessig (2013b).

senso summenzionato, come assenza di dominio. La corruzione individuale, invece, viene derubricata a una questione di motivazioni personali, oggetto di attenzione da parte dei tutori della legge. La corruzione istituzionale riceve maggiore attenzione perché riguarda la corruzione di un sistema nella sua totalità, con tutta la complessità delle regole e pratiche sociali che lo caratterizzano. Tocca cioè tutti i cittadini, corrotti od onesti che siano.

La corruzione diventa così un male politico e, in quanto tale, non si può ridurre ai torti personali implicati da singoli atti illeciti volti a guadagni materiali. La corruzione politica è perciò ingiusta nella misura in cui erode l'integrità delle istituzioni, diminuendo così la loro capacità di raggiungere lo scopo precipuo per cui sono state create, nonché la loro affidabilità.⁹ Dennis Thomson, per esempio, ha sostenuto che mentre la corruzione individuale consiste nella violazione delle regole per il guadagno privato, la corruzione istituzionale designa il fenomeno di influenza esterna impropria su regole e istituzioni pubbliche. Questa influenza non ha necessariamente profili di illegalità, ma impatta negativamente sulla capacità di un'istituzione di realizzare il suo scopo e, pertanto, è sbagliata in senso politicamente rilevante. La conclusione è che potrebbero esserci istituzioni politiche corrotte composte di membri non corrotti.¹⁰

L'approccio neorepubblicano, quindi, individua la problematicità morale della corruzione politica in tre punti principali. Il primo, come abbiamo visto, è l'idea di dipendenza impropria di un potere – quello politico – da altri tipi di poteri – come quello economico. Il secondo punto riguarda l'impianto 'teleologico' di fondo – vale a dire, l'idea che le istituzioni hanno un scopo precipuo da realizzare. Da questo punto di vista, la corruzione è un male che impedisce alle istituzioni di realizzare il loro scopo. Infine, si valutano le conseguenze della corruzione sulle virtù delle istituzioni politiche e, quindi, sulla loro affidabilità e sulla fiducia che i cittadini ripongono in esse. La corruzione politica è sbagliata nella misura in cui ha un impatto negativo sulle pratiche politiche.

Secondo i neorepubblicani, l'esempio più evidente di corruzione politica così intesa sono i finanziamenti privati delle campagne elettorali. Negli Stati Uniti d'America, come noto, i candidati agli organi elettivi raccolgono ingenti somme di denaro da parte di privati. Chiunque può sostenere un candidato, dal singolo cittadino ai grandi gruppi industriali a organizzazioni culturali o religiose. Può così succedere che un candidato che ha ricevuto un importante finanziamento da un'azienda, una volta eletto, si faccia promotore di iniziative legislative atte a diminuire, per esempio, la pressione fiscale nel settore in cui opera quell'azienda. Come noto, non solo i finanziamenti e le donazioni dirette sono lecite, ma anche le attività di lobby e pressione sono ampiamente accettate e regolamentate.

Nella misura in cui coloro che hanno accesso a grandi quantità di capitale sono legalmente autorizzati a sostenere le campagne elettorali, nessun illecito né comportamento individuale corrotto è implicato da questa pratica. Così, secondo i neorepubblicani, se dovessimo concentrarci solo sul comportamento individuale, non saremmo in grado di dare un senso a questa pratica come istanza politicamente rilevante di corruzione.

Tuttavia, se si adotta una prospettiva istituzionalista, emerge come è l'istituzione del-

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Così in Thomson (1995), specialmente Capitolo 5.

le elezioni democratiche a essere essa stessa corrotta; la pratica istituzionalizzata del finanziamento privato delle campagne elettorali porta alla produzione di regole pubbliche distorte, quale risultato di uno scambio tra il legislatore e qualche gruppo di interesse o individuo che si trova nella posizione di potere trarre vantaggio da tali norme. Si tratta di un caso politicamente rilevante di corruzione perché la corruzione si annida nelle regole e nelle istituzioni pubbliche stesse, piuttosto che essere una questione di comportamento deviante individuale (è un problema della qualità del 'cesto' e non delle singole 'mele marce' al suo interno).

Per illustrare questo approccio alla corruzione politica, è illuminante il riferimento a un esempio introdotto da Thompson: il caso dei "Keating Five".¹¹ Un uomo d'affari, Charles Keating Jr., a metà degli anni Ottanta ha finanziato la campagna elettorale di cinque senatori degli Stati Uniti d'America. A causa di una serie di investimenti ad alto rischio, la società di Keating, la *Lincoln Savings and Loan*, è fallita, causando la perdita dei risparmi per un grande numero di clienti privi di un'assicurazione. La parte interessante della storia riguarda la serie di incontri che i senatori ebbero con varie autorità per la regolamentazione del settore, con lo scopo di controllare lo stato delle indagini sulla compagnia di Keating. Durante questi incontri, i 'Keating Five' fecero pressioni perché le indagini subissero un'accelerazione a vantaggio di Keating, che (si ricordi) fu un generoso sostenitore delle loro campagne elettorali.

Secondo Thompson, partendo da un'interpretazione tradizionale della corruzione, dovremmo guardare a questo caso concentrandoci sul comportamento dei singoli senatori (per individuare il vantaggio personale che hanno guadagnato), sul beneficio immeritato ottenuto da Keating e sulla presenza di un motivo corrotto alla base dello scambio tra di loro. Tuttavia, se ci si limitasse a queste considerazioni si perderebbe di vista il quadro più ampio. Per apprezzarlo, secondo Thompson, è necessario concentrarsi – invece – sui danni che la pratica in questione ha causato al sistema politico nel suo complesso. A questo fine, dobbiamo guardare alla dimensione istituzionale. Da questa prospettiva, lo scandalo del caso considerato non consisterebbe tanto nell'iniquità del servizio che i senatori hanno reso a Keating ma non ad altri cittadini del medesimo collegio elettorale. Indipendentemente dai profili di illegalità del caso, secondo i repubblicani istituzionalisti la problematicità della corruzione sta a monte; è radicata in un'istituzione che consente a un ricco imprenditore di finanziare il sistema politico, stabilendo così un rapporto di influenza impropria e arbitraria da un potere esterno alla sfera politica.

4. Le teorie liberali della corruzione

Le teorie liberali partono da un'idea differente di ordine pubblico, non più concepito come strumento di realizzazione della natura politica delle persone, ma come insieme di regole per coordinare l'azione individuale. I liberali partono dall'idea che i fenomeni sociali e le istituzioni sono analizzabili nei termini di azioni individuali. Questa è la tesi dell'indi-

¹¹ Ivi, pp. 37-43.

vidualismo metodologico. La società come insieme di individui – con i propri desideri, credenze e piani di vita più o meno complessi – per funzionare ha bisogno di regole condivise. Secondo liberali come John Rawls, per esempio, la società non va intesa come un organismo mosso verso la realizzazione di un bene comune. Essa deve essere, piuttosto, concepita come un sistema cooperativo per il mutuo vantaggio dei partecipanti, dove i costi e i benefici della cooperazione sono distribuiti in maniera equa tra di essi.¹² Dato il disaccordo di fondo su di una pluralità di concezioni del bene e la compresenza di interessi potenzialmente confliggenti tra le persone, solo una cooperazione mutuamente vantaggiosa ed equa può essere giustificabile per tutti.

In questo quadro il compito delle istituzioni non è di realizzare le virtù civiche dei cittadini, ma di permettere a ogni membro della società di perseguire i propri piani di vita anche quando le pretese di due o più individui entrano in conflitto. Detto altrimenti, le istituzioni hanno la funzione di istituire una cornice imparziale per l'arbitrato tra le pretese dei cittadini concepiti come eguali politici. In questo senso la nozione di bene comune non gioca, per i liberali, alcun ruolo; data la pluralità di concezioni del bene che ogni cittadino ha e sviluppa nel tempo, è difficile trovare anche un insieme minimo condiviso da tutti. Così, nella prospettiva liberale, le istituzioni sono giustificate quando distribuiscono i diritti e i doveri relativi alla cooperazione sociale in un modo moralmente accettabile dai singoli cittadini.

La distribuzione dei diritti e dei doveri si articola secondo due dimensioni.¹³ La prima riguarda gli *esiti* della cooperazione; il costo della partecipazione è giustificabile per ogni cittadino poiché produce al tempo stesso dei benefici in termini di risorse, diritti e opportunità. Ovviamente diverse teorie liberali propongono bilanciamenti generali tra costi e benefici diversi, ma le teorie che mettono al centro questa dimensione 'distributiva' della giustizia condividono tutte questa idea di fondo.¹⁴ La seconda dimensione riguarda invece le proprietà inerenti ai *processi* di cooperazione, cioè al modo in cui i cittadini si trattano mentre cooperano. Questa è la dimensione della giustizia che riguarda le interazioni, una dimensione che potremmo definire come 'relazionale'.¹⁵ Dal punto di vista relazionale, la giustizia si realizza non tanto (o, almeno, non solo) in quello che le persone ricevono per mezzo dei processi cooperativi (gli esiti della distribuzione), ma in particolare nel modo in cui interagiscono tra loro (le proprietà delle procedure che determinano il modo in cui le persone vengono trattate).

Da una prospettiva liberale, sia essa incentrata sull'idea di giustizia distributiva o relazionale, i resoconti repubblicani della corruzione politica presentano importanti criticità. In linea generale, si può ben comprendere come, da una prospettiva liberale, non abbia alcun senso concepire la corruzione politica come un vizio personale, o meglio come un'in-

¹² Rawls (1999).

¹³ Questa distinzione è introdotta e argomentata in Ceva (2016a), specialmente al Capitolo 3.

¹⁴ Per una visione d'insieme delle teorie della giustizia distributiva si veda Kymlicka (2002), specialmente ai Capitoli 2 e 3.

¹⁵ Su questo punto, si vedano i lavori di Anderson (1999, pp. 287-337) e Scheffler (2003, pp. 5-39), anche se, nel senso qui impiegato, le relazioni rilevanti da un punto di vista politico sono solo quelle che avvengono nell'ambito di procedure istituzionalizzate, come in Ceva (2016a).

frazione della virtù politica che dovrebbe caratterizzare l'azione dei cittadini tesa verso il bene comune. Poiché vi è disaccordo su cosa è il bene comune, non è possibile definire la corruzione politica come l'allontanamento dalla realizzazione di questo bene a vantaggio dell'interesse personale. A differenza di quanto accade nell'ambito del repubblicanesimo classico, da una prospettiva liberale, il perseguimento degli interessi personali in politica non è un problema di per sé. Esistono modi legittimi (e trasparenti) e modi illegittimi (e occulti) in cui tale perseguimento può avvenire e lo spazio per la corruzione politica si annida proprio nella transizione tra di essi.¹⁶

Inoltre, seguendo l'approccio liberale, tre ordini di considerazioni critiche possono essere rivolti nei confronti dei resoconti neorepubblicani della corruzione istituzionale.¹⁷ In primo luogo, insistendo sullo *scopo* di un'istituzione, la concezione istituzionalista della corruzione appare controversa sin dalle sue premesse. Per avere uno scopo, un'entità dovrebbe possedere la capacità di agire intenzionalmente così che si possa valutare da un punto di vista normativo, sulla base della sua capacità di realizzare il suo *telos* o fine precipuo. Le istituzioni rappresentano quel tipo di entità? Questo è un punto assai controverso nel dibattito, che richiede assunzioni di fondo assai onerose e difficilmente dimostrabili. Su questo punto, la teoria liberale parte da una posizione più condivisibile: le istituzioni svolgono delle funzioni e gli individui che le compongono possono assolverle più o meno bene, assumendo la responsabilità personale di ciò che fanno.

In secondo luogo, l'approccio istituzionale coglie solo casi di corruzione *sistemica*; la teoria, cioè, riesce a dare un resoconto plausibile solo di grandi problemi, quando le istituzioni non funzionano più o degenerano al punto da richiedere una profonda riforma o addirittura la loro abolizione. Dobbiamo forse concludere che i casi di singoli ufficiali corrotti non sono forme di corruzione politicamente, ma solo personalmente, rilevanti? Immaginiamo, per esempio, il responsabile amministrativo di un procedimento che favorisce un proprio parente mandandone avanti la domanda per accedere a un servizio sanitario, aggirando così la lista d'attesa che generalmente ne regola l'accesso. Ora, il suo comportamento, seppur isolato e occasionale, non ha forse rilevanza politica? Se non altro, la parità di trattamento che caratterizza l'assistenza sanitaria sarebbe violata. Una teoria della corruzione politica dovrebbe riuscire a tenere in considerazione anche questi aspetti.

Infine, l'approccio istituzionalista è sottodeterminato per quanto riguarda il tipo di *risposte* istituzionali che la corruzione politica dovrebbe suscitare. Gli istituzionalisti hanno sicuramente ragione quando affermano che le istituzioni corrotte in modo sistemico devono essere riformate. Tuttavia, la teoria istituzionalista non dà alcuna indicazione su altri tipi di azioni anticorruzione, correttive o preventive, che possono essere messe in atto anche nel breve periodo. Per esempio, queste teorie non danno indicazioni su come assegnare le responsabilità individuali all'interno di un'istituzione, preconditione necessaria per stabilire sanzioni per i pubblici ufficiali e per distribuire i doveri rimediali: chi deve farsi carico dell'implementazione delle azioni anticorruzione? Possiamo ipotizzare un dovere di segnalare episodi di corruzione o pratiche corrotte?

¹⁶ Sull'approccio liberale alla corruzione politica si veda Ceva, Ferretti (2014).

¹⁷ Un'analisi delle teorie repubblicane si trova in Ceva (2016b).

La sfida per i liberali è di formulare una teoria della corruzione politica che prenda in carico e superi queste criticità, sviluppando un resoconto di questo fenomeno che sia in grado di rendere conto sia della sua dimensione individuale sia di quella istituzionale all'interno di una cornice teorica coerente.

A questo fine, da una prospettiva liberale, possiamo dire che la corruzione politica avviene quando un pubblico ufficiale, affidatario del potere di fare o applicare regole pubbliche, fa un uso distorto di quel potere o piega quelle regole al fine di promuovere un'agenda surrettizia.¹⁸ Il clientelismo, la pratica per la quale un pubblico ufficiale favorisce un qualche cittadino meramente in virtù della relazione speciale che li lega, ne è un'istanza lampante. L'agenda in virtù della quale il funzionario favorisce il suo 'cliente' è surrettizia perché non può essere pubblicamente rivendicata come base legittima per l'azione politica. Essa infatti poggia sulla relazione speciale che lega i due attori e che non ha nulla a che fare con le regole e i criteri che dovrebbero informare l'interazione tra attori politici all'interno di un ordine pubblico fondato sui diritti.¹⁹ È interessante notare come questa caratterizzazione della corruzione politica si applica sia ai fenomeni istituzionali (per esempio, quando il sistema elettorale promuove gli interessi surrettizi dei privati), sia a quelli individuali (come nel caso del nepotismo).

Data questa caratterizzazione, da una prospettiva liberale, la corruzione politica rappresenta un'ingiustizia in due sensi. Secondo la giustizia distributiva, si devono valutare le conseguenze della corruzione sulla realizzazione dei diritti soggettivi. In questo senso, la corruzione politica può causare ingiustizie o meno a seconda delle circostanze in cui avviene. Potrebbero, infatti, esserci dei casi in cui la corruzione, non producendo conseguenze negative, non risulta moralmente problematica.

Si pensi, per esempio, a quei casi in cui il pagamento di una tangente permette di superare ostacoli burocratici alla costruzione di infrastrutture di utilità pubblica, quali un ospedale o una scuola. In casi come questo, non solo la corruzione del pubblico ufficiale che intasca la tangente da una ditta appaltatrice, che magari è l'unica candidata alla gara, non sembra ledere in modo chiaro i diritti di alcuno. In realtà, questo singolo atto di corruzione sembra avere addirittura conseguenze positive sulle opportunità e i diritti delle persone, contribuendo alla realizzazione di strutture necessarie per il loro benessere. Da questa prospettiva distributivista, quindi, non possiamo dare un giudizio generale circa la problematicità della corruzione politica come pratica (individuale o istituzionale); dobbiamo necessariamente considerare caso per caso alla luce delle conseguenze reali o presunte di ciascuno. Questo esito non è problematico di per sé, ma ha scarsa capacità di spiegazione filosofica e un altrettanto scarso potere di indirizzo politico.

Una prospettiva più generale, invece, può essere raggiunta adottando il punto di vista della giustizia relazionale. Secondo questa prospettiva, la corruzione politica si realizza essenzialmente nella violazione del trattamento dovuto alle persone durante le loro interazioni rilevanti come cittadini all'interno di un ordine pubblico fondato sui diritti. In questo caso, la corruzione politica è costitutivamente ingiusta, quali che siano le sue con-

¹⁸ Ceva, Ferretti (2014).

¹⁹ *Ibidem*.

seguenze. Questa idea si basa su di un assunto ampiamente accettato nel campo dell'etica pubblica; tutte le persone posseggono dignità, e la dignità richiede che tutte le persone vengano trattate in virtù della loro «riconosciuta capacità di avanzare pretese». ²⁰ Se ogni persona possiede tale capacità, la forma più appropriata di interazione tra di esse è quella della responsabilità reciproca tra detentori di diritti e portatori di doveri. Come si declina più precisamente questa idea nella sfera politica?

I liberali relazionali sostengono la necessità di regole pubbliche e procedure che rendano giuste – nel senso appena illustrato – le relazioni tra le persone in quanto cittadine. ²¹ Infatti, la partecipazione a queste relazioni è universale e non escludibile. Alcuni cittadini, tuttavia, occupano una posizione speciale rispetto alla realizzazione di tali relazioni in virtù del ruolo che è stato loro assegnato. Questo è il caso dei pubblici ufficiali. I pubblici ufficiali sono cittadini ai quali altri cittadini affidano il potere di fare (come decisori politici) o di applicare (come amministratori) le regole pubbliche e le procedure che costituiscono il quadro generale all'interno del quale i cittadini possono poi avanzare le proprie pretese gli uni verso gli altri. Si tratta di una posizione speciale perché conferisce ai pubblici ufficiali il potere di stabilire e realizzare le condizioni stesse attraverso cui i cittadini possono esigere i loro diritti e onorare i loro doveri. I pubblici ufficiali sono, in altri termini, coloro che stabiliscono e applicano le regole di base di ogni interazione all'interno di un ordine pubblico basato sui diritti. È la creazione e il mantenimento di questo quadro generale che rende i cittadini responsabili gli uni verso gli altri e che regola l'accesso alle relazioni politiche che essi intessono come fonti potenziali di pretese valide. ²²

Ogni volta che chi occupa una tale posizione abusa del proprio potere per perseguire un'agenda surrettizia, si verifica un'ingiustizia relazionale che chiamiamo corruzione politica. ²³ Si tratta, per sintetizzare quanto scritto sino a qui, di un'ingiustizia che consiste nell'alterazione della logica di responsabilità reciproca che sottende tutte le relazioni rilevanti per la giustizia in un sistema politico basato sui diritti. L'esempio più chiaro di questa forma di ingiustizia è il clientelismo. Come accennato poco sopra, le relazioni tra un cliente e il suo benefattore pubblico non rispondono normalmente alla logica della responsabilità reciproca che, invece, deve regolare il modo in cui i cittadini avanzano le proprie pretese gli uni verso gli altri. La natura delle relazioni politiche è quindi alterata o, appunto, corrotta. I clienti godono di una corsia preferenziale, per così dire, per fare sì che le loro richieste siano rappresentate, raggiungano l'agenda politica, influenzino il processo decisionale, e siano protette dall'applicazione delle regole pubbliche. L'accesso a una tale corsia non è aperto a tutte le persone quali cittadini, ma è riservato ai clienti in virtù della loro relazione speciale con i propri benefattori. Questa è una relazione da cui altri cittadini sono arbitrariamente esclusi.

Torniamo per un momento al caso dei 'Keating Five' precedentemente discusso da una prospettiva neorepubblicana. Secondo la prospettiva liberale relazionale, la relazione tra

²⁰ Feinberg (1970).

²¹ Ceva (2016b).

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

i senatori e Keating è ingiusta perché non risponde alla logica di responsabilità reciproca propria delle interazioni tra cittadini nella sfera politica. Essa corrisponde a una ragione d'essere completamente diversa: è guidata dalla prospettiva dei guadagni personali e politici che le parti possono ottenere da quella relazione. Questa caratterizzazione rende conto della dimensione individuale della corruzione politica istanziata in questo caso.

Ma c'è anche un senso più ampio per cui in questo scenario si verifica un'ingiustizia relazionale, che è in grado di rendere conto della sua dimensione istituzionale. Le relazioni di responsabilità reciproca tra Keating e i suoi concittadini sono alterate perché Keating viene ad assumere uno status politico speciale (di natura clientelare), che non è affatto un'implicazione della dignità di Keating quale agente politico. Ma, come detto, questa e nessun'altra dovrebbe essere la capacità in virtù della quale le persone stabiliscono relazioni rilevanti nella sfera politica e sulla base della quale si deve determinare il trattamento loro dovuto. L'origine di questo status speciale consiste nella relazione corrotta tra i senatori e Keating, che è resa possibile dal meccanismo stesso di funzionamento del sistema elettorale statunitense; è quindi questa una questione istituzionale.

L'esempio dei 'Keating Five' è anche utile per spiegare il senso in cui il comportamento corrotto dei senatori consiste nel perseguimento di un'agenda surrettizia che, in quanto tale, non è rivendicabile pubblicamente come una ragione legittima per l'azione pubblica. Infatti, divenuta palese, l'azione dei senatori è stata tradotta in fase difensiva nei termini pubblicamente accettabili del 'servizio costituzionale' reso dai senatori a un loro concittadino. L'agenda perseguita dai senatori è surrettizia perché se fosse nota al pubblico, non potrebbe essere utilizzata come ragione legittima per l'azione pubblica e, perciò, la sua difesa non ha potuto basarsi che sulla ridescrizione di tale agenda in termini diversi e pubblicamente presentabili.

Alla luce di tutto questo emerge come, dalla prospettiva della teoria liberale relazionale, è possibile offrire una spiegazione generale della natura della corruzione politica nella sua duplice dimensione individuale e istituzionale. Questo consente di rendere conto della sua problematicità quale fenomeno più o meno sistemico su di una base che mantiene al minimo le assunzioni controverse relative alla teoria dell'ordine pubblico e delle istituzioni.

5. Le strategie anticorruzione

Repubblicani istituzionalisti e liberali relazionali non si limitano all'analisi del problema della corruzione politica, ma cercano anche di dare una risposta coerente con la propria visione di fondo a questo fenomeno. Essi convergono, quindi, sulla necessità di elaborare opportune strategie anticorruzione. Tuttavia, le differenti concezioni della corruzione politica e della sua rilevanza morale danno forma a soluzioni assai differenti. Da una parte, come si è visto, la teoria neorepubblicana richiede un intervento piuttosto radicale di riforma istituzionale, lasciando poco spazio a politiche che perseguano scopi più immediati e di breve periodo. Dall'altra i liberali relazionali propongono politiche mirate a fare emergere la logica surrettizia delle relazioni corrotte e a correggerle secondo la logica della responsabilità reciproca.

Secondo i neorepubblicani istituzionalisti, il potere pervasivo della corruzione politica si può fermare solo con un intervento deciso sull'architettura istituzionale. Le istituzioni, si ricordi, hanno uno scopo che devono realizzare. La corruzione è un problema politico quando ha l'effetto di deviare una qualche istituzione dal suo scopo precipuo. Questo scopo deve essere ripristinato così che si possa ristabilire l'integrità dell'istituzione in questione, di modo che questa possa a sua volta riguadagnare la fiducia dei cittadini.²⁴ Le politiche e le attività anticorruzione rientrano quindi tra i compiti delle istituzioni, ma non necessariamente tra i doveri dei singoli cittadini. Individualmente presi, i cittadini devono certamente rispettare le leggi, astenendosi da comportamenti illegali; ma non possono agire direttamente nella lotta alla corruzione. Ai cittadini è riservata, al più, la possibilità di esercitare pressioni perché le istituzioni corrotte e malfunzionanti siano riformate. L'azione anticorruzione deve avvenire dall'alto.

Come già accennato, in virtù dello spostamento dell'attenzione dalle azioni individuali alle istituzioni, la prospettiva neorepubblicana non riesce ad attribuire le responsabilità individuali per i casi di corruzione sistemica. Questo limite è particolarmente significativo perché ci può portare all'implicazione controintuitiva che i funzionari pubblici che partecipano alle attività di un'istituzione non sono in effetti responsabili della corruzione della stessa, in un senso significativo.

Il caso delle campagne elettorali è ancora una volta esemplare: se i finanziamenti che i politici ricevono sono previsti e regolati dalle leggi, è impossibile individuare chi è esattamente responsabile per la corruzione dell'istituzione democratica nel suo insieme. È altrettanto difficile distribuire i doveri di rimediare ai danni causati da questa forma di corruzione.

La teoria liberale sembra situarsi in una posizione migliore da questo punto di vista. Tale posizione dipende dall'attenzione alla duplice dimensione, individuale e istituzionale, della corruzione politica combinata all'individualismo metodologico che mette al centro dell'analisi dell'ordine pubblico l'azione individuale. In modo particolare, da una prospettiva liberale relazionale, siamo sempre in grado di individuare chi sono i responsabili della corruzione politica; si tratta di coloro che sono invischiati in relazioni corrotte, che rispondono cioè a logiche improprie per l'azione politica, per esempio perché hanno natura clientelare.

La possibilità di distribuire le responsabilità individuali e collettive per la corruzione politica non implica però che si tratti di un'operazione semplice e diretta. La sfida per la teoria liberale relazionale, quanto alle azioni anticorruzione, è quella di mettere in atto strumenti che permettano l'identificazione di queste relazioni corrotte e che ne consentano, di conseguenza, la correzione. Da questo punto di vista, uno strumento anticorruzione cruciale è il *whistleblowing*.²⁵

Il *whistleblowing* consiste nella segnalazione di comportamenti scorretti o illegali da parte di una persona o un gruppo di persone all'interno di un'organizzazione legittima, come un'azienda, un ufficio pubblico o un'istituzione politica più in generale. L'efficacia del *whistleblowing* nell'individuazione di casi di corruzione (o altri misfatti) deriva

²⁴ Lessig (2013b).

²⁵ Per una prospettiva generale sul *whistleblowing* si vedano di lavori di De George (1982) e Davis (1996). Sulla legislazione italiana si veda Cantone (2013).

dall'accesso privilegiato e diretto che i *whistleblower* hanno a certe informazioni. Le segnalazioni dei *whistleblower* hanno così un ruolo fondamentale per svelare episodi di corruzione, che altrimenti rimarrebbero nascosti.

Segno dell'importanza del *whistleblowing* è anche il fatto che molti degli stati membri dell'Unione Europea, ancora sprovvisti di una legislazione comprensiva per la protezione dei *whistleblower*, stanno discutendo soluzioni adatte al loro contesto politico-istituzionale specifico. Infatti la pratica del *whistleblowing* è molto controversa sia perché oggetto di pregiudizi culturali (per esempio, in molte lingue – incluso l'italiano – non esiste una traduzione tecnica del termine e i *whistleblower* vengono spesso identificati con termini poco gratificanti quali 'delatori', 'spie' o 'gole profonde'), sia perché oggetto del timore che possa creare un clima generale di sospetto reciproco, e non di fiducia, all'interno delle istituzioni. L'esito contingente di queste riserve è stato quello della discriminazione dei *whistleblower* che sono stati spesso oggetto di azioni punitive (inclusa la perdita del proprio posto di lavoro) e di stigma sociale (che, in alcuni casi, hanno portato anche a minacce per la loro incolumità).

Le segnalazioni di un *whistleblower* possono essere rivolte verso l'interno o verso l'esterno delle organizzazioni di cui fanno parte. Un'organizzazione può prevedere uno specifico iter interno, seguendo il quale una persona può comunicare al proprio superiore diretto o a un apposito ufficio un caso sospetto – come potrebbe fare il contabile che nota un ammanco nel bilancio aziendale e decide di parlarne con il proprio dirigente. Nel caso di segnalazioni interne, al segnalante si dovrebbero garantire tutele importanti come l'anonimato, per proteggerlo da eventuali ripercussioni personali (per esempio, sanzioni disciplinari o *mobbing*).

Le segnalazioni rivolte verso l'esterno, invece, si presentano a volte come vere e proprie denunce (rivolte alle autorità competenti) o spesso anche come passaggi di informazioni ai mezzi di comunicazione (per esempio, ai giornali). Le segnalazioni esterne sono spesso successive a tentativi di *whistleblowing* interno rimasti inascoltati. Ma in questo caso, il segnalante difficilmente potrà ottenere le stesse garanzie a protezione della propria persona, a meno che non sia prevista una legislazione specifica (a oggi, presente in pochi paesi al mondo).

Entrambe le forme di *whistleblowing* possono essere viste come contributi diretti all'attribuzione di responsabilità individuali o collettive (nel caso di episodi di malaffare sistemico) per diversi tipi di misfatti, inclusa la corruzione politica. In questo senso, seguendo la prospettiva liberale relazionale che abbiamo prima delineato, entrambe le forme di *whistleblowing* forniscono strumenti di valore per la realizzazione di una dimensione importante della giustizia. Portando alla luce relazioni corrotte, che altrimenti rimarrebbero nascoste, il *whistleblowing* rende disponibili informazioni necessarie per l'analisi e la correzione di queste relazioni secondo giustizia. Inoltre, entrambe le forme di *whistleblowing* possono essere viste in se stesse come istanze di quella logica di responsabilità reciproca che dovrebbe informare le relazioni giuste tra cittadini in un sistema basato sui diritti. Attraverso la loro segnalazione, i *whistleblower* si rendono essi stessi responsabili in prima persona, verso i propri superiori o colleghi (nei casi di segnalazioni interne) o verso le istituzioni o i propri concittadini (nei casi di segnalazioni esterne) fornendo, così, un importante esempio di condotta secondo giustizia.

Va, tuttavia, rilevato che le due forme di *whistleblowing* vengono generalmente presentate come differenti quanto ai tipi di doveri che le sottendono e, di conseguenza, alla loro regolamentazione. Le procedure di segnalazione interne, infatti, sono solitamente pensate come delle buone pratiche per portare in superficie crimini e altri comportamenti o pratiche eticamente problematiche (per esempio, perché generano relazioni ingiuste tra le persone). Il *whistleblowing* interno rappresenta, quindi, uno strumento ordinario con cui un dipendente, per esempio, può chiedere conto dei comportamenti di un dirigente. In questo senso, soprattutto se il dipendente in questione è l'unica persona a conoscenza di informazioni rilevanti (per esempio, in virtù della mansione che svolge in seno all'organizzazione), è possibile pensare a un dovere di segnalazione, stringente e in capo a ciascun individuo. Da questa prospettiva, la protezione dei *whistleblower* sembra essere un'implicazione diretta a tutela di chi sta agendo sulla base di un proprio dovere.

Nel caso di *whistleblowing* esterno, invece, l'esposizione pubblica di misfatti (siano essi illegali o eticamente problematici) assume solitamente carattere eccezionale ed è spesso soggetta a richieste di prove più palesi rispetto a semplici dubbi o sospetti, dato il possibile impatto che questo tipo di segnalazione ha sulla reputazione di chi è oggetto di segnalazione. Questo secondo approccio al *whistleblowing* sta alla base della considerazione diffusa di questa pratica come l'*extrema ratio* di un cittadino pronto a sacrificare carriera, amicizie e affetti per la giustizia (si pensi al caso emblematico di Edward Snowden, per esempio). Casi del genere sono assai difficili da regolamentare, poiché si basano sullo slancio di un singolo, diretto sovente contro un'intera organizzazione. Essi implicano, quindi, un elevato costo personale che difficilmente può essere reso esigibile a meno di una regolamentazione che sia in grado di ridurre questi costi senza per questo rinunciare al bilanciamento tra la protezione dovuta a chi segnala e a chi è oggetto di segnalazione.

Queste considerazioni rivelano la necessità di uno studio approfondito del *whistleblowing*, che sia in grado di stabilire con precisione se esso sia una pratica moralmente permessa (nonostante i summenzionati rischi di un impatto negativo sui legami interpersonali di fiducia) e doverosa (nonostante i costi personali che la sua attuazione ha tipicamente implicato). In quest'ottica, è interessante notare, a mo' di osservazione preliminare, come da una prospettiva liberale relazionale il *whistleblowing* può essere presentato come doveroso quale componente di una strategia anticorruzione per la quale i pubblici ufficiali e i cittadini sono chiamati a rendere conto delle proprie decisioni (politiche e amministrative, per i primi) e azioni (socialmente rilevanti, per i secondi).

Quanto scritto non è sicuramente sufficiente a tracciare strategie anticorruzione complete ed efficaci. Molto più si dovrebbe dire sia sul tipo di doveri, individuali e collettivi, di intraprendere azioni anticorruzione sia su come le diverse strategie possono essere realizzate, entrando nei dettagli delle legislazioni vigenti nei vari paesi e nelle realtà culturali in cui si inseriscono. Ma ciò andrebbe al di là dei compiti che ci siamo prefissati per questo capitolo. Le riflessioni qui proposte, tuttavia, dovrebbero bastare per dare un quadro generale di come le principali teorie etiche della corruzione politica possono fornire un'interpretazione e una linea di risposta a questo fenomeno.

Bibliografia

- Amundsen I. (1999), *Political Corruption: An Introduction to the Issues*, Bergen, Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, «CMI Working Paper», 7, pp. 1-32.
- Anderson E. (1999), *What is the Point of Equality?*, «Ethics», 109, pp. 287-337.
- Brioschi C.A. (2010), *Il malaffare. Breve storia della corruzione*, Milano, Longanesi.
- Buchan B., L. Hill (2014), *An Intellectual History of Political Corruption*, Basingstoke, Palgrave MacMillan.
- Cantone R. (2013), *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del decreto legislativo 165/2001 (art. 1, comma 51)*, in Mattarella B.G., M. Pellissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, pp. 243-259.
- Ceva E. (2016a), *Interactive Justice*, New York, Routledge.
- Ceva E. (2016b), *L'ingiustizia relazionale della corruzione politica*, mimeo.
- Ceva E., M.P. Ferretti (2014), *Liberal Democratic Institutions and the Damages of Political Corruption*, «Les Ateliers de l'éthique», 9, pp. 126-145.
- Davis M. (1996), *Some Paradoxes of Whistleblowing*, «Business & Professional Ethics Journal», 15, pp. 3-19.
- De George R.T. (1982), *Business Ethics*, New York, Macmillan.
- Della Porta D., A. Vannucci (2007), *Mani impune. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, Laterza.
- Feinberg J. (1970), *The Nature and Value of Rights*, «Journal of Value Inquiry», 4, pp. 243-257.
- Fiorino N., E. Galli (2013), *La corruzione in Italia*, Bologna, Il Mulino.
- Geuna M. (1998), *La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali*, «Filosofia politica», XII/1, pp. 101-132.
- Hinna L., M. Maracantoni (2013), *Corruzione. La tassa più iniqua*, Roma, Donzelli.
- Kymlicka W. (2002), *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Oxford, Oxford University Press.
- Lessig L. (2013a), *Institutional Corruption Defined*, «Journal of Law, Medicine and Ethics», 41, pp. 553-555.
- Lessig L. (2013b), *Institutional Corruption*, «Edmond J. Safra Research Lab Working Papers», 1, pp. 1-20.
- Machiavelli N. (2008), *Il Principe*, Biblioteca Universale Rizzoli.
- Mattarella B.G., M. Pellissero (a cura di) (2013), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli.
- Mattarella B.G. (2007), *Le regole dell'onestà. Etica, politica e amministrazione*, Bologna, Il Mulino.
- Pettit P. (1997), *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Clarendon Press; Geuna M. (a cura di), *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, trad. it. di P. Costa, Milano, Feltrinelli, 2000.
- Previtali P., R. Procaccini, A. Zatti (a cura di) (2016), *Trasparenza e anticorruzione: la nuova frontiera del manager pubblico*, Pavia, Pavia University Press.
- Rawls J. (1999), *A Theory of Justice*, rev. ed., Cambridge, Harvard University Press; *Una teoria della giustizia*, trad. it. di U. Santini, Milano, Feltrinelli, 2008.
- Scheffler S. (2003), *What is Egalitarianism?*, «Philosophy & Public Affairs», 31, pp. 5-39.
- Thompson D. (1995), *Ethics in Congress*, Washington, Brookings Institution.
- Vannucci A. (2012), *Atlante della corruzione*, Torino, Gruppo Abele.

Il lungo cammino della trasparenza amministrativa in Italia*

Tiziana Alti**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il nesso tra la trasparenza e la prevenzione della corruzione. – 3. Accesso, pubblicità, trasparenza: attinenze e distinzioni. 4. FOIA in Italia - Decreto legislativo n. 97/2016. – 5. Conclusioni - Problemi aperti. – Bibliografia.

1. Premessa

La strategia italiana anticorruzione, nella sua configurazione attuale, è caratterizzata da un impianto articolato, che unisce alle misure di natura repressiva e rimediale una serie di strumenti volti alla prevenzione del fenomeno, tipici del diritto amministrativo e costituzionale. Ciò deriva dalla consapevolezza che la corruzione, specie se fenomeno a forte diffusione come nel caso italiano, oltre a rappresentare un danno materiale per l'intera collettività, alimenta lo screditamento delle istituzioni e, in ultima analisi, mette in pericolo il rapporto virtuoso tra lo Stato e i cittadini.

Si è reso così necessario orientare la strategia di lotta alla corruzione verso un obiettivo di più vasta portata rispetto alla sola modifica delle fattispecie di condotta penalmente perseguibili, tentativo peraltro già esperito a partire dalla legge n. 86/1990 sul controllo penale dei delitti commessi contro la pubblica amministrazione dai pubblici ufficiali.

Nell'impianto normativo attuale rientrano una serie di strumenti di contrasto alla illegalità – e non solo alla corruzione, come intitola la stessa legge n. 190/2012 – che comprendono meccanismi di verifica e monitoraggio del funzionamento organizzativo e altre condotte (non reato), nonché richiami formali ai principi etici e preliminari al consolidamento di una vera e propria cultura dell'integrità nella sfera pubblica.

Anche il Piano Nazionale Anticorruzione (predisposto in conformità all'art. 1, comma 2 lett. b) della legge n. 190/2012) ha adottato una nozione di corruzione 'in senso ampio', intesa come fenomeno di cattiva amministrazione,¹ con conseguenze di tipo distorsivo sul principio di imparzialità dell'azione amministrativa. Tra queste misure preventive, la trasparenza amministrativa costituisce un presidio della massima rilevanza.

* Le considerazioni contenute in questo scritto sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non impegnano in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

** Comitato Scientifico Fondazione "Romagnosi" - Scuola di Governo Locale; Funzionario Ispettorato Territoriale del Lavoro di Pavia.

¹ Tra i numerosi contributi in tema di *maladministration* vedi Cerulli Irelli (2010).

za, riconosciuto e ribadito anche dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (relazione del luglio 2016).

A questo argomento, la trasparenza amministrativa, sono dedicate le pagine che seguono.

Dopo aver dato conto del nesso indiscutibile tra trasparenza e lotta alla corruzione, verranno ripercorse le tappe fondamentali che hanno segnato il cammino della trasparenza amministrativa, le declinazioni giuridiche e operative di questo principio duttile e astratto, fino alla più recente evoluzione legislativa del decreto legislativo n. 97/2016. Nella versione dell'anno 2013 le disposizioni in materia di trasparenza affidano al cittadino il ruolo di agente del controllo diffuso sull'operato della pubblica amministrazione, sanciscono il diritto all'informazione a prescindere dalle ragioni dell'interesse conoscitivo e, assumendo una caratterizzazione propria rispetto ad alcune esperienze internazionali ispiratrici, trasformano il diritto di partecipazione individuale in un metodo generale, in chiave preventiva rispetto al fenomeno degli illeciti perpetrati all'interno dei pubblici apparati.

2. Il nesso tra la trasparenza e la prevenzione della corruzione

Il corredo di misure di carattere preventivo previste dalla legge n. 190/2012 ha l'intento di rendere sempre più ridotto lo spazio di discrezionalità dei soggetti operanti nella pubblica amministrazione, aumentandone progressivamente il grado di visibilità.² Entro questo spazio ridotto troverebbero terreno sfavorevole le condotte corruttive e si genererebbe una maggiore affidabilità nell'operato delle istituzioni pubbliche.

La costruzione di questo circolo virtuoso, in Italia, ha presentato per molti decenni vistose lentezze e difficoltà, dovendosi affrancare da una condizione giuridica e culturale dell'azione amministrativa modellata sul principio del segreto di Stato.³

Con l'avvento dello Stato repubblicano si è verificato un primo importante riscatto nella concezione del rapporto tra lo Stato e i cittadini, legittimato dalla Costituzione che, pur non citando espressamente il termine trasparenza, ne sancisce il presupposto fondamentale, stabilendo nell'art. 97 i principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione pubblica, gettando così le fondamenta per i successivi interventi legislativi.⁴

Tuttavia, nonostante le reiterate violazioni a questi principi e la crescita a dismisura

² Lo stesso intento ha ispirato la più recente disciplina in temi di appalti, decreto legislativo n. 50/2016. Secondo il nuovo Codice Appalti, infatti, grazie agli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 29, il cittadino potrà esercitare il controllo diffuso a prevenzione di comportamenti arbitrari da parte della stazione appaltante.

³ Tra i numerosi contributi sul cambiamento dal regime di riservatezza a quello di pubblicità: Marzuoli (2008).

⁴ Un riferimento diretto alla trasparenza è stato inserito nel testo del disegno di revisione costituzionale approvato nell'aprile 2016, sottoposto a Referendum con esito negativo il 4 dicembre 2016. Modifiche all'art. 97: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento, l'imparzialità e la trasparenza dell'amministrazione»; modifiche all'art. 118: «Le funzioni amministrative sono esercitate in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori».

dei fatti legati al reato di corruzione, la reale possibilità di conoscere l'organizzazione e l'operato dei pubblici uffici è rimasta per molti anni preclusa. Durante questo periodo, sono maturate al contorno sollecitazioni da parte degli organismi internazionali e delle Commissioni istituzionali di esperti.⁵ Si rammenta a questo proposito l'introduzione del principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea, sancito dal Trattato di Amsterdam⁶ e successivamente dal Trattato di Lisbona, che collocano la trasparenza a caposaldo delle attività istituzionali comunitarie, incluse le funzioni amministrative, tanto sul versante del criterio di pubblicità delle informazioni quanto su quello dell'accesso da parte dei singoli cittadini.

Tali sollecitazioni hanno contribuito a mettere in luce, sul fronte domestico, le conseguenze negative dell'opacità delle informazioni riguardanti il funzionamento degli apparati pubblici, con particolare riferimento al diritto a un rapporto paritario tra i cittadini nei confronti dello Stato. Per queste ragioni, risulta notevole il portato della legge n. 241/1990, che, vincolando il procedimento amministrativo al criterio di pubblicità (insieme a quelli di economicità ed efficacia), rappresenta il vero primo esordio della trasparenza e del diritto di partecipazione. Anche nella versione originaria dell'istituto dell'accesso agli atti introdotto nel 1990,⁷ il riconoscimento del diritto a ottenere documenti in possesso di una pubblica amministrazione ha rappresentato, per l'epoca, una forte innovazione.

Il secondo passaggio chiave nel percorso della trasparenza amministrativa avviene contestualmente e in perfetta coerenza con l'impianto della legge anticorruzione, quando il decreto legislativo n. 33/2013 riunisce una serie di principi in un *continuum* – trasparenza, eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, integrità, lealtà, efficacia ed efficienza nell'utilizzo delle risorse pubbliche – finalizzato all'accesso totale. Con la Circolare n. 2 del 2013 il Dipartimento della Funzione Pubblica ha diffuso a tutte le amministrazioni i contenuti e le modalità applicative del Decreto Trasparenza, presentandolo come una «misura fondamentale per la prevenzione della corruzione» e una opportunità per evidenziare il «corretto agire amministrativo, alimentando per tale via la fiducia dei cittadini nell'amministrazione». Con questa accezione, la pubblica amministrazione propone un significato ulteriore rispetto agli obblighi di trasparenza, quello di fare emergere non solo le distorsioni, bensì le pratiche di buon funzionamento.⁸

A questa pluralità di intenti si accompagnano disposizioni operative e puntuali che realizzano il legame funzionale tra trasparenza e lotta alla corruzione, già posto in evidenza anche nelle raccomandazioni degli organismi internazionali.⁹ Con il Decreto Trasparenza

⁵ Tra i numerosi contributi tecnici derivanti dal lavoro delle Commissioni: Cassese (1998).

⁶ Secondo la Dichiarazione n. 41 adottata dalla Conferenza: «Il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, quando agiscono a norma del trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio e del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, dovrebbero ispirarsi alle disposizioni in materia di trasparenza, di accesso ai documenti e di lotta contro la frode in vigore nell'ambito del trattato che istituisce la Comunità europea».

⁷ Precedente quindi alle modifiche *ex* legge n. 15/2005.

⁸ Sulla declinazione del principio di trasparenza come presupposto di miglioramento dell'amministrazione, e apertura nei confronti della società: Bombardelli (2013).

⁹ Tra questi, la Convenzione delle Nazioni Unite siglata a Merida nell'ottobre 2003.

za del 2013 viene definitivamente fissata la relazione causa-effetto tra la disponibilità di accesso alle informazioni riguardanti le pubbliche amministrazioni, e il manifestarsi di situazioni di potenziale illecito e conflitto di interessi.

Rispetto all'impianto metodologico, il Piano Trasparenza è sezione del Piano Anti-corruzione e pubblicato contestualmente alla redazione del Piano della *performance* (con l'indicazione degli obiettivi strategici che l'amministrazione è tenuta a definire ogni anno in corrispondenza con le previsioni di bilancio e finanziarie) e il responsabile dei due Piani dovrebbe coincidere, con il compito di pronunciarsi in merito alle richieste di accesso civico. Il legislatore ha infatti raccordato le disposizioni, prevedendo un'unica figura di responsabilità per garantire gli adempimenti previsti dalle rispettive normative. Per gli enti locali, l'Intesa Stato-Regioni ha previsto a questo proposito che «in linea con la discrezionalità accordata dalla norma gli enti stabiliscono o la coincidenza tra le due figure oppure individuano due soggetti distinti per lo svolgimento delle funzioni. Considerato che la trasparenza è una misura fondamentale per la prevenzione della corruzione, gli enti assicurano comunque il coordinamento tra le attività svolte dai due soggetti».¹⁰

Il soggetto pubblico cui la legge attribuisce poteri istruttori, consultivi, di vigilanza e ispettivi, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, è competente tanto sul versante della corruzione quanto su quello della trasparenza. Anch'essa, pronunciata in merito agli strumenti di programmazione con attenzione ai profili attuativi della norma, ha raccomandato di inserire il Programma per la trasparenza come sezione specifica all'interno del Programma Triennale per la Corruzione, rafforzando il significato di questo legame anche negli atti concreti di pianificazione delle attività.

3. Accesso, pubblicità, trasparenza: attinenze e distinzioni

«In the face of doubt, openness prevails».¹¹

Questa breve ed efficace dichiarazione, che accompagna la legge statunitense sul diritto all'informazione, può essere presa a riferimento come punto di arrivo per ripercorrere l'evoluzione del principio di trasparenza in Italia, nel corso del tempo e nelle diverse connotazioni assunte dagli istituti giuridici e nel comune dibattito.

Spesso, i termini accesso, pubblicità e trasparenza vengono utilizzati in maniera intercambiabile nel dibattito sul grado di 'apertura' della pubblica amministrazione verso l'esterno, trascurandone le significative distinzioni. Pubblicità e accesso sono facilmente riconducibili ad aspetti di implementazione del principio di trasparenza, mentre quest'ultimo ha natura astratta ed è fondamento di altri diritti.

Oltre a questa prima e semplice distinzione, è utile osservare il protagonismo dell'uno sull'altro termine, e la rispettiva affermazione nel corso del tempo.

Come già accennato, il cambiamento nei rapporti tra lo Stato e i cittadini attraverso l'introduzione del diritto di accesso agli atti si è realizzato sostanzialmente nel limitare

¹⁰ Intesa della Conferenza Unificata del 24 luglio 2013.

¹¹ *Memorandum FOIA for the Heads of Executive Departments and Agencies*, 21 gennaio 2009.

la discrezionalità amministrativa all'accertamento dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge, con una prima, significativa inversione di tendenza rispetto all'autoreferenzialità dell'azione amministrativa, senza tuttavia rimuovere il modello dominante del controllo interno dell'informazione. Questo esito, importante ma parziale, è legato allo stesso presupposto di esigibilità del diritto di accesso – il requisito legittimante del richiedente – comportando un limite significativo, per quanto motivato, nella conoscenza del procedimento, e dando avvio a una tensione mai sopita tra richiedente e concedente, riflessa in posizioni dottrinarie e giurisprudenziali.

Una ulteriore e altrettanto legittima limitazione all'esercizio del diritto di accesso si è imposta in nome del diritto alla privacy dei soggetti direttamente o indirettamente coinvolti, e comunque controinteressati dai procedimenti amministrativi oggetto di istanza, con la conseguente necessità di contemperare interessi talvolta contrapposti.

Più in generale, come espressamente indicato nell'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990, e modificato dall'art. 16 della legge n. 15 del 11 febbraio 2005, l'interesse legittimo all'accesso consente ai singoli cittadini di conoscere i documenti parte dell'attività procedimentale e del potere decisorio della pubblica amministrazione, ma tale diritto non può tradursi in un controllo generalizzato sull'attività della stessa.¹²

Stante queste limitazioni, per molti anni l'atteggiamento dell'amministrazione si è mantenuto reticente e conservativo rispetto all'esigibilità del diritto di accesso e improntato a un atteggiamento di riservatezza del proprio operato.

Una nuova nozione di accesso, ampliata rispetto alla disponibilità di documenti amministrativi, è stata sancita dal decreto legislativo n. 150/2009, che ha coniato l'«accesso totale», riferendolo a ogni aspetto dell'attività e dell'organizzazione dei pubblici uffici, come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili,¹³ allo scopo di favorire la possibilità di un controllo diffuso, prefigurando così la concezione attuale di trasparenza delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione. Al carattere generico dell'«accesso totale» non ha fatto seguito da parte delle amministrazioni una conseguente fase attuativa, cosicché le ricadute operative in termini di visibilità delle organizzazioni pubbliche e del loro funzionamento sono risultate modestissime.

Qualche anno più tardi, il decreto legislativo n. 33/2013 ha però recepito le indicazioni del decreto legislativo n. 150/2009, riordinando e codificando la disciplina giuridica in materia di trasparenza, definendo contenuti e modalità degli obblighi di pubblicità delle informazioni e sancendo la possibilità da parte del cittadino di costringere l'Amministrazione ad adempiere, in caso di mancata osservanza di detti obblighi, attraverso l'istituto dell'accesso civico. In questo significativo passaggio dal diritto di accesso al principio di trasparenza, la pubblica amministrazione anticipa le istanze dei cittadini, senza richiedere

¹² Anche la giurisprudenza, in riferimento all'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990, ha disposto che l'accesso alle procedure amministrative e ai relativi documenti sia «consentito soltanto a coloro ai quali gli atti stessi direttamente o indirettamente si rivolgono e che se ne possono avvalere per la tutela di una posizione soggettiva, la quale non può identificarsi con il generico e indistinto interesse al buon andamento amministrativo» (Consiglio di Stato, sent. n. 2974/2012). Sulle limitazioni al diritto di accesso: Arena (1991).

¹³ Garantiti ai sensi dell'art. 117, lettera m) della Costituzione della Repubblica Italiana.

una condizione specifica legittimante, in virtù della esigibilità del diritto alla buona amministrazione.

Introducendo nuovi obblighi di pubblicazione sui siti web istituzionali e appositi moduli procedurali e organizzativi, il decreto legislativo n. 33/2013 ha reso esigibile il diritto dei cittadini a ottenere dalle amministrazioni le informazioni assoggettate agli obblighi di trasparenza, legittimando quel controllo finalizzato al perseguimento dell'interesse generale, esplicitamente precluso dal tradizionale diritto di accesso documentale *ex lege* n. 241/1990. È quindi evidente la portata innovativa dell'istituto giuridico dell'accesso civico verso il paradigma della trasparenza amministrativa, che risulta completamente mutato rispetto al precedente approccio di protezione della funzione amministrativa nei confronti dalla verifica esterna incondizionata.

Gli adempimenti elencati nel decreto legislativo n. 33/2013 prevedono la pubblicazione sui siti istituzionali di informazioni riguardanti: i soggetti operanti nella pubblica amministrazione (ad esempio: l'organigramma, i nominativi dei responsabili dei procedimenti, gli incarichi di collaborazione e consulenza), l'affidabilità e l'efficacia della gestione (ad esempio: i criteri di valutazione dei concorsi pubblici, i dati di bilancio), il rapporto con l'utenza (ad esempio: i tempi di erogazione dei servizi).

La progressiva apertura degli enti verso l'esterno corre sicuramente lungo i binari dell'informatizzazione, rendendo le pubbliche amministrazioni un soggetto digitalizzato, tanto per gli utenti/beneficiari di prestazioni e servizi pubblici, quanto per i cittadini interessati al generale andamento del governo e della gestione della cosa pubblica. È il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD – decreto legislativo n. 82/2005 e s.m.i.) ad avere imposto l'avvio di una interazione digitale con i cittadini attraverso i portali della pubblica amministrazione, che sono anche 'vetrine' di visibilità sul funzionamento dei pubblici uffici.¹⁴ Questa modalità virtuale di accesso all'informazione comporta anche una nuova configurazione dei dati forniti dal soggetto pubblico, relativamente alle prerogative di gratuità e scambiabilità del formato *open data*,¹⁵ fatto salvo l'obbligo di citazione della fonte e del rispetto dell'integrità della versione originale.

A riguardo, vale la pena osservare che l'efficacia di una trasparenza *open data* risulta in parte condizionata dalla qualità del supporto tecnologico e dagli *skills* informatici degli utilizzatori. Inoltre, se la digitalizzazione accresce enormemente la quantità di informazioni disponibili, in termini qualitativi bisogna osservare che una vera reale trasparenza e una reale accessibilità dipendono da quanto le informazioni sono comprensibili e coerenti.

Senza nulla togliere al significato del decreto legislativo n. 33/2013, soprattutto per il nuovo ruolo proattivo assegnato all'amministrazione di attuare il principio di trasparenza, resta incompiuto l'accesso alle informazioni che vanno oltre al perimetro segnato dagli obblighi di pubblicazione, o al diritto di accesso in virtù di un legittimo interesse privato.

¹⁴ In tema di impatto della digitalizzazione della pubblica amministrazione sulla evoluzione della trasparenza amministrativa: Savino (2013).

¹⁵ Anche in questo caso l'esempio statunitense sulla disponibilità di dati in formato aperto è un punto di riferimento fondamentale, così come le banche dati di organizzazioni internazionali: [U.S. Government's open data]. URL: <www.data.gov> [data di accesso: 27/07/2017]; [World Bank Open Data]. URL: <<http://data.worldbank.org/>> [data di accesso: 27/07/2017].

Questo traguardo, fatte salve le preclusioni a tutela degli interessi pubblici e privati, viene raggiunto con il decreto legislativo n. 97/2016, presentato pubblicamente come *Freedom of Information Act* (FOIA) italiano.

4. FOIA in Italia – Decreto legislativo n. 97/2016

Come già osservato, le esperienze internazionali hanno fortemente stimolato il processo di trasparenza amministrativa in Italia.

Le prime evidenze legislative sono remote e riconducibili ai paesi scandinavi, ma il riferimento contemporaneo più noto è sicuramente il *Freedom of Information Act* (FOIA) statunitense, introdotto nel 1967 per consentire ai cittadini di conoscere il proprio governo, grazie all'accesso alle informazioni di ogni agenzia federale. Su questo esempio, altri paesi europei hanno adottato una legislazione sul diritto all'informazione, a cominciare dagli anni Ottanta del secolo scorso.¹⁶

Al modello statunitense del FOIA si richiama espressamente la Relazione illustrativa al riordino del Decreto Trasparenza del Consiglio dei Ministri del maggio 2016. Il decreto legislativo n. 97/2016, che riordina la disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, ha l'intento di garantire a chiunque l'accessibilità di qualsiasi documento o dato, con le eccezioni previste dalla legge. Il nuovo decreto, nel riconoscere il diritto generalizzato all'accesso e a informazioni ulteriori rispetto agli obblighi di pubblicazione, ha colmato la distanza dalle esperienze internazionali, emancipandosi dalle limitazioni del Decreto Trasparenza del 2013.

La riforma del 2016 è sensibile anche all'aspetto qualitativo delle informazioni da rendere accessibili e, conformemente alla delega dell'art. 7 della legge n. 124/2015, attua una revisione degli strumenti di trasparenza amministrativa, precisando e sistematizzando gli ambiti applicativi degli obblighi di pubblicazione. Per porre rimedio alla parcellizzazione e ripetizione dei dati sui diversi portali della pubblica amministrazione, essa prevede la pubblicazione di banche dati nazionali, potenziando il regime di trasparenza della spesa pubblica e aumentando le possibilità di consultazione.¹⁷ Vengono rafforzati gli obblighi di pubblicazione concernenti il personale dirigenziale, con particolare riferimento ai dati riferiti agli emolumenti, così come il regime di responsabilità dei dirigenti rispetto all'attuazione degli obiettivi di trasparenza.

Come contropartita all'introduzione dell'accesso generalizzato alle informazioni, il decreto di riforma rende più sostenibili gli obblighi di pubblicazione, rimodulandoli e riducendone il numero e le duplicazioni. Anche il procedimento rimediale in caso di diniego viene semplificato, permettendo al soggetto richiedente di attivare un potere sostitutivo,

¹⁶ Ferrari (1991).

¹⁷ La ricognizione e messa a disposizione dei dati di spesa rappresentano una vera svolta nei termini del controllo e dell'affidabilità del decisore pubblico, al momento disponibile sul sito: ["Progetto soldipubblici"]. URL: <<http://soldipubblici.gov.it/>> [data di accesso: 27/07/2017]; per una comparazione con l'esperienza statunitense: [USAspending.gov]. URL: <<http://www.usaspending.gov/>> [data di accesso: 27/07/2017].

vale a dire la possibilità di riesame sull'esito del provvedimento da parte di una figura apicale – dirigente o funzionario di più alto livello nell'organico – anziché ricorrere, con i correlati oneri, al tribunale amministrativo.

Il Decreto, sul quale è intervenuto anche un corposo contributo del Consiglio di Stato,¹⁸ sistematizza anche i livelli di accesso, ricomprendendoli e articolandoli su più livelli, a eccezione di limitate e tassative esclusioni. L'istituto giuridico normato dal Decreto Trasparenza del 2016 è sempre quello dell'accesso, distinguendo però tra: accesso documentale (quello risalente alla disciplina del 1990), accesso civico (riferito ai documenti assoggettati all'obbligo di pubblicazione nel 2013), e accesso generalizzato (inerente ai dati che dal 2016 devono essere resi disponibili anche se non previsti dai precedenti obblighi di pubblicazione).¹⁹

I nuovi artt. 5 e 5 *bis* disciplinano i casi in cui è previsto il diniego all'accesso, al fine di evitare un concreto pregiudizio nei confronti di eventuali controinteressati, o una lesione di interessi pubblici e privati in casi tassativamente previsti. Tuttavia, tali preclusioni, che ripropongono lo schema del bilanciamento tra diritti, costituiscono l'eccezione alla regola generale di diritto all'informazione a titolarità diffusa. In merito all'accesso documentale, viene riproposta la figura del controinteressato e confermata l'indicazione di concludere il procedimento con espresso provvedimento motivato nei termini dei 30 giorni, la cui mancata o tardiva emanazione costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché illecito disciplinare.

Per quanto riguarda i nuovi compiti di regolazione, vigilanza e sanzioni in materia di trasparenza, le prerogative dell'Autorità Nazionale Anticorruzione vengono rafforzate, con la possibilità di sanzionare il mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione e con l'esercizio dei poteri ispettivi.

5. Conclusioni – Problemi aperti

Le tappe del lungo cammino della trasparenza amministrativa in Italia hanno rappresentato un continuo avanzamento verso la realizzazione di una disciplina a garanzia della piena trasparenza dell'informazione. Essendo trascorso un anno dall'entrata in vigore dell'ultimo decreto di riforma in materia, non è ancora possibile valutare la capacità di adeguamento del sistema pubblico a questo importante cambiamento, ma lo sguardo a ritroso fino ai primi tentativi nella direzione della trasparenza amministrativa consentono di individuare i principali pericoli da evitare per una sua efficace realizzazione.

La prima incognita riguarda la capacità di recepire la disciplina della trasparenza, evitandone l'adozione e la diffusione in funzione meramente evocativa, come parola 'piglia-tutto'. L'enfasi sulla fase attuativa ha il compito di scongiurare che le nuove disposizioni di legge conoscano un rispetto meramente formale, con il conseguente effetto collaterale della creazione di una 'burocrazia della trasparenza', fine a se stessa.

¹⁸ Consiglio di Stato, sezione consultiva atti normativi, 24 febbraio 2016, n. 515.

¹⁹ Le indicazioni operative per la definizione delle esclusioni sono contenute nelle linee guida predisposte dall'ANAC con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

Lo stesso Consiglio di Stato, nel rendere il richiesto parere sullo schema del Decreto, aveva messo in evidenza le criticità della fase di implementazione, raccomandando che l'entrata in vigore della legge e dei decreti attuativi fosse coerente con la capacità di adeguamento della macchina amministrativa.²⁰ Il momento attuativo quindi, risulta essere particolarmente delicato e necessita di una cura particolare su tutti i fronti dell'implementazione, tra cui la formazione dei dipendenti, la comunicazione e l'adeguamento delle reti informatiche.²¹

Le conseguenze di un effetto depotenziato del decreto legislativo n. 97/2016 sarebbero molto serie, considerando la deriva di sfiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni e la preoccupante posizione occupata dall'Italia nella classifica della corruzione reale e percepita. Su questa premessa, è naturale arrivare a concludere che la prova di forza tra il diritto a conoscere e il diritto a contenere deve giungere al termine. Dopo molti e prolungati tentativi e riformulazioni, i tempi sono maturi per adottare una nuova concezione, che abbandoni totalmente la logica della contrapposizione dei poteri e delle tutele lungo la quale si è sviluppata, tra obblighi e sanzioni, l'intera evoluzione della trasparenza amministrativa.

Il compimento della trasparenza amministrativa può essere stimolato per via legislativa, sanzionando le trasgressioni, ma può evolvere positivamente solo attraverso uno sforzo culturale, che riconosca la necessità di un controllo democratico dell'informazione corretto e virtuoso. Sfruttando l'impianto legislativo disponibile, già sufficientemente evoluto, è il momento di guardare al tema della trasparenza con un'unica logica, in cui il diritto a essere informati e il dovere di rendere conto dell'impiego delle risorse pubbliche²² formano le due facce inseparabili di una stessa medaglia. «Hence public accountability is an essential condition for the democratic process, as it provides the people's representation and the voters with the information needed for judging the propriety and effectiveness of the conduct of the government».²³

Bibliografia

- Arena G. (1991), *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in Arena G. (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, pp. 33 ss.
- Bombardelli M. (2013), *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, «Istituzioni del Federalismo», 3/4, pp. 657 ss.
- Cassese S. (1998), *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrari G.F. (1991), *L'accesso ai dati della pubblica amministrazione negli ordinamenti anglosassoni*, in Arena G. (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, Il Mulino, pp. 132 ss.
- Harlow C. (2002), *Accountability in the European Union*, Oxford, Oxford University Press.

²⁰ L'accesso generalizzato è entrato in vigore il 23/12/2016.

²¹ Va notato che il decreto legislativo n. 97/2016 non prevede stanziamenti aggiuntivi di implementazione delle nuove disposizioni.

²² Seguendo il principio di *accountability*, cfr.: Harlow (2002).

²³ Przeworski, Stokes, Manin (1999).

- Cerulli Irelli V. (2010), *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in Merloni F., L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, pp. 92 ss.
- Marzuoli C. (2008), *La trasparenza come diritto civico alla pubblicità*, in Merloni F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, pp. 45 ss.
- Przeworski A., S.C. Stokes, B. Manin (eds.) (1999), *Democracy, Accountability, and Representation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Savino M. (2013), *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, «Giornale di diritto amministrativo», 8-9, pp. 795 ss.

La prevenzione del fenomeno corruttivo alla luce della legge n. 69 del 2015 con l'ausilio della mappatura dei rischi

Raffaella Procaccini*

SOMMARIO: 1. Le principali novità normative apportate dalla legge n. 69 del 2015. – 2. L'importanza del ruolo del *whistleblower*. – 3. Alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali. – 4. I Piani triennali per la prevenzione della corruzione alla luce delle linee guida ANAC del 2016. – 5. L'adozione del Piano triennale per la prevenzione della corruzione in ambito sanitario. – 6. Conclusioni. – Bibliografia.

1. Le principali novità normative apportate dalla legge n. 69 del 2015

La legge 27 maggio 2015 n. 69, che si divide in due capi, l'uno dedicato alle disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, l'altro alle disposizioni penali in materia di società, ha quale fondamento tre direttrici politico-criminali: inasprimento sanzionatorio, recupero coattivo del vantaggio illecito, incentivazione della collaborazione processuale dei corrotti e corruttori.

In particolare, l'inasprimento sanzionatorio (che rappresenta una posizione di dubbio da parte del legislatore in ordine all'efficacia della sanzione penale, in quanto è intervenuto sulle fattispecie due volte, nel 2012 e nel 2015) non si limita a un'elevazione della soglia del minimo e massimo edittale, ma prevede dei meccanismi premiali al fine di evitare il rischio della custodia cautelare in carcere. Nella specie, nei casi di condanna per i reati di corruzione, il beneficio della concessione della sospensione condizionale della pena è subordinato al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato, ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio (l'art. 2 della legge n. 69/2015 introduce l'art. 165, iv c., c.p. titolato *obblighi per il condannato*).

Riguardo all'introduzione di istituti relativi al recupero coattivo del vantaggio illecito in un'ottica deterrente del reato di corruzione, sotto il profilo di un'analisi di bilanciamento dei costi e benefici del reato si segnala l'art. 4 della legge n. 69 del 2015 in merito alla riparazione pecuniaria che introduce l'art. 322 *quater* c.p. Tale norma recita: «Con la sentenza di condanna è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare

* Comitato Scientifico Fondazione "Romagnosi" - Scuola di Governo Locale.

di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'art. 319 *ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno». Dalla lettura di tale norma si evince che accanto alla misura della confisca prevista all'art. 322 *ter* c.p.¹ si affianca il suddetto istituto il quale rappresenta una vera e propria sanzione patrimoniale che verrà irrogata solo in capo al pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio e non al privato corruttore, in quanto la *ratio* della norma consiste nell'avere finalità riparatoria nei confronti dell'amministrazione di appartenenza. Di certo, il suddetto dettato non sarà di facile applicazione, soprattutto nel momento della commisurazione di 'quanto indebitamente ricevuto', tenendo conto anche della circostanza che talvolta l'utilità conseguita dal pubblico agente non consiste in una entità economicamente valutabile.

Allo stesso modo, l'ammissibilità dell'istanza di ammissione al rito speciale del patteggiamento è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato (così recita l'art. 6 che introduce l'art. 444, *1 c. ter*, c.p.p.).

Inoltre, in via di completezza, si rileva che la legge n. 69 del 2015 è intervenuta sulla fattispecie di concussione ai sensi dell'art. 317 c.p.,² estendendone l'ambito soggettivo, di nuovo, alla figura dell'incaricato di pubblico servizio, con previsione della soglia sanzionatoria dal minimo di sei anni al massimo di dodici. In particolare, nel 2012 il legislatore aveva previsto quale soggetto attivo del suddetto reato solo il pubblico ufficiale, lasciando la punizione dell'incaricato di pubblico servizio sotto l'egida del reato di estorsione aggravata ai sensi dell'art. 629 c.p. e art. 61 n. 9 c.p. Il medesimo legislatore nel 2015 ha riportato la fattispecie alla sua formulazione originaria, in quanto si sono ravvisati problemi di

¹ Una recente applicazione della misura della confisca ai sensi dell'art. 322 *ter* c.p. è offerta dalla Cassazione Penale, Sez. VI, 5 agosto 2016, n. 34687, che annullava una sentenza resa dai giudici di merito di secondo grado limitatamente al trattamento sanzionatorio, confermando per il resto la statuizione resa dalla Corte d'Appello di Bologna che, irrogando la sanzione di un anno di reclusione e di un anno di interdizione dai pubblici uffici, ribadiva la responsabilità penale in capo a un consigliere comunale e componente di una commissione consiliare con competenze in materia urbanistica ed edilizia privata il quale accettava la somma di quattromila euro per agevolare alcune pratiche inerenti la riqualificazione di terreni in aree edificabili. Veniva, altresì, confermata la misura della confisca per equivalente di beni mobili o immobili o crediti per l'ammontare di quattromila euro. In dottrina sull'istituto della confisca si consulti Alessandri (2006).

² Si veda la recente sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 14 marzo 2014, n. 12228 che offre una chiara distinzione tra la fattispecie di concussione e quella corruttiva: «Il reato di concussione e quello di induzione indebita si differenziano dalle fattispecie corruttive, in quanto i primi due illeciti richiedono, entrambi, una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o a indurre l'*extraneus*, comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita, mentre l'accordo corruttivo presuppone la par condicio *contractualis* ed evidenzia l'incontro assolutamente libero e consapevole delle volontà delle parti». Nel momento, quindi, in cui si lascia ai privati una certa libertà di autodeterminazione tale ipotesi è incompatibile con la fattispecie della concussione in forma tentata. Ad esempio, se un sindaco proponesse a un imprenditore interessato a un appalto di bonifica sul territorio il versamento di un contributo attraverso un'erogazione a favore della squadra di calcio locale, si inquadrerebbe il caso nella fattispecie di induzione indebita tentata.

incostituzionalità della norma in merito a una disciplina che, vedendo l'incaricato di pubblico servizio destinatario di un trattamento sanzionatorio maggiormente severo, risultava discriminatoria. Peraltro, in giurisprudenza, la Corte di Cassazione era già intervenuta a escludere che il suddetto soggetto attivo non potesse determinare il *metus* richiesto dalla fattispecie.

Interessante segnalare che il legislatore conferma all'art. 7, titolato *Informazione sull'esercizio dell'azione penale per i fatti di corruzione*, il ruolo sempre più rilevante dell'ANAC (determinando interrogativi sul fatto che un eccessivo accentramento di compiti di controllo a un istituto slegato territorialmente dalle realtà coinvolte possa realmente cristallizzare interventi efficienti). Il dettato normativo così recita: «Quando esercita l'azione penale per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis del codice penale, il pubblico ministero informa il presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, dando notizia dell'imputazione». Si segnala, quindi, un'incentivazione dei flussi informativi verso l'ANAC attraverso, altresì, la previsione che l'autorità giudicante amministrativa dovrà, in ordine alle controversie concernenti le materie di cui al comma 1, lettera e) dell'art. 133 del codice della giustizia amministrativa, trasmettere ogni informazione rilevante e inerente a fatti di eventuale violazione della trasparenza.³

2. L'importanza del ruolo del *whistleblower*

Un'ulteriore innovazione attuata dal legislatore consiste nell'introduzione di una circostanza attenuante quale misura premiale per il corrotto e il corruttore pentiti. L'attenuante a effetto speciale *ex art. 323 bis c.p.*, infatti, si applica a tutte le ipotesi corruttive e prevede la diminuzione della sanzione da un terzo a due terzi 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,⁴ ovvero per il sequestro delle somme o altra utilità.

Di conseguenza, sul piano strutturale, è possibile che concorra la circostanza attenuante generica ai sensi dell'art. 62 n. 4 c.p., unitamente all'art. 323 *bis* c.p. Vengono così premiate condotte positive, sul piano materiale o probatorio processuale, senza prevedere un termine antecedente alla sentenza.

³ L'art. 8, terzo comma, legge n. 69/2015 prevede letteralmente: «All'art. 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, dopo il comma 32 è inserito il seguente: 32 *bis*. Nelle controversie concernenti le materie di cui al comma 1, lettera e), dell'art. 133 del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il giudice amministrativo trasmette alla commissione ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito ad una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza».

⁴ La *ratio* dell'introduzione di istituti premiali a favore del collaboratore origina anche da riflessioni di natura economica dato che il problema del fenomeno corruttivo non può essere affrontato solo tramite la matrice penalistica. In un'ottica economica il singolo atto corruttivo può essere sistemico e pervasivo e pertanto come obiettivo ci si pone la riduzione della discrezionalità di azione dell'operatore, generalmente dirigenziale.

Ci si interroga, comunque, sulla effettiva attuazione in concreto della norma in quanto il soggetto segnalatore sarà incentivato solo da un effettivo e concreto vantaggio a collaborare.

Si rileva, inoltre, che l'introduzione di fattispecie che incentivino la collaborazione dei partecipi del reato origina dalla circostanza che la condotta corruttiva non si fonda più su meri meccanismi bilaterali tra corrotto e corruttore, ma su rapporti triangolari;⁵ circostanza che ha determinato la creazione di nuove fattispecie attraverso la riforma del 2012 quali l'art. 346 *bis* c.p., titolato *Traffico di influenze illecite*. La segnalazione, infatti, interrompe la dualità del patto corruttivo che prevede oggi modalità di esplicazione differenti e dilatate nel lungo periodo quale il caso, ad esempio, della tangente pagata a rate e in tempi diversi dall'imprenditore a centri di potere politico riconducibili a interessi diversi. Tale istituto permette l'emersione di condotte corruttive che, si ripete, prevedono l'intervento di soggetti terzi quali intermediari come, ad esempio, l'ipotesi di un consulente che occulti la tangente attraverso l'emissione di fatture aventi quale oggetto consulenze fittizie.

La *ratio* della norma è di assicurare la tutela del dipendente, mantenendo riservata la sua identità e valutando solo le segnalazioni precise e dettagliate. Resta comunque fermo che l'Autorità prende in considerazione anche le segnalazioni anonime, ove queste siano adeguatamente circostanziate e rese con dovizia di particolari, ove cioè siano in grado di far emergere fatti e situazioni relazionandoli a circostanze determinate.

Resta ferma anche la distinta disciplina relativa ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio che, in presenza di specifici presupposti, sono gravati da un vero e proprio dovere di riferire senza ritardo anche, ma non solo, fatti di corruzione, in virtù di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 331 del codice di procedura penale e degli artt. 361 e 362 del codice penale. L'obbligo di denuncia in base alle suddette previsioni del codice penale e di procedura penale e la possibilità di segnalare disfunzioni e illeciti come dipendente pubblico, ai sensi dell'art. 54 *bis* del decreto legislativo n. 165/2001, hanno un diverso rilievo. La disciplina penalistica si fonda su un vero e proprio obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, anche ma non solo, riferita ai reati in materia di corruzione, limitatamente a determinate categorie di soggetti e in presenza di specifici presupposti.

La segnalazione al superiore gerarchico, al responsabile della prevenzione della corruzione o all'ANAC non sostituisce però quelle dovute all'autorità giudiziaria. L'art. 54 *bis* del decreto legislativo n. 165/2001 prevede espressamente che il dipendente pubblico possa segnalare le «condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro».

Possono essere oggetto di denuncia: sprechi, nepotismo, demansionamenti, ripetuto mancato rispetto dei tempi procedurali, assunzioni non trasparenti, irregolarità contabili, violazione delle norme ambientali e di sicurezza sul lavoro. Ciò appare in linea, peraltro, con il concetto di corruzione preso a riferimento nella circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 1 relativo all'anno 2013, volto a ricomprendere le varie 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.

⁵ Cfr. Fiandaca (2000).

Vengono, altresì, previste alcune misure di tutela per il segnalatore dipendente. Il medesimo, infatti, che segnala condotte illecite, è tenuto esente da conseguenze pregiudizievoli in ambito disciplinare e tutelato in caso di adozione di «misure discriminatorie, dirette o indirette, aventi effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia». La norma, in sostanza, è volta a proteggere il dipendente che, per via della propria segnalazione, rischi di vedere compromesse le proprie condizioni di lavoro.

3. Alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali

In premessa si è già esordito rilevando come il legislatore ha avvertito la necessità di intervenire con l'introduzione di riforme in ordine alle fattispecie corruttive al fine di adeguarsi, sul piano empirico, alle nuove forme di manifestazione della condotta corruttiva. La tangente viene, infatti, sostituita da meccanismi di triangolazione e si ritiene opportuno sanzionare la condotta corruttiva indipendentemente dal rapporto cronologico tra il cristallizzarsi del patto e il compimento dell'atto d'ufficio oggetto di mercimonio.⁶

Dall'esame dei recenti orientamenti giurisprudenziali, che di seguito si citeranno, si evince che il contenuto del patto corruttivo assume nuove manifestazioni, tra le quali la disponibilità del pubblico agente corrotto che si impegna non già ad adottare un atto del proprio ufficio, quanto piuttosto a far valere il suo peso istituzionale sul pubblico agente competente all'emanazione dell'atto cui è interessato il corruttore; esercitando un'attività di influenza, il corrotto, quindi, si impegna ad assicurare protezione al corruttore nei suoi futuri rapporti con l'amministrazione, cosicché la tangente assume connotati diversi rispetto alla classica dazione di denaro.

Diverse questioni sono state affrontate dai giudici di legittimità in ordine alla natura dell'atto contrario al proprio ufficio, tipico della condotta corruttiva.

La Cassazione Penale, Sez. VI, con sentenza datata 6 giugno 2016, n. 23355 ha così, infatti, statuito:

Il delitto di corruzione appartiene alla categoria dei reati 'propri funzionali' perché elemento necessario di tipicità del fatto è che l'atto o il comportamento oggetto del mercimonio rientri nelle competenze o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale appartiene il soggetto corrotto; occorre, cioè, che sia espressione, diretta o indiretta, della pubblica funzione esercitata da quest'ultimo, con la conseguenza che non ricorre il delitto di corruzione passiva se l'intervento del pubblico ufficiale in esecuzione dell'accordo illecito non comporti l'attivazione di poteri istituzionali propri del suo ufficio o non sia in qualche maniera a questi ricollegabili. Ne discende che, ai fini della configurabilità del reato di corruzione propria, non è determinante che il fatto contrario ai doveri d'ufficio sia ricompreso nell'ambito delle specifiche mansioni del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, ma è necessario e sufficiente che si tratti di un atto rientrante nelle competenze dell'ufficio cui il soggetto appartiene e in relazione al quale egli eserciti, o possa esercitare, una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto.⁷

⁶ Cfr. Padovani (2012) e Pulitanò (2012).

⁷ In via di completezza si sottolinea che i giudici segnalano che perché si possa parlare di corruzione pro-

Con una recente sentenza resa dalla Cassazione Penale, Sez. VI, datata 10 aprile 2015, n. 24535, si è intervenuti a confermare la punibilità dell'*extraneus* all'accordo corruttivo. Si ritengono, infatti, punibili le condotte di una persona non appartenente alla pubblica amministrazione che aveva assunto stabilmente la funzione di collegamento tra il pubblico ufficiale, suo diretto referente, e il privato, il quale ultimo erogava una remunerazione mensile a titolo di corrispettivo di detti suoi servizi e, nel contempo, di remunerazione degli atti infedeli contrari ai doveri d'ufficio perpetrati dal pubblico ufficiale medesimo. I giudici di legittimità contestavano il reato sotto forma il concorso di persone *ex art.* 110 c.p., in quanto il concorso eventuale nella corruzione è possibile, non solo se il contributo dell'*extraneus* si realizza nella forma della determinazione o del suggerimento fornito all'uno o all'altro dei concorrenti necessari, ma anche se si risolve in un'attività di intermediazione finalizzata a realizzare il collegamento tra detti concorrenti.⁸

E ancora i giudici di legittimità sono dovuti intervenire dinanzi a nuove forme di manifestazione delle condotte corruttive a disciplinare il rapporto tra la figura di cui all'art. 318 c.p. e art. 319 c.p. Si ritiene, così, che lo stabile asservimento del pubblico ufficiale a interessi personali di terzi, attraverso il sistematico ricorso ad atti contrari a doveri d'ufficio non predefiniti, né specificamente individuabili *ex post*, integri il reato di cui all'art. 319 c.p. e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione *ex art.* 318 c.p. con la precisazione che costituiscono atti contrari ai doveri d'ufficio non solo quelli illeciti o illegittimi, ma anche quelli che, pur formalmente regolari, prescindono, per consapevole volontà del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, dall'osservanza di doveri istituzionali espressi in norme di qualsiasi livello, ivi compresi quelli di correttezza e imparzialità.

Sempre esaminando la giurisprudenza più recente risultano maggiormente frequenti le statuizioni di riconoscimento di somme provvisoriali a titolo risarcitorio da versarsi a

pria non è determinante che il fatto contrario ai doveri d'ufficio sia compreso nell'ambito delle mansioni specifiche del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, ma che rientri nella sfera della relativa competenza. Nel caso preso in esame, la Cassazione sottolinea che la commissione Ambiente, nella quale l'imputato lavorava, non aveva competenze nella materia oggetto di appalti e che il medesimo non era neppure componente di comitati parlamentari sull'estrazione del petrolio. In ogni caso, avverte la sentenza, le condotte contestate, al di là di qualsiasi questione sull'esistenza della promessa di denaro, potrebbero semmai assumere rilevanza penale ad altro titolo: è il caso del traffico d'influenze (inapplicabile però all'epoca dei fatti) che sanziona chi, sfruttando relazioni con un pubblico ufficiale, fa dare a sé o ad altri denaro o altri vantaggi patrimoniali. Inoltre viene ricordato un principio importante e cioè che la declaratoria di condanna penale presuppone la certezza della colpevolezza mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, ma la mera non certezza della colpevolezza.

⁸ In via di completezza, si noti che non v'è sovrapposizione con la c.d. 'mediazione onerosa' *ex art.* 346 *bis* c.p., introdotta dalla legge n. 190 del 2012, (titolato traffico di influenze illecite), giacché detta mediazione in realtà presuppone uno schema bipolare tra terzo e intermediario e non una triangolazione con l'*intraneus*. La creazione di tale fattispecie rappresenta l'intento del legislatore di creare condotte prodromiche rispetto alla corruzione propria. Tale figura rappresenta una figura speciale rispetto a quella di millantato credito *ex art.* 346 c.p., che prevede l'irrogazione della sanzione della reclusione da uno a cinque anni e della multa in capo a chi, millantando un credito verso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato.

favore delle pubbliche amministrazioni da parte dei condannati per i reati di corruzione. La Corte di Cassazione, Sez. III Civile, con sentenza del 24 aprile 2015, n. 8394 rigettava il ricorso avanzato da un imputato condannato in solido con gli altri imputati al pagamento a favore della parte civile (un Comune ligure) di un milione e duecentomila euro per il danno all'immagine determinato per il concretizzarsi dei reati *ex art. 319 c.p. e art. 319 bis c.p.* La Corte d'Appello aveva riformato la sentenza del Tribunale di primo grado, che aveva ritenuto insussistente il danno in quanto non allegato e provato dalla pubblica amministrazione. I giudici di legittimità ritenevano corretta la statuizione resa dalla Corte d'Appello in quanto si segnalava che i reati di corruzione commessi da rappresentanti di un ente pubblico sono suscettibili di produrre offese al decoro e al prestigio delle istituzioni, che in conseguenza di tali reati andava riconosciuto il danno all'immagine del Comune e che tale danno risultava dal rilievo giornalistico, trattandosi di fatti commessi in sede di organizzazione di un evento conosciuto a livello nazionale, che la vicenda *de qua* aveva avuto un impatto negativo sulla popolazione, inducendo sfiducia sul corretto funzionamento dell'amministrazione.

Diventa, quindi, sempre più importante tutelare l'immagine della pubblica amministrazione, tanto che i giudici di legittimità condizionano la concessione delle circostanze attenuanti generiche in capo all'imputato condannato in base alla gravità e sistematicità della condotta illecita consumata, ma anche in base alla entità del danno all'immagine determinato in capo all'ente pubblico. Si ritiene utile, a riguardo, citare la sentenza resa dalla Cassazione Penale, Sez. VI, 27 settembre 2016, n. 40237 che non concedeva le attenuanti generiche sulla base della valutazione della condotta posta in essere dall'imputato e sulla base dell'entità del danno determinato alla pubblica amministrazione. I giudici di legittimità riqualeficavano i fatti contestati nei cinque capi di imputazione in un unico reato ai sensi dell'art. 319 c.p., annullando la sentenza impugnata e rinviando per la rideterminazione della pena ad altra sezione della Corte d'Appello di Venezia. Si ribadiva, infatti, la colpevolezza di un geometra tecnico istruttore per la direzione e sviluppo del territorio del Comune di Venezia che riceveva indebitamente denaro da un geometra libero professionista consulente dell'associazione albergatori offerto allo scopo di ottenere favori e vantaggi nell'interesse di soggetti privati richiedenti concessioni, autorizzazioni e altri provvedimenti amministrativi quali, ad esempio, l'anticipazione di emissione di provvedimenti, rettifiche o approvazioni di progetti.

Si ritiene, infine, opportuno citare una recente sentenza resa dalla Cassazione Penale, Sezioni Unite, datata 27 maggio 2016, n. 22474, che conferma come il falso in bilancio possa essere considerato un reato spia dei fenomeni corruttivi. Invero, attraverso l'apposizione contabile di false fatturazioni vengono costituiti i c.d. 'fondi neri', che possono essere destinati al pagamento di tangenti o alla consumazione di altre attività *contra legem*. I giudici di legittimità sanciscono altresì che escludere dal novero dei falsi punibili quello valutativo significherebbe frustrare le finalità della legge volta a perseguire ogni illecita attività preordinata ad alimentare o a occultare il fenomeno della corruzione. Il falso valutativo, quindi, mantiene il suo rilievo penale.⁹

⁹ Tale assunto è in linea con il novellato art. 2621 c.c. attraverso l'art. 9 della legge n. 69/2015 che lette-

4. I Piani triennali per la prevenzione della corruzione alla luce delle linee guida ANAC del 2016

È ormai noto che il responsabile per la prevenzione della corruzione (di seguito denominato anche RPC) è deputato alla redazione del Piano triennale per la prevenzione della corruzione (PTPC), mentre la pubblica amministrazione di riferimento è tenuta alla successiva adozione entro il 31 gennaio di ciascun anno, curandone la trasmissione all'ANAC e al Dipartimento della Funzione Pubblica. In tale sede si offrirà un commento in merito all'utilità di soffermarsi su alcune misure di prevenzione del fenomeno corruttivo durante la redazione dei PTPC.

In ordine ai contenuti, di certo, imprescindibile sarà la presenza dell'illustrazione dei codici di comportamento, la descrizione delle misure di trasparenza, l'indicazione dei criteri di rotazione del personale¹⁰ (distinguo tra rotazione ordinaria e straordinaria, indicazione dei vincoli soggettivi quali il congedo parentale e oggettivi quale l'assenza di competenze alla rotazione, misure di eventuale preventivo affiancamento). Tra i criteri di rotazione vi sono, ad esempio: a) quello dell'individuazione degli uffici da sottoporre a rotazione; b) la fissazione della periodicità della rotazione; c) le caratteristiche della rotazione, se funzionale o territoriale. Inoltre, ogni realtà organizzativa dovrà indicare eventuali soluzioni a problematiche sopravvenute nell'attuazione, ad esempio, della rotazione. Nella specie, infatti, potrebbe accadere nel caso di pubbliche amministrazioni di piccole dimensioni che, attuando il criterio della rotazione, si determini un vuoto di competenza. Uno dei rimedi potrebbe consistere nell'affiancare, prima del verificarsi della rotazione, il soggetto che turnerà. Nel caso in cui la rotazione determinasse un pericolo di demansionamento si potrebbe istituire, altresì, lo strumento dell'interpello per cercare volontari disposti alla attuazione del suddetto criterio rotativo. Si devono, poi, a sua volta introdurre dei limiti allo strumento dell'interpello al fine di evitare eccessive richieste dirette agli uffici della pubblica amministrazione.

E ancora, non si potrà prescindere dall'indicare l'organizzazione del sistema di monitoraggio sull'attuazione del PTPC con individuazione dei referenti, dei tempi e delle

ralmente recita: «Fuori dai casi previsti dall'art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni. La stessa pena si applica anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi».

¹⁰ Ad esempio la c.d. 'rotazione funzionale' consiste nella rotazione periodica dei responsabili dei procedimenti o delle relative istruttorie, applicando anche la rotazione dei funzionari che facciano parte di commissioni interne all'ufficio o all'amministrazione. Ancora, a titolo esemplificativo, nel caso di uffici a diretto contatto con il pubblico che hanno anche competenze di *back office*, si potrebbe prevedere l'alternanza di chi opera a diretto contatto con il pubblico, in alcuni uffici (ad esempio Soprintendenze) potrebbe essere opportuno modificare periodicamente l'ambito delle competenze territoriali affidate a ciascun funzionario (cfr. delibera ANAC n. 831 del 3 agosto 2016).

modalità di informativa, nonché le procedure per la selezione del personale. Ad esempio, potrebbe prevedersi la circostanza che l'accertamento sui precedenti penali avvenga mediante acquisizione d'ufficio, ovvero mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione resa dall'interessato nei termini e alle condizioni dell'art. 46 D.P.R. n. 445/2000. Se all'esito della verifica risultassero a carico del personale interessato dei precedenti penali per delitti contro la pubblica amministrazione, si dovrà prevedere l'astensione della pubblica amministrazione dal conferire l'incarico o dall'effettuare l'assegnazione.

Inoltre si dovrà indicare la predisposizione di protocolli di legalità per gli affidamenti e imprescindibile sarà l'illustrazione del Codice Etico.

Per le società partecipate si ritiene opportuno prevedere una indicazione dei seguenti profili:

- a. principi generali: missione imprenditoriale;
- b. norme per le relazioni tra impresa e *stakeholder*;
- c. standard di comportamento;
- d. sanzioni interne.

L'ANAC, nell'anno 2016, ha predisposto, altresì, un nuovo modello ispiratore per la pubblica amministrazione suddiviso in una prima parte generale, dove vengono selezionate le modalità di stesura dei piani, e una parte speciale di approfondimento su specifiche materie che coinvolgono diversi soggetti e amministrazioni (piccoli comuni, ordini e collegi professionali).¹¹

L'ANAC si sofferma in particolare sulla materia 'Sanità', dedicando il titolo VI all'illustrazione dei requisiti del ruolo del responsabile della corruzione e approfondendo, altresì, il settore delle modalità di acquisto in ambito sanitario, le nomine, la rotazione del personale e i rapporti con i soggetti erogatori (argomento che verrà trattato sul piano empirico in sede del successivo paragrafo).

Esaminando, quindi, quanto sopra descritto, le evidenti novità rispetto all'anno 2013 consistono nella semplificazione delle attività attraverso l'unificazione in un solo strumento del PTPC e del programma triennale della trasparenza e dell'integrità (PTTI), soprattutto a seconda delle caratteristiche dimensionali delle amministrazioni.

Di certo, tale intervento ha quale fonte le problematiche sollevate dall'ANAC nella relazione annuale datata 14 luglio 2015 in cui si segnala l'esigenza che il contesto normativo nel quale operano le diverse pubbliche amministrazioni debba divenire più chiaro e semplice. Si sottolinea, infatti, che i PTPC adottati negli enti sono apparsi più come

¹¹ In data 4 novembre 2016 l'ANCI Lombardia ha pubblicato un manuale per supportare i Comuni nell'affrontare l'elaborazione dei Piani triennali per la Prevenzione della Corruzione approvati entro il 31 gennaio 2017. Si segnala l'indicazione della configurazione del sistema di gestione per la prevenzione della corruzione che prevede per le pubbliche amministrazioni l'espletamento di sette attività (con distinguo per i piccoli comuni inferiori a 15.000 abitanti) che si caratterizzano nella definizione delle responsabilità, l'analisi del contesto, la mappatura dei processi, la valutazione del rischio, il controllo delle attività a rischio di corruzione, la gestione della *performance*, il miglioramento continuo; cfr. [ANCI Lombardia]. URL: <www.anci.lombardia.it> [data di accesso: 27/07/2017].

una sorta di adempimento che veri e propri strumenti preventivi (tale problematica sorge anche sul versante privatistico ove talvolta i modelli organizzativi *ex decreto legislativo* n. 231/2001¹² si limitano a essere strumenti cartacei privi del connotato dell'effettività e operatività). Si sono previste così azioni di semplificazione per gli enti più piccoli per evitare l'esistenza di piani lontani dalle realtà organizzative.

Si rileva, altresì, in tale relazione, che il nuovo codice dei contratti approvato con il decreto legislativo n. 50/2016, contenente novità importanti per gli enti pubblici, non ha previsto alcuna *vacatio legis* e la sua applicazione immediata a far data dal giorno successivo alla pubblicazione in «Gazzetta ufficiale» ha generato non poca confusione.¹³

Di certo, un argomento protagonista del PNA 2016 è l'illustrazione dello strumento della trasparenza che, sin attraverso il decreto legislativo n. 33 del 2013, prevede per la pubblica amministrazione degli obblighi di pubblicizzazione, tra cui vanno ricordati quelli relativi agli enti pubblici vigilati e di diritto privato in controllo pubblico che comprendono l'aggiornamento annuale dei suddetti elenchi e l'indicazione dell'onere complessivo gravante per l'anno sul bilancio dell'amministrazione. Si rende necessario indicare, altresì, la sanzione in caso di omessa o incompleta pubblicazione, che è costituita dal divieto di erogazione in favore degli enti sopra indicati di somme, a qualsivoglia titolo, da parte dell'amministrazione interessata.

Esaminando i doveri di pubblicazione in ambito di procedure di affidamento di appalti, individuate come attività a rischio corruzione ai sensi dell'art. 2, lettera b), legge n. 190 del 2012, si possono individuare e distinguere quattro fasi.

Lo strumento della trasparenza come prevenzione del rischio corruttivo interviene, in una prima fase, attraverso la pubblicazione dei criteri per gestire le varie forme di consultazione preliminare di mercato con i soggetti privati e con le associazioni di categoria, prevedendo la rendicontazione sintetica degli incontri (anche di quelli eventualmente aperti al pubblico). Si prevede l'indicazione trasparente dell'elenco dei soggetti abilitati a svolgere la funzione di responsabili del procedimento di gara, accompagnato dai relativi *curricula* (nel rispetto della normativa sulla tutela della riservatezza); per le centrali di committenza si prevede la pubblicazione periodica dello stato di avanzamento dei lavori per la realizzazione delle iniziative programmate, inclusa la previsione della conclusione del procedimento (al fine di evitare, come si dirà di seguito, contestualizzato al mondo sanitario, il rischio che venga utilizzato lo strumento dei provvedimenti di concessione di proroghe per la consumazione del fenomeno corruttivo).

¹² Analizzando, per un attimo, l'ambito privatistico si sottolinea come al fine di prevenire il fenomeno corruttivo si renda necessaria, ad esempio, una distinzione tra l'ufficio vendite e l'ufficio pagamenti, al fine di evitare che soggetti siano destinatari di offerte corruttive, al fine di selezionare ditte esterni fornitrici. La figura che potrebbe essere, quindi, più esposta a tale rischio è il direttore generale il quale se potesse in essere l'accettazione dell'offerta corruttiva potrebbe determinare il danneggiamento della libera concorrenza. Da tali analisi empiriche nasce così l'esigenza che le società partecipate attuino dei modelli organizzativi che si concentrino sull'esame dei reati presupposto in ordine alle aree di rischio che risulteranno differenti a seconda della realtà aziendale; cfr. Alessandri (2002).

¹³ Cfr. [ANAC-Autorità Nazionale Anticorruzione]. URL: <www.anticorruzione.it> [data di accesso: 27/07/2017].

Nella seconda fase di istituzione delle commissioni di gara, si ritiene opportuno che le stazioni appaltanti pubblicino le seguenti informazioni: tempestiva pubblicazione dei nominativi e dei *curricula* dei commissari selezionati, in conformità a quanto previsto all'art. 29 del decreto legislativo n. 50/2016; la modalità di scelta dei commissari, in caso di nomina da parte della stazione appaltante di componenti interni alla stessa; le modalità con cui procedere al sorteggio in caso di nomina di componenti esterni ai sensi dell'art. 77 del decreto legislativo n. 50/2016; il calendario delle sedute di gara. Tale seconda fase, è evidente, mira a tutelare il dettato dell'art. 97 Cost. e in particolare l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Nella fase di aggiudicazione e stipula del contratto è opportuno, poi, che sia effettuato il monitoraggio del tempo intercorrente tra l'aggiudicazione e la data di stipula del contratto.

Nella quarta fase di esecuzione del contratto i committenti, infine, sono tenuti a rendere pubblici gli eventuali provvedimenti che prevedano varianti contrattuali.

Tornando a esaminare ulteriori azioni preventive da indicare in sede di PTPC si sottolinea che risulta essere importante il riferimento alle procedure di controllo da parte dell'RPC in ordine ai casi di incompatibilità e inconferibilità degli incarichi, dato atto che in data 13 maggio 2016 l'ANAC ha pubblicato alcune linee guida in materia, sempre sul sito istituzionale. Diventa, quindi, necessario illustrare all'interno del piano le procedure di controllo, i termini relativi al medesimo procedimento nonché gli eventuali effetti che si determinano in caso di contestata inconferibilità o incompatibilità. Dovrà indicarsi, altresì, l'eventuale esercizio del potere sanzionatorio da parte del responsabile (eventuale perché subordinato all'accertamento della sussistenza di una causa di inconferibilità, ovvero alla dichiarazione di nullità dell'incarico), che comporta inevitabilmente l'obbligo per lo stesso di portare a conoscenza dei soggetti che hanno conferito l'incarico, e che sono, ai sensi del primo e secondo comma dell'art. 18 del decreto legislativo n. 39/2013, astrattamente possibili destinatari della sanzione inibitoria, l'atto di contestazione della presunta violazione, notificato al soggetto cui è stato conferito l'incarico.

Allo stesso modo, dovranno citarsi le modalità di accertamento della sussistenza di eventuali criteri di ascrizione soggettiva di responsabilità in caso di illegittimo affidamento di incarichi. Il procedimento avviato dal RPC è un distinto e autonomo procedimento, che si svolge nel rispetto del contraddittorio e che è volto ad accertare la sussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa, anche lieve, in capo all'organo conferente. All'esito del suo accertamento il RPC irroga, se del caso, la sanzione inibitoria di cui all'art. 18 del decreto legislativo n. 39/2013. Per effetto di tale sanzione, l'organo che ha conferito l'incarico non potrà, per i successivi tre mesi, procedere al conferimento di incarichi di propria competenza.

Inoltre, ad avviso della scrivente, non può essere tralasciato, all'interno di un PTPC, un riferimento ai rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare al fine, in un'ottica deterrente, di illustrare le conseguenze in caso di commissione di reati corruttivi all'interno della pubblica amministrazione.¹⁴ Di certo, dovrà essere posto in evidenza

¹⁴ Si evidenzia che il pubblico dipendente nello svolgimento del rapporto di lavoro può essere destinatario dell'iscrizione di quattro tipologie di responsabilità: una di natura civile ai sensi dell'art. 2043 c.c. in caso

l'abbandono della pregiudizialità della declaratoria di natura penale e il rischio però di sospensione dal servizio in capo al pubblico dipendente che ponga in essere un reato contro la pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 4 della legge n. 97, datata 27 marzo 2011.¹⁵ Si dovrà altresì affrontare il rilievo delle sanzioni accessorie¹⁶ quale l'interdizione temporanea dai pubblici uffici e l'interdizione perpetua dagli stessi, in relazione all'esclusione dell'emanazione di qualsiasi provvedimento automatico di licenziamento.

In conclusione, dovendo fornire un'esemplificazione di piano a una pubblica amministrazione di medie dimensioni, lo schema non potrà escludere i seguenti elementi:

1. premessa normativa in ordine alle fattispecie corruttive dalla legge n. 190 del 2012 alla legge n. 69 del 2015;
2. indicazione delle aree mappate di rischio, criteri utilizzati per la relativa individuazione e modalità per la prevenzione;
3. illustrazione del Codice di Comportamento;
4. indicazione delle modalità di disciplina degli incarichi e dell'attribuzione dei ruoli dirigenziali;
5. indicazione degli strumenti di tutela del *whistleblower*;
6. dettaglio in ordine agli strumenti di monitoraggio dei rapporti tra amministrazione e aziende esterne;
7. illustrazione delle iniziative per l'erogazione di contributi e sovvenzioni;
8. rinvio al patto d'integrità;
9. cronoprogrammazione dell'attuazione del PTPC e dei relativi aggiornamenti.

I suddetti elementi indicati, imprescindibili ad avviso della scrivente, fanno divenire protagonista l'esigenza della attuazione della trasparenza, del controllo di gestione (per

di determinazione di un danno a terzi, di natura penale in caso di commissione di una fattispecie delittuosa, amministrativo-contabile se la condotta del lavoratore determina un danno erariale ovvero di natura disciplinare se viola gli obblighi di condotta sanciti direttamente dalla legge o dal Codice di Comportamento o dal contratto collettivo nazionale di lavoro. Di certo la *ratio* delle suddette possibili manifestazioni di responsabilità origina dall'art. 28 Cost. che recita: «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti».

¹⁵ L'art. 4 intitolato *Sospensione a seguito di condanna non definitiva* recita letteralmente: «I. Nel caso di condanna anche non definitiva, ancorché sia concessa la sospensione condizionale della pena, per alcuno dei delitti previsti dall'art. 3, comma 1, i dipendenti indicati nello stesso articolo sono sospesi dal servizio; II. La sospensione perde efficacia se per il fatto è successivamente pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione anche non definitiva e, in ogni caso, decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato».

¹⁶ Si ricorda come due giuristi, Braithwaite e Geis, sulla base della definizione di *corporate crime* («as conduct of a corporation, or of individuals acting on behalf of a corporation, that is proscribed and punishable by law»), elencano sei suoi aspetti differenti («six basic propositions») rispetto a quelli dei reati tradizionali tra cui il rilievo della maggiore efficienza deterrente dell'intervento della sanzione interdittiva nel reato «per colpa d'organizzazione»; Braithwaite, Geis (2001, p. 362). In ordine a una analisi giuridico-economica dello strumento della sanzione penale si consulti Paliero (2005).

le società partecipate) e della collaborazione dall'interno come già indicato in sede di *Foreign Corrupt Practices Act*.

In un'ottica di analisi comparata, infatti, si sottolinea come il suddetto testo di origine statunitense, promulgato nel 1977 e successivamente emendato nel 1998, che avrebbe ispirato anche la convenzione OCSE del 17 dicembre 1997, impedisce e sanziona il versamento di somme di denaro a favore di funzionari pubblici stranieri, tentando di ispirare una cultura della legalità all'interno dell'organizzazione.¹⁷

5. L'adozione del Piano triennale di prevenzione della corruzione in ambito sanitario

Si ritiene opportuno analizzare attraverso l'offerta di un modello empirico la struttura di un Piano triennale anticorruzione in ambito sanitario.

Si segnala in premessa che la delibera ANAC n. 831 del 3 agosto 2016 indica alcune possibili soluzioni organizzative per preservare il Servizio Sanitario Nazionale dal rischio di eventi corruttivi (con specifico riferimento al contesto strutturale, sociale ed economico in cui si collocano e operano le istituzioni medesime) e per innalzare il livello globale di integrità, di competenza e di produttività del sistema sanitario nazionale, a partire dall'aumento dell'efficacia e dell'efficienza delle singole unità operative in cui si articola.¹⁸

Il modello di un PTPC nell'area sanitaria, dopo una premessa che indichi le fonti a sostegno dello stesso tra cui anche gli orientamenti ANAC, non può prescindere

¹⁷ Il *Foreign Corrupt Practices Act*, nato subito dopo lo scandalo Watergate che colpì l'allora presidente Richard Nixon, proibisce e sanziona le condotte poste in essere dai componenti delle società americane, finalizzate a corrompere i funzionari esteri allo scopo di ottenere vantaggi economici dando, altresì, delle linee guida per il diffondersi di una cultura della legalità. Sul piano repressivo è interessante notare che viene punito anche il soggetto inconsapevole del versamento illecito per finalità corruttive il quale, però, avrebbe dovuto controllare la natura dello stesso. Di conseguenza viene punito anche il soggetto che poteva essere a conoscenza della finalità illecita del versamento. Inoltre, al fine di permettere alle società di comprendere più facilmente quali condotte fossero effettivamente illecite, in assenza di specifiche *guidelines* regolatrici della materia, le autorità statunitensi hanno adottato una procedura di confronto tra le imprese e l'autorità pubblica. Inoltre sono state dedicate delle linee telefoniche (c.d. 'ethics hotlines'), ove è possibile chiedere chiarimenti in merito alla natura illecita o meno di eventuali condotte, nonché denunciare eventuali comportamenti illeciti; così Banks, Banks (2016, p. 48).

¹⁸ Vengono, infatti, illustrati i requisiti che devono sussistere in capo al RPCT tra cui la conoscenza dell'organizzazione sanitaria (ospedaliera/territoriale) e dei diversi processi che costituiscono gli elementi fondamentali per la produzione di servizi sanitari; la conoscenza dei processi amministrativi e gestionali; la capacità di valutare il contesto in cui opera un'azienda sanitaria e gli snodi importanti di funzionamento della macchina assistenziale e amministrativa sulla base anche della conoscenza intersettoriale dell'azienda sanitaria e della rete di relazioni interne ed esterne della stessa in ambito locale, regionale ed extraregionale; la conoscenza degli strumenti di programmazione aziendale e del sistema di valutazione delle *performance* per le necessarie interconnessioni tra questi e il PTPC. Inoltre si è sottolineata la necessità autonomia di valutazione che deve assumere il responsabile della prevenzione della corruzione. L'imparzialità che deve caratterizzare il ruolo del responsabile anticorruzione investe tutti gli ambiti. Si pensi, infatti, ad esempio, alla scelta in ambito delle strutture universitarie pubbliche, al fine di ottemperare il suddetto principio di imparzialità del direttore generale quale responsabile della prevenzione della corruzione ovvero il segretario generale in relazione alla realtà dei Comuni.

dall'indicazione delle aree di rischio individuate spesso: nell'area di approvvigionamenti e servizi, area clinica, area del personale, area economica e finanziaria, il settore di gestione delle liste d'attesa, la sperimentazione e la ricerca, i rapporti con le case farmaceutiche, il settore della formazione quando viene, in particolare, sponsorizzato da ditte esterne.

Può essere utile ideare un registro di mappatura dei rischi ove si evidenzino i settori di maggiore emersione del fenomeno corruttivo quali l'area di affidamento di lavori, servizi e forniture. Elevato, infatti, può essere il rischio del cristallizzarsi di accordi collusivi tra imprese partecipanti a una gara volti a manipolare gli esiti, utilizzando il meccanismo del subappalto come modalità per distribuire i vantaggi dell'accordo a tutti i partecipanti dello stesso, così come l'uso distorto del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Allo stesso modo uno strumento per il radicarsi del fenomeno corruttivo può essere rappresentato dall'ammissione di varianti in corso di esecuzione del contratto per consentire all'appaltatore di recuperare lo sconto effettuato in sede di gara o di conseguire extraguadagni. Rischioso può essere, altresì, un abuso del provvedimento di revoca del bando di gara al fine di bloccare una gara il cui risultato si sia rilevato diverso da quello atteso o di concedere un indennizzo all'aggiudicatario.

Merita attenzione anche l'abuso nell'adozione di provvedimenti aventi a oggetto condizioni di accesso a servizi pubblici al fine di agevolare particolari soggetti quali, ad esempio, il rilascio di ausili a non aventi diritto, la consegna di provvedimenti non corredati da documentazione medica, la trasmissione di certificazione medica non veritiera, il riconoscimento indebito dell'esenzione dal pagamento del ticket sanitario, l'utilizzo di falsa documentazione per agevolare taluni soggetti nell'accesso a fondi comunitari.

Sul fronte della gestione del rischio, oltre alla preliminare analisi del contesto esterno, di certo, nell'elenco delle azioni utili saranno imprescindibili gli strumenti utilizzati per l'attuazione della trasparenza, il Codice di Comportamento, la formazione e la rotazione del personale, la disciplina dell'istituto dell'astensione in presenza di conflitto d'interesse, il monitoraggio sull'efficienza del piano e il coordinamento con il ciclo della *performance*.

La sezione dedicata alle misure di carattere generale e speciale al fine di prevenire il rischio del fenomeno corruttivo, come già sopra illustrato, riguarderà l'illustrazione delle modalità di rotazione dei dipendenti al fine di evitare che si cristallizzino posizioni di privilegio nella gestione diretta delle attività e al fine di evitare che il medesimo funzionario tratti per lungo tempo i medesimi procedimenti (relazionandosi così sempre con gli stessi utenti). L'esplicazione delle modalità rotative dovrà spiegare i casi di evidente impossibilità a effettuare la suddetta misura a tutela dell'integrità dell'organico e dell'esigenza di mantenere continuità e coerenza di indirizzo delle strutture. È opportuno rilevare che la rotazione organizzativa presenta difficoltà per quanto riguarda il personale dirigente sanitario, in particolare se personale medico, in quanto strettamente legato in tema di competenza alla struttura corrispondente alla propria disciplina di specializzazione. Le suddette difficoltà si presenteranno anche in caso di rotazione determinata da notizia formale di avvio di procedimento penale o di avvio di un procedimento disciplinare per fatti di natura

corruttiva, ferma restando però la valutazione dei presupposti per ritenere sussistente la possibilità di adottare un provvedimento di sospensione del rapporto di lavoro.¹⁹

Un'ulteriore sezione sarà dedicata alla tutela del dipendente che segnala illeciti con l'indicazione, volendo uniformarsi al sopra esposto sistema americano, di un portale web inserito all'interno della sezione amministrazione trasparente deputato alla raccolta delle eventuali segnalazioni da parte dei dipendenti.

Inoltre non potrà mancare un'area dedicata alla disciplina dell'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi e un'area deputata all'adeguamento del percorso attuativo della certificazione dei bilanci. Interessante, infatti, è ricordare che il decreto legislativo n. 39/2013²⁰ prevede che non sia possibile conferire incarichi dirigenziali a coloro che ab-

¹⁹ Si segnala che l'art. 55 *ter* decreto legislativo n. 165/2001, titolato *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, prevede che: «1. Il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale. Per le infrazioni di minore gravità, di cui all'art. 55 *bis*, comma 1, primo periodo, non è ammessa la sospensione del procedimento. Per le infrazioni di maggiore gravità, di cui all'art. 55 *bis*, comma 1, secondo periodo, l'ufficio competente, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, può sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello penale, salva la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente. 2. Se il procedimento disciplinare, non sospeso, si conclude con l'irrogazione di una sanzione e, successivamente, il procedimento penale viene definito con una sentenza irrevocabile di assoluzione che riconosce che il fatto addebitato al dipendente non sussiste o non costituisce illecito penale o che il dipendente medesimo non lo ha commesso, l'autorità competente, ad istanza di parte da proporsi entro il termine di decadenza di sei mesi dall'irrevocabilità della pronuncia penale, riapre il procedimento disciplinare per modificarne o confermarne l'atto conclusivo in relazione all'esito del giudizio penale. 3. Se il procedimento disciplinare si conclude con l'archiviazione ed il processo penale con una sentenza irrevocabile di condanna, l'autorità competente riapre il procedimento disciplinare per adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale. Il procedimento disciplinare è riaperto, altresì, se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa. 4. Nei casi di cui ai commi 1, 2 e 3 il procedimento disciplinare è, rispettivamente, ripreso o riaperto entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione di appartenenza del lavoratore ovvero dalla presentazione dell'istanza di riapertura ed è concluso entro centottanta giorni dalla ripresa o dalla riapertura. La ripresa o la riapertura avvengono mediante il rinnovo della contestazione dell'addebito da parte dell'autorità disciplinare competente ed il procedimento prosegue secondo quanto previsto nell'art. 55 *bis*. Ai fini delle determinazioni conclusive, l'autorità procedente, nel procedimento disciplinare ripreso o riaperto, applica le disposizioni dell'art. 653, commi 1 ed 1 *bis*, del codice di procedura penale».

²⁰ L'art. 3 decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, 1 comma, che detta le disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'art. 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190, letteralmente prevede che: «A coloro che siano stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per uno dei reati previsti dal capo 1 del titolo II del libro secondo del codice penale, non possono essere attribuiti: a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali; b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale; c) gli incarichi dirigenziali, interni e esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale, regionale e locale; d) gli incarichi di ammi-

biano riportato condanne di natura penale per i reati contro la pubblica amministrazione previsti al capo I, titolo II, libro secondo del codice penale anche se con sentenza non passata in giudicato. La stessa condizione vale se i medesimi sono stati componenti di organi di indirizzo politico e da qui origina la necessità di acquisire la dichiarazione sostitutiva di atto notorio sulla insussistenza delle condizioni *ex* decreto legislativo n. 39/2013. Si allinea al suddetto decreto il decreto legislativo n. 165/2001 che all'art. 35 *bis* introduce una misura volta a evitare la presenza di soggetti condannati anche in via non definitiva per i reati contro la pubblica amministrazione all'interno di organi amministrativi cui sono affidati i poteri decisionali. Si esclude la partecipazione, quindi, dei suddetti soggetti ai processi di selezione per il pubblico impiego o per l'affidamento di lavori, forniture e servizi.²¹

In sede di un ideale PTPC in ambito sanitario non potrà mancare, altresì, un riferimento al patto d'integrità con cui i contraenti in sede di gare d'appalto si impegnano al rispetto dei principi di legalità e correttezza. Nella specie, il soggetto concorrente prende nota, nel caso di mancato rispetto degli impegni finalizzati a prevenire e contrastare il fenomeno corruttivo, che verranno irrogate le sanzioni a seconda della fase di gara tra cui, ad esempio, l'esclusione dalla gara, l'escussione della cauzione provvisoria, la risoluzione del contratto, l'escussione della cauzione definitiva. Di conseguenza deriveranno dal suddetto inadempimento responsabilità per il danno arrecato alla struttura sanitaria nella misura che verrà accertata.

Nella prospettiva di rendere efficace la fase applicativa e del monitoraggio, si ritiene utile l'esplicazione di una programmazione temporale in merito agli interventi da attuare nel corso del triennio. Ad esempio, si potrà scadenziare la pubblicazione del PTPC sul sito aziendale con relativa indicazione del soggetto competente (il responsabile della prevenzione della corruzione coadiuvato dal responsabile web aziendale). Si segnalerà la tempistica per l'adeguamento del protocollo sul *whistleblowing* alle linee ANAC e l'aggiornamento del Codice di Comportamento (in tal caso i soggetti competenti saranno il RPC coadiuvato dal responsabile del servizio del personale). Di certo l'indicazione di un maggior numero di soggetti competenti e il relativo coinvolgimento determina un'estesa responsabilizzazione, evitando il rischio di un'eccessiva incombenza in capo al responsabile per la prevenzione della corruzione.

nistratore di ente di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale, regionale e locale; e) gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali del servizio sanitario nazionale».

²¹ L'art. 35 *bis*, introdotto dalla legge n. 190/2012 prevede che: «1. Coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale: a) non possono fare parte, anche con compiti di segreteria, di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi; b) non possono essere assegnati, anche con funzioni direttive, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati; c) non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere. 2. La disposizione prevista al comma 1 integra le leggi e regolamenti che disciplinano la formazione di commissioni e la nomina dei relativi segretari».

Riassumendo quanto sopra illustrato, quindi, l'archetipo di un piano in materia sanitaria potrà prevedere il seguente indice:

1. premessa normativa: dettaglio delle fonti;
2. descrizione del contesto di riferimento e mappatura dei rischi;
3. illustrazione dei ruoli e responsabilità delle strategie di prevenzione;²²
4. organismo indipendente di valutazione (O.I.V.);
5. misure in materia di trasparenza: il ruolo del responsabile della trasparenza e l'istituto dell'accesso civico;
6. Codice di Comportamento;
7. ipotesi di inconferibilità e incompatibilità di incarichi: azione preventive e sanzioni;²³
8. tutela del *whistleblower* e *whistleblowing policy*;
9. formazione;
10. patti d'integrità negli affidamenti;
11. cronoprogramma: tempistica di attuazione e aggiornamento del Piano triennale anti-corruzione.

6. Conclusioni

Il presente contributo sottolinea e ripercorre la recente evoluzione normativa che, dal 2012, è intervenuta al fine di attuare un piano di prevenzione generale allargata del fenomeno corruttivo, anche alla luce delle nuove manifestazioni dell'accordo deviante che vedono come protagoniste nuove figure quali soggetti terzi in veste di intermediari.

Si rilevano, di certo, delle problematiche applicative alla luce del susseguirsi di riforme relative ai reati di corruzione e dinanzi al conio di sanzioni patrimoniali che si affiancano alla classica sanzione custodiale coercitiva.

Positiva è l'attenzione data dall'ordinamento al ruolo del *whistleblower*, mutuata dal sistema anglosassone, che porta a interrogarsi oggi sulla eventuale necessità di implementare un sistema premiale a favore di chi segnala dall'interno gli illeciti.

I vari spunti di riflessione del contributo e il soffermarsi su alcune problematiche hanno quale risultato l'indicazione di alcuni 'elementi essenziali' del Piano triennale di prevenzione della corruzione, alla luce delle linee guida ANAC del 2016, che di certo subirà aggiornamenti futuri, tenendo conto del riferimento comparatistico svolto con il sistema anglosassone.

Si dovrà, infatti, affrontare l'esigenza di intervenire con un maggiore controllo di ge-

²² Esemplificando si illustreranno il ruolo del RPC e le relative funzioni, quello dei dirigenti per l'area di rispettiva competenza nonché gli incarichi dei referenti del RPC.

²³ Tale sezione, come già illustrato in narrativa, riguarderà la descrizione dell'istituto della rotazione del personale, l'obbligo di astensione in caso di conflitto d'interesse, l'incompatibilità per specifiche posizioni dirigenziali, l'attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro tra cui l'istituto del c.d. *revolving doors*, le modalità di formazione di commissioni in caso di condanne per reati contro la pubblica amministrazione.

stione all'interno delle società partecipate e soffermarsi sul quesito se sia opportuno introdurre sistemi premiali.

Si conclude il contributo con il monito a non dimenticare il dettato di Cesare Beccaria in ordine alla finalità della sanzione: «il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali».²⁴

Bibliografia

- Alessandri A. (2006), *Criminalità economica e confisca del profitto*, in Dolcini E., C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, p. 2107.
- Alessandri A. (2002), *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, Ipsoa.
- Banks T.L., F.Z. Banks (2016), *Corporate Legal Compliance Handbook*, New York.
- Beccaria C. (2007), *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Milano, Einaudi.
- Braithwaite J., G. Geis (2000), *On theory and action for corporate crime control*, in Shover N., J. Wright (eds), *Crimes of privilege*, New York, Oxford University Press.
- Cantone R., F. Merloni (2015), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, Giappichelli.
- Fiandaca G. (2000), *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 43/3, pp. 883 ss.
- Forti G. (2003), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da mani pulite*, Milano, Vita e pensiero.
- Padovani T. (2012), *La messa a 'libro paga' del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, «Guida al diritto», 48, pp. ix ss.
- Paliero C.E. (2005), *L'economia della pena (un work in progress)*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 48/4, pp. 1336 ss.
- Pulitanò D. (2012), *La novella in materia di corruzione*, «Cassazione Penale», supplemento al n. 11, pp. 3 ss.
- Rodorf R. (2001), *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, «Le Società», 11, pp. 1297 ss.
- Rovelli F. (1935), *L'art. 185 c.p. e la risarcibilità dei danni non patrimoniali*, «Rivista di diritto privato», II, pp. 33 ss.
- Shrager L.S., J.F. Short (1978), *Toward a sociology of organizational crime*, «Social Problems», 25/4, pp. 407 ss.
- Williams G. (1988), *The unresolved problem of recklessness*, «Legal Studies», 8/1, pp. 74 ss.
- Wray C.A. (1992), *Corporate probation under the new organizational sentencing guidelines*, «Yale Law Journal», 101/8, pp. 2017 ss.

²⁴ Beccaria (2007, p. 49).

Anticorruzione e trasparenza nelle società controllate dalle pubbliche amministrazioni: quali strumenti e quali prospettive?

Pietro Previtali,* Andrea Zatti**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Intervento pubblico e società controllate: opportunità e insidie. – 3. Gli effetti sulla corruzione e la *maladministration*. – 4. La societarizzazione in Italia: alcuni elementi di sintesi. – 5. La prevenzione della corruzione negli enti controllati: il caso italiano. – 6. Alcune evidenze empiriche. – 7. Conclusioni. – Bibliografia.

1. Introduzione

Uno dei fenomeni più diffusi negli ultimi decenni nell'ambito dei modelli attuativi dell'intervento pubblico è stato certamente, in Italia e a livello internazionale, quello della cosiddetta societarizzazione o privatizzazione formale (McDonald 2016; Zatti 2013; Grossi, Reichard 2008; Gavana *et al.* 2007): ovvero la tendenza a svolgere funzioni e servizi per mezzo di società (o altre entità)¹ private quanto a struttura legale, ma ancora sotto lo stretto controllo delle pubbliche amministrazioni responsabili di tali funzioni o servizi. Tale processo, comune soprattutto negli enti locali, ha visto le nuove strutture sorgere dalla trasformazione delle precedenti municipalizzate o aziende speciali per lo svolgimento di una serie disparata di compiti e funzioni. Non solo i servizi a rete tipici delle tradizionali municipalizzate (acqua, gas, igiene urbana, trasporti), ma anche attività quali asili, assistenza domiciliare, farmacie, impianti sportivi, teatri, verde pubblico (e privato) e molto altro ancora. A questi si sono aggiunti servizi non a contatto con il pubblico, ma strumentali all'operatività della macchina amministrativa, quali informatica, manutenzioni e forniture. In altri casi, infine, lo strumento di matrice privatistica è divenuto il mezzo attraverso cui gestire funzioni amministrative, come la gestione di gare, la regolamentazione di mercati, la pianificazione dello sviluppo territoriale o la riscossione di tributi. Nel complesso si tratta di un fenomeno nel quale le amministrazioni di controllo sembrano voler utilizzare le società come strumento strategico della loro azione e nel quale un elemento centrale, da valutare

* Professore Associato, Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali, Università di Pavia; Delegato del Rettore per le Risorse umane; Comitato Scientifico Fondazione "Romagnosi" - Scuola di Governo Locale.

** Ricercatore, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università di Pavia; Presidente Fondazione "Romagnosi" - Scuola di Governo Locale.

¹ Il fenomeno ha coinvolto anche altri istituti quali Fondazioni, Consorzi o Associazioni. In questo contributo la nostra attenzione verrà rivolta prevalentemente allo strumento societario.

con attenzione, è costituito dal passaggio della produzione dall'amministrazione pubblica, retta dalle regole del diritto amministrativo, a soggetti separati ma sempre pubblici, o in gran parte in mano pubblica, ancorché costituiti secondo le regole del diritto comune.

Ragionando in termini di diritti di proprietà, le nuove entità 'societarizzate' non differiscono molto dalle agenzie/dipartimenti interni alla pubblica amministrazione, visto che il ruolo dei soci privati è ancillare, mentre la parte pubblica rimane dominante nell'assemblea dei soci. La principale fonte di novità viene normalmente identificata nella redistribuzione dei diritti decisionali, visto che nel modello di privatizzazione formale il controllo sulle principali scelte aziendali viene, almeno in parte, riallocato dai politici ai manager (Saussier, Klien 2014; Klien 2012; Osculati, Zatti 2005). In altri termini, se un certo grado di indipendenza è sempre esistito anche all'interno della gestione diretta, con la societarizzazione la tendenza dovrebbe essere quella a spostare la delega a un livello più alto della catena decisionale,² determinando una riduzione dell'intrusività politica nei principali fatti gestionali. Nella sua forma ideal-tipica (*arm's lenght*), il governo (un ministero, una regione o un ente locale), nel suo ruolo di principale, definisce la *mission* da perseguire, nomina i manager (il consiglio di amministrazione e, eventualmente, l'amministratore delegato) e non interferisce nelle successive declinazioni operative da questi ultimi adottate (Florio 2014b). Nella realtà, vi sono una moltitudine di altre leve di governo e influenza che possono essere attivate per indirizzare le scelte dell'impresa, andando a determinare forme di delega più o meno aperta (Tabella 1).

Tabella 1. Possibili strumenti di controllo/influenza nei confronti degli enti partecipati

Leve politiche	Statuti, documenti di pianificazione strategica, programmi e obiettivi dell'agenda politica, criteri di nomina e designazione dei vertici.
Leve manageriali	Controlli e verifiche sui fattori produttivi, approvazione formale dei principali atti gestionali (budget, bilancio d'esercizio, investimenti, assunzioni, struttura organizzativa), codici di condotta.
Leve strutturali	Organi di controllo e vigilanza, meccanismi di prevenzione della corruzione, definizione di compiti e responsabilità.
Leve finanziarie	Livello del budget, concessione di contributi e trasferimenti, modalità di definizione delle tariffe, garanzie sull'indebitamento.
Reporting e trasparenza	Reporting finanziario, sociale e ambientale, regole sulla trasparenza e l'accesso civico.

Fonte: nostre elaborazioni su Saussier, Klien (2014).

² Seguendo Van De Velde (1999), il processo di pianificazione e gestione di servizi pubblici può essere suddiviso in diversi livelli a seconda dell'ampiezza delle decisioni assunte e del relativo orizzonte temporale: – *Livello strategico*: ove vengono definiti gli scopi generali del servizio e le risorse destinate al loro perseguimento; – *Livello tattico*: ove vengono adottate le decisioni sui mezzi da mettere in campo per raggiungere gli obiettivi definiti al livello strategico. Questo livello traduce le decisioni strategiche in scelte relative alle caratteristiche dei servizi da fornire; – *Livello operativo*: ove vengono definite le operazioni di routine, dando esecuzione a quanto deciso ai livelli precedenti.

L'intensità del controllo si rivela massima nel caso delle cosiddette società *in house*, per cui, seguendo una consolidata giurisprudenza comunitaria,³ si esclude: l'esistenza di un oggetto sociale diverso da quello delle attività affidate direttamente, una capacità di agire territorialmente più ampia rispetto ai confini dell'amministrazione appaltante e la presenza di organi gestionali con margini di autonomia rispetto all'amministrazione di riferimento. Si tratta di una forma di controllo così stretta da far venir meno il rapporto di terzietà, affermando un modello gestionale di fatto interno alla pubblica amministrazione.⁴ Non è un caso che la nuova Direttiva sugli Appalti pubblici, all'art. 12, faccia riferimento a questa fattispecie come a un rapporto «tra enti nell'ambito del settore pubblico»,⁵ escludendo l'applicazione delle regole a evidenza pubblica da essa previste per l'aggiudicazione dei contratti.

In altri casi, l'impresa può essere, almeno in parte, separata dall'autorità pubblica responsabile dei servizi, acquisendo maggiori margini di discrezionalità nell'organizzazione delle attività (servizi da produrre, decisioni a livello tattico e operativo, modalità di reclutamento, ecc.). In questo caso, non essendo configurabile un rapporto di organicità e venendo meno la possibilità di esercitare controlli di natura gerarchico-funzionale, il perseguimento dell'interesse generale e il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione vengono demandati ai rapporti contrattuali, e alle relative modalità di affidamento, che devono essere in grado, sia *ex ante*, sia *ex post*, di guidare le scelte e i risultati dell'ente.

³ La Corte di Giustizia Europea ha ad esempio chiarito che «Article 43 EC and 49 EC, and the principle of equal treatment, non-discrimination and transparency, are to be interpreted as precluding a public authority from awarding, without putting it out to tender, a public service concession to a company limited by shares which resulted from the conversion of a special undertaking of that public authority, whose objects have been extended to significant new areas, whose capital must be obligatorily opened in the short term to other capital, the geographical area of whose activities has been extended to the entire country and abroad, and whose Administrative Board possesses very broad management powers which it can exercise independently» (Cause 258/03 Parking Brixen, judgement 13 october 2005).

⁴ La natura della soluzione *in house* è ben descritta in European Commission (2010, p. 59), ove si afferma che: «The *in house* exception is meant to cover a situation where public authority decides to provide a service itself, albeit acting through a legally distinct entity. In this case the public authority and the entity providing the service are effectively regarded as one. Such a relationship is covered neither by the principles of transparency, equal treatment and non-discrimination derived from the Treaty, nor by the Public Procurement Directive».

⁵ Nel medesimo articolo si specifica che i contratti pubblici possono essere assegnati direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti a essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, a eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si specifica inoltre che un'amministrazione aggiudicatrice esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

2. Intervento pubblico e società controllate: opportunità e insidie

La natura anfibia degli enti partecipati è stata oggetto di molta attenzione, spesso con valutazioni di non poco divergenti.

Da una parte, sull'onda delle teorie elaborate nell'ambito del cosiddetto New Public Management (Pollit 2007), la societarizzazione è stata vista come una opportunità per veicolare maggiore efficienza ed efficacia nell'azione pubblica attraverso l'autonomia e la specializzazione organizzativa, la gestione per obiettivi e la misurazione delle *performance* (McDonald 2016; Alexius, Cisneros Ornberg 2015; OECD 2015; Grossi, Reichard 2008). In questa prospettiva, la crescente autonomia dei manager e la loro professionalizzazione permetterebbero di ridurre il grado di politicizzazione delle attività, mettendo l'entità coinvolta al riparo dalla pressione quotidiana degli amministratori eletti, dalla visione di breve periodo legata al ciclo elettorale e dalle interferenze provenienti da altre articolazioni interne alla pubblica amministrazione (McDonald 2016; OECD 2015; Klien 2012). Le società controllate, quindi, come valido strumento per mantenere le decisioni strategiche nella sfera d'influenza delle autorità politiche, potendo nel contempo contare su un quadro di regole operative (per la formazione dei bilanci, per il reclutamento del personale, per l'acquisto di beni e servizi) meno rigide e laboriose di quelle applicate all'interno delle pubbliche amministrazioni (Grossi, Reichard 2008).

Di contro, il decentramento funzionale e il minore controllo politico possono essere fonte di effetti indesiderati, in larga parte legati alla creazione di entità che si comportano come imprese private senza essere soggette ai medesimi vincoli e forme di influenza (McDonald 2014). Come osservato da Alexius e Cisneros Ornberg (2015), la natura ibrida delle società controllate «risks to be no a straight forward tool for the simultaneous creation of social and commercial value, but rather often sites of confusion and criticism for failing to do so» (p. 288). Conflittualità tra i fini perseguiti, ridotta *accountability* e amplificazione dei costi di transazione sono i principali rischi richiamati da questo punto di vista.

In primo luogo, la crescente enfasi posta sulla *performance* economico-finanziaria può portare a penalizzare la missione pubblica dei servizi, privilegiando un approccio di breve periodo e il perseguimento di obiettivi più direttamente quantificabili e traducibili in valori monetari (McDonald 2016). La ricorrente retorica dei 'clienti' al posto dei 'cittadini' e delle tariffe a piena copertura dei costi rischia di andare a discapito del raggiungimento di più ampi obiettivi sociali, facendo perdere di vista la natura complessa e sovraindividuale che caratterizza gran parte dei servizi di interesse generale. In aggiunta, la mancata o, comunque, minore presenza di una visione strategica e l'azione incentrata su entità tra loro indipendenti (anche giuridicamente) possono essere fonte di scarso coordinamento, spinte centrifughe e isolazionismo decisionale (McDonald 2016; Grossi, Reichard 2008), indebolendo di molto la capacità degli enti pubblici di riferimento di svolgere la propria missione secondo una visione olistica e non frammentaria.

In secondo luogo, l'affermarsi di una catena principale-agente più complessa e articolata (collettività di riferimento, amministratori eletti, consiglio di amministrazione, amministratore delegato, dirigenti) può essere causa di opacità lungo la linea del comando, portando a ridurre la tracciabilità e trasparenza democratica delle decisioni e delle con-

seguenti responsabilità (Tonurist, Karo 2016; Saussier, Klien 2014; Klien 2012; Grossi, Reichard 2008; Osculati, Zatti 2005). Mentre, infatti, nel caso di produzione di un determinato servizio all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio attraverso l'assessorato di un Comune, i rapporti si tengono tra un agente costituito dai funzionari comunali e un principale costituito da consiglio comunale, giunta e sindaco (che a loro volta operano come agente della *constituency*), nel caso di produzione attraverso lo strumento societario, tra principale e agente si interpone un ulteriore soggetto, il consiglio di amministrazione della società, usualmente nominato dall'azionista politico. È in questo caso verosimile ritenere che il nuovo modello organizzativo vada a complicare l'esercizio del controllo, visto che i cittadini saranno incerti se dirigere la *voice* e la *compulsion* (Bishop 1990)⁶ verso gli amministratori eletti o verso gli organi di amministrazione della società che produce il servizio. Una situazione di ambiguità che può permettere ai politici di influenzare la sfera del *management* e le conseguenti scelte operative (in termini di budget, di politiche occupazionali, di selezione dei fornitori) in funzione del proprio interesse e ritorno personale, scaricando, almeno in parte, gli effetti (e l'eventuale biasimo) sull'entità esterna (Klien 2012). Come conseguenza, uno dei principali argomenti a favore della societarizzazione, ovvero la ricerca di flessibilità e autonomia operativa come via di fuga dalla rigidità burocratica della pubblica amministrazione (Grossi, Reichard 2008), può dar luogo a un risultato perverso: quello di ridurre il controllo esercitato dal canale amministrativo, affermando congiuntamente meccanismi di responsabilità politica più opachi e sfuggibili.

Questo rischio si rivela di particolare severità in relazione al requisito della corretta rappresentazione contabile del settore pubblico e dei costi relativi alla fornitura dei servizi. L'indipendenza formale degli enti controllati, infatti, rende possibile avere perdite di bilancio e accumulazione di debiti che non si riflettono, almeno nel breve periodo, nel bilancio pubblico a monte (Saussier, Klien 2014; Gavana *et al.* 2007). In una fase di vincoli finanziari sempre più stringenti per i governi centrali e locali, questa opportunità favorisce la societarizzazione come strumento di allentamento della disciplina di bilancio e di acquisizione del consenso attraverso l'adozione di tariffe ridotte e servizi più generosi. Considerazioni analoghe possono essere fatte riguardo alla possibilità di aggirare le regole di reclutamento per i dipendenti pubblici o quelle relative alle forniture di beni e servizi.

Gli effetti descritti sono accentuati dal fatto che l'allentarsi dei vincoli di matrice amministrativistica non sono compensati da una reale maggiore incidenza degli stimoli di mercato. Infatti, i principali fattori di disciplina che si suppone possano influenzare favorevolmente l'efficienza delle imprese private, ovvero la possibilità di scalate, il rischio di bancarotta e la pressione esercitata dai competitori, non operano in concreto, con il conseguente rischio che «corporatized firms represent an institutional configuration which has both weak economic and political incentives» (Klien 2012, p. 4).

Va infine osservato che la proliferazione di società ed enti formalmente indipendenti dalle amministrazioni pubbliche di controllo può significativamente ampliare i costi di transa-

⁶ Bishop distingue tra due forme di *voice* (p. 496): «Hirshman sense, in which people have votes directly on the issue or close to it, and voice exercised by means of an appeal to some controller who can exercise effective sanction. In the latter meaning, voice has been called 'compulsion'».

zione e *compliance* amministrativa, principalmente a causa dell'incremento della complessità funzionale e della necessità di prevedere strumenti di raccordo e monitoraggio aggiuntivi lungo la catena della delega (regole e meccanismi di nomina dei rappresentanti, standard di servizio e rendicontazione, organi di vigilanza e controllo, processi di revisione di bilancio, codici di comportamento, procedure di funzionamento, ecc.). In generale, strutture più complesse dal punto di vista organizzativo richiedono un maggiore sforzo da parte delle autorità competenti per garantire che il risultato finale sia coerente con l'interesse generale e ciò può portare a un incremento dei costi legati alla loro introduzione e al loro mantenimento.

3. Gli effetti sulla corruzione e la *maladministration*

Secondo Transparency International,⁷ nel settore pubblico la corruzione consiste in atti compiuti da amministratori e pubblici ufficiali che vanno a condizionare le scelte e le politiche pubbliche al fine di derivarne un interesse privato, a discapito del bene collettivo.⁸ Tale beneficio privato può essere finanziario, non finanziario (favori, regali, ecc.) o anche prettamente politico (voti e consenso). Si tratta di una definizione inclusiva, che ricomprende non solo reati e violazioni di legge ma anche atti, decisioni e procedure che, perseguendo un vantaggio personale, si allontanano dall'interesse generale perché sono scorrette, disoneste o semplicemente inadeguate rispetto ai fini. Una fenomenologia a cui si fa anche riferimento con i più generali termini di *maladministration* o *mismanagement* (LGA 2013).⁹

Nella prospettiva considerata in questo contributo, è importante poter indagare quale struttura di *governance* e quali modelli organizzativi nella fornitura di servizi pubblici facilitino o, viceversa, rendano più complicata l'azione di politici e burocrati intenti a perseguire i propri interessi personali. Saussier e Klien (2014), ad esempio, ritengono che la privatizzazione e l'esternalizzazione favoriscano la corruzione e i comportamenti opportunistici, visto che l'instaurarsi di un rapporto tra un'autorità pubblica e un partner privato creerebbe maggiori incentivi e, congiuntamente, spazi di manovra per ridistribuirsi vantaggi e benefici personali. Il rischio è ipotizzato essere inferiore nel caso di enti controllati o dipartimenti interni alla pubblica amministrazione, visto che il maggior grado di integrazione e controllo, unitamente al mancato (o comunque inferiore) orientamento al profitto dovrebbero ridurre l'interesse e la possibilità di indirizzare i flussi finanziari per ricompensare l'amministratore o il manager coinvolti. Gli stessi autori osservano al contempo che, diversamente dalla corruzione in senso stretto, l'opportunismo e abuso da parte dei politici possono essere favoriti in una società controllata rispetto a un rapporto di *outsourcing*, in particolar modo quando il consigliere d'amministrazione e il *top management* abbiano un elevato grado di politicizzazione e siano direttamente influenzabili dagli organi eletti. Ne deriva un'indicazione a rendere più indipendente il *management*, riducendo la possibilità di utilizzare l'impresa per derivare consenso in maniera distorta. Guardando al confronto

⁷ [Transparency International]. URL: <<http://www.transparency.org/>> [data di accesso: 27/7/2017].

⁸ Similmente l'OECD definisce il concetto come «active or passive misuse of the powers of Public officials (appointed or elected) for private financial or other benefits» (OECD, Glossario).

⁹ Lo stesso approccio è adottato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC 2015).

con il settore privato, la World Bank (2014) osserva che le imprese a controllo pubblico possono essere soggette a maggiore corruzione e malfunzionamenti a causa di una serie di fattori: presenza di più obiettivi, struttura complessa di *governance*, assenza di stimoli competitivi, opacità dei rapporti finanziari con l'autorità di controllo, ridotti livelli di trasparenza e *accountability*. In aggiunta, qualora venga attribuita una notevole libertà d'azione ai manager, si riducono le possibilità di controllo e, di conseguenza, aumenta il rischio che comportamenti devianti rimangano non puniti (Srinivasan 2015). In effetti, molte delle analisi empiriche mostrano che in diverse imprese a maggioranza pubblica i sistemi dei controlli sono deboli e inadeguati, andando così a minare gli obiettivi generali della integrità di bilancio e della corretta gestione dei rischi operativi.

La letteratura scientifica e le organizzazioni internazionali hanno sviluppato una serie di raccomandazioni e linee guida finalizzate a migliorare l'operatività delle società controllate, con specifici riferimenti anche ai temi dell'anticorruzione e trasparenza. Tuttavia, per quanto qui argomentato, un maggiore sforzo va forse diretto a meglio contestualizzare le analisi a seconda del ruolo e delle caratteristiche delle imprese. Queste ultime possono infatti operare o meno in un contesto competitivo, possono essere quotate sui mercati regolamentati o non esserlo, possono perseguire un interesse generale ed essere soggette a obblighi di servizio pubblico o, viceversa, operare secondo una logica prevalentemente di mercato. Varie implicazioni derivano da questo insieme composito di elementi.

In molti casi l'esistenza di una società controllata da un ente pubblico è legata, in maniera più o meno esclusiva, all'assegnazione di una missione pubblica e/o al concetto di interesse generale.¹⁰ Da un punto di vista economico, le nozioni di interesse generale e missione pubblica sono strettamente collegate ai cosiddetti fallimenti del mercato (Cambridge Econometrics 2013; Zatti 2013).¹¹ Tale approccio è esplicitato dalla Commissione Europea quando afferma che «Services of general economic interest are different from ordinary services in that public authorities consider that they need to be provided even where the market may not have sufficient incentives to do so» o «the public authorities consider that certain services are in the general interest and market forces may not result in a satisfactory provision».¹² Quando un interesse pubblico è individuato, l'autorità competente può decidere di produrre direttamente il servizio (produzione interna) o rivolgersi al mercato (*contracting out*). In questo quadro, l'affidamento diretto a un soggetto pubblico

¹⁰ Come osserva Florio (2014a), le imprese pubbliche possono essere definite come organizzazioni economiche che: a) sono di proprietà, almeno in parte, dello stato o degli enti locali; b) contemplano una missione pubblica tra i propri obiettivi; c) operano con una piena o parziale autonomia di bilancio; d) mostrano un certo grado di autonomia manageriale; e) operano in un ambiente prevalentemente di mercato; f) potrebbero essere privatizzate da un punto di vista giuridico, ma, per qualche motivo di opportunità politica, non lo sono. In questa sede tutti i criteri sono rilevanti, salvo quello e). Ci soffermeremo infatti in maniera particolare su imprese che svolgono servizi e funzioni assegnate in maniera diretta da parte delle autorità pubbliche controllanti, senza passare attraverso una competizione di mercato.

¹¹ «Services of general economic interest are economic activities which deliver outcomes in the overall public good that would not be supplied (or would be supplied under different conditions in terms of quality, safety, affordability, equal treatment or universal access) by the market without public intervention» (Cambridge Econometrics 2013, p. 15).

¹² European Commission (2001, p. 7).

è da intendersi come alternativa all'esternalizzazione nei casi in cui quest'ultima si riveli non percorribile a causa di elevati costi di transazione, difficile valutazione della qualità del servizio, asimmetrie informative e limitata capacità di controllo da parte dell'autorità competente (Bray, Mulley 2013; Zatti 2012; Klien 2012).

Il caso della societizzazione, su cui ci concentriamo in queste brevi note, fa riferimento a situazioni in cui, per meglio perseguire la missione pubblica, il controllo e l'influenza esercitati dalle autorità politiche sull'impresa sono mantenuti stretti. Nella maggioranza dei casi, queste società nascono dalla trasformazione di agenzie ed enti pubblici, cosicché non operano in un ambiente di mercato e rimangono saldamente collegate al territorio e all'autorità pubblica da cui originano. Questi aspetti sono accentuati nel caso della soluzione *in house*, ove non è presente una reale delega a un soggetto terzo e si può a tutti gli effetti ancora applicare il concetto di regolazione interna. In queste circostanze, molte delle raccomandazioni e linee guida proposte per le imprese pubbliche diventano di difficile applicabilità. Ciò è vero, per esempio, per opzioni come quella di mettere sul mercato parte del capitale o di introdurre elementi di contendibilità nella relazione contrattuale, ma anche per ciò che riguarda la possibilità di depoliticizzare e rendere più autonomi gli organi di amministrazione. Mentre, infatti, l'idea di fare affidamento su amministratori e dirigenti con maggiori competenze ed esperienze, scelti attraverso procedure trasparenti, è certamente da valutare positivamente, deve essere anche garantito che venga mantenuta la centralità degli interessi pubblici nei meccanismi decisionali dell'impresa, evitando che vi siano spinte centrifughe che ne mettano in discussione il ruolo e la legittimazione politica (Grossi, Reichard 2008).

Se ci focalizziamo sulla prevenzione della corruzione e del cattivo uso delle risorse pubbliche, la prospettiva da privilegiarsi, a nostro avviso, si ricollega in maniera stretta alla missione dell'impresa e al suo contesto operativo. Infatti, manager e dirigenti possono essere, come per le imprese private, soggetti attivi in comportamenti corruttivi, cercando di ottenere vantaggi e benefici per l'impresa; ma possono essere anche oggetto passivo di corruzione qualora ricevano denaro, regali o altri benefici non dovuti per compiere atti od omissioni nell'esercizio dei propri compiti che vadano a danno degli interessi dell'impresa. Quando un'impresa è incaricata attraverso un affidamento diretto di importanti funzioni pubbliche e non opera, o solo marginalmente, in una logica commerciale, la corruzione passiva diventa chiaramente predominante, divenendo uno dei fattori di diversione dell'azione dall'interesse collettivo.¹³ Molteplici possono essere le aree e le attività coinvolte: gli atti autorizzatori e di natura amministrativa, le procedure di aggiudicazione dei contratti, l'assegnazione di contributi e altri benefici, i meccanismi di reclutamento del personale e le progressioni di carriera, la definizione delle tariffe e dei canoni d'uso del patrimonio,

¹³ La legge francese ben distingue le due diverse connotazioni della corruzione: «— La corruption passive (article 432-11 du Code pénal) lorsqu'une personne exerçant une fonction publique profite de cette fonction en sollicitant ou en acceptant des dons, promesses ou avantages en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction cette personne reçoit le nom de corrompu. — La corruption active (article 433-1 du Code pénal) lorsqu'une personne physique ou morale obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons, des promesses ou avantages, d'une personne exerçant une fonction publique, qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle ; le tiers reçoit le nom de corrupteur». ([Ministère de la Justice]. URL: <www.justice.gouv.fr>).

le regole di nomina e attribuzione di incarichi, le fasi di controllo e sanzionamento. In questa ampia prospettiva, la corruzione attiva e quella passiva, egualmente commendevoli da un punto di vista etico, vanno tenute distinte, così come diverse/complementari sono anche le politiche rivolte alla loro prevenzione e al loro controllo.

Guardando alla societizzazione come processo dinamico, di trasformazione di enti pubblici in enti di diritto privato, si è osservato che, rispetto all'autoproduzione, una maggiore decentralizzazione e autonomia decisionale possono amplificare il rischio di corruzione e di altre possibili devianze (Grossi, Reichard 2008). In particolare, l'adozione di procedure amministrative e di acquisizione di beni e servizi meno rigide, incrementando la discrezionalità delle scelte, va ad accentuare ulteriormente il rischio di comportamenti non virtuosi. Se è vero che, come osservato in precedenza, la società controllata ha minore interesse a corrompere la parte pubblica (corruzione attiva), va considerato che essa stessa è soggetto acquirente di servizi, lavori e altri fattori produttivi, divenendo quindi il possibile oggetto (passivo) di offerte corruttive e promesse illecite. Ne consegue che manager con ampi margini di manovra finiscono per avere maggiore libertà di influenzare e interagire con gli attori esterni nei processi di acquisizione di beni e servizi o nel reclutamento della forza lavoro. Contemporaneamente, l'azionista pubblico e i suoi rappresentanti hanno un minore incentivo a esercitare il controllo visto che gli effetti finanziari negativi della mala gestione non si riflettono, almeno nel breve periodo, sulle finanze pubbliche. La presenza di minori vincoli e di relazioni di bilancio più opache può costituire essa stessa un'opportunità per gli amministratori eletti di ricercare il consenso attraverso la società controllata (adottando tariffe ridotte o aumentando la forza lavoro), senza apparire direttamente responsabili dal punto di vista delle minori entrate o dei maggiori costi. Il rischio complessivo, in definitiva, è che la natura ambigua della società a stretto controllo pubblico vada a indebolire i tradizionali meccanismi di controllo operanti nelle pubbliche amministrazioni (vincoli gerarchici, procedure più formalizzate, concorsi pubblici, vincoli di bilancio, *voice* diretta da parte degli elettori) senza (o solo in modo marginale) introdurre i fattori di disciplina tipici del mercato.

In risposta a questo insieme di elementi di vulnerabilità, sono state elaborate una serie di raccomandazioni e contromisure, tra cui si possono richiamare (World Bank 2014; OECD 2015):

- la necessità per l'autorità pubblica di svolgere in maniera attiva il proprio ruolo di proprietario, definendo con chiarezza la finalità della partecipazione, strutturando statuti e procedure in modo da garantire in maniera efficace il ruolo di indirizzo e controllo e assicurando che la relazione con l'entità controllata sia condotta in maniera trasparente e responsabilizzante. Questo requisito va modellato a seconda dell'entità della partecipazione e diviene massimo nel caso di affidamenti *in house*;
- la necessità di preservare e garantire adeguate competenze all'interno della burocrazia pubblica e negli organi di amministrazione al fine di poter gestire e monitorare in maniera adeguata le entità controllate, prevenendo e minimizzando gli effetti perversi della corruzione e della *maladministration*;
- lo sviluppo di procedure e sistemi interni di controllo che garantiscano la corretta conduzione dei processi e delle fasi operative.

- l'introduzione di audit e meccanismi indipendenti di verifica che accrescano la probabilità di far emergere malfunzionamenti e abusi. L'audit esterno deve operare in stretto collegamento con la struttura interna nel definire le priorità e i contenuti dei piani di prevenzione dei rischi;
- l'adozione di elevati standard di trasparenza e accesso ai dati, sia relativamente a informazioni finanziarie che non finanziarie, al fine di garantire che la società porti avanti il proprio ruolo coerentemente con la missione pubblica assegnata. Un'informazione tempestiva, accurata e affidabile rappresenta un elemento chiave per responsabilizzare le imprese rispetto alle autorità pubbliche di riferimento e, allo stesso tempo, rispetto ai cittadini interessati a come le risorse vengano utilizzate.

Si tratta di un insieme composito e rilevante di indicazioni che verranno valutate in quanto segue con particolare riferimento al caso italiano, ove il ricorso alle società in controllo pubblico ha assunto negli ultimi decenni dimensioni e caratteristiche del tutto particolari.

4. La societizzazione in Italia: alcuni elementi di sintesi

L'irrompere dello strumento societario nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali è normalmente fatto risalire alla legge n. 142/1990, a partire dalla quale le imprese ex municipalizzate sono state progressivamente trasformate in società per azioni, con l'obiettivo dichiarato di conseguire maggiore efficienza, professionalizzazione e dinamicità nella gestione delle funzioni pubbliche e dei relativi *asset* (Nico 2017). Ciò ha portato a una diffusione pervasiva del fenomeno, nell'ambito del quale, soprattutto i Comuni, hanno utilizzato le società come strumento strategico della loro azione, non sempre con finalità coerenti rispetto alla propria *mission* istituzionale (Gavana *et al.* 2007; Osculati, Zatti 2005).

I numeri coinvolti, a testimonianza della rilevanza sistemica del fenomeno, sono ragguardevoli. Secondo l'Istat (2016) nel 2014 le unità economiche partecipate dal settore pubblico erano 9.867 di cui 6.927 attive, con l'impiego di più di 810.000 addetti. Il ruolo giocato nelle compagini societarie dalle amministrazioni pubbliche è di primo piano, visto che nel 62,5% delle unità analizzate vi è un controllo pubblico. Chiaramente prevalente è, in tale quadro complessivo, il ricorso allo strumento societario (SPA, SRL, società operative, ecc.) che riguarda il 78% dei casi, essendo la rimanente quota costituita da Consorzi, Fondazioni e altre forme. Sostanzialmente coerenti i dati riportati dalla Corte dei Conti (2016) per gli organismi partecipati dai soli enti territoriali. Si riscontravano infatti, a metà 2016, 6.364 organismi attivi, di cui più di 2/3 in forma societaria e con una partecipazione pubblica prevalente nel 74% dei casi, con la conseguente deduzione per cui: «lo strumento societario viene frequentemente utilizzato dagli enti territoriali come un'unità organizzativa dello stesso ente e, comunque, al servizio di enti pubblici» (p. 42).

Tale quadro complessivo è in realtà il risultato di un andamento diversificato nel tempo, ove, dopo un prolungato periodo di boom, sospinto anche da un chiaro *favor* normativo,¹⁴

¹⁴ La facoltà degli enti pubblici di trasformare le aziende speciali in società per azioni è stata fortemente

a metà dello scorso decennio l'approccio sulle partecipate ha cambiato progressivamente rotta, principalmente a causa di due motivazioni:

- a seguito dei ripetuti moniti sui rischi che queste forme di privatizzazioni formali determinavano in termini di rappresentatività e unitarietà dei conti pubblici (Box 1);
- per evitare che, in violazione dei principi del diritto comunitario, le società pubbliche costituissero un fattore di distorsione della concorrenza, alterando la parità di condizioni tra gli operatori economici sul territorio.

Un radicale cambiamento di prospettiva e visione, è ben sintetizzato nell'incipit dell'ultimo rapporto della Corte dei Conti (2016, p. 1): «Le società a partecipazione pubblica rappresentano uno schema diffuso nel nostro paese, un esempio emblematico dell'intervento dello Stato nell'economia che ha assunto, nel corso del tempo, dimensioni preoccupanti, tali da richiedere interventi radicali per limitarne l'impatto sulla finanza pubblica e gli effetti distorsivi sull'economia in generale».

Box 1. Richiami sugli effetti elusivi delle esternalizzazioni verso le società controllate

«L'esternalizzazione di servizi e di attività attraverso la costituzione o la partecipazione a organismi terzi rispetto all'ente spesso non risponde a ponderate esigenze di definizione di nuovi assetti organizzativi e gestionali né di revisione degli indirizzi strategici e degli obiettivi istituzionali. Talvolta essa costituisce solo una risposta spontanea e disorganica ad estemporanee necessità derivanti da criticità di bilancio e, soprattutto, da difficoltà nel rispetto degli obblighi comunitari in tema di finanza pubblica» (CdC, sez. Autonomie, delibera n. 13/2008).

«L'esternalizzazione non può in alcun modo costituire la risposta per aggirare un divieto o una sanzione legislativa, in quanto costituisce una scelta gestionale subordinata al preventivo accertamento da parte dell'ente locale dei costi e dei benefici da essa derivanti [...] anche con riferimento alle ricadute sui cittadini in un'ottica di lungo periodo. La mancanza o la superficialità di tali complesse analisi preventive può costituire un sintomo dell'intento elusivo, oltre che possibile causa di danno per l'ente» (CdC, sez. Controllo Veneto, delibera n. 52/2009/PAR).

«Le società a partecipazione pubblica rappresentano uno schema diffuso nel nostro Paese, un esempio emblematico dell'intervento dello Stato nell'economia che ha assunto, nel corso del tempo, dimensioni preoccupanti, tali da richiedere interventi radicali per limitarne l'impatto sulla finanza pubblica e gli effetti distorsivi sull'economia generale [...] L'attenzione al sistema delle partecipazioni pubbliche è andata crescendo sia a livello centrale sia a livello territoriale essendo maturata la convinzione che l'utilizzo dello strumento societario possa costituire una modalità di elusione dei vincoli di finanza pubblica [...] Da ciò si desume la priorità assoluta del potenziamento della *governance* sugli organismi partecipati, sia mediante il rafforzamento dei controlli interni, sia attraverso la rilevazione dei risultati complessivi della gestione degli enti territoriali» (CdC 2016, *Gli organismi partecipati dagli Enti locali. Relazione 2016*, deliberazione n. 27/SEZAUT/2016/FRG, Roma).

sollecitata con l'art. 35, comma 8, legge n. 448/2001, nel quale si assegnava ai medesimi un termine finale entro il quale realizzare l'operazione (Corte dei Conti 2016).

Tale preoccupazione ha dato luogo a una moltitudine di interventi normativi volti a vincolare e limitare il ricorso allo strumento societario e, congiuntamente, a stimolare una maggiore consapevolezza e responsabilizzazione dell'ente locale nella veste di socio (pubblico) di riferimento. Tali misure sono di recente culminate nel decreto legislativo n. 175/2016, recante il nuovo Testo Unico per le società partecipate, che si pone come strumento cardine per mettere finalmente ordine e certezza in una disciplina che per anni ha registrato una incontrollata proliferazione normativa (Nico 2017). In tale ambito vanno ricomprese anche le previsioni tese a disciplinare l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte degli organismi partecipati e controllati su cui ci soffermeremo nei paragrafi successivi.

5. La prevenzione della corruzione negli enti controllati: il caso italiano

In Italia, il coinvolgimento delle società partecipate dagli enti pubblici nell'ambito della disciplina anticorruzione è avvenuto inizialmente attraverso il decreto legislativo n. 231 del 2001 che, per la prima volta, ha introdotto un regime di responsabilità amministrativa a carico degli enti di diritto privato (società, consorzi, fondazioni, ecc.) per alcuni reati commessi nell'interesse e a vantaggio degli stessi: un forma di responsabilità estesa, da intendersi come indipendente e aggiuntiva rispetto a quella della persona fisica che abbia commesso materialmente il reato. Rispetto alla configurabilità di tale responsabilità, l'interesse o vantaggio dell'ente risultano verificati ogni qual volta si accerti che il fatto sia stato commesso a favore dell'ente stesso da un soggetto qualificato e nell'ambito delle sue funzioni, con esclusione, perciò, dei casi in cui l'autore del reato abbia agito invece solamente per perseguire un proprio interesse personale. Può andare a escludere, o comunque limitare, la responsabilità della società (e le relative sanzioni) anche la circostanza che quest'ultima sia in grado di dimostrare di aver adottato, e concretamente messo in pratica, adeguate misure in grado di prevenire fenomeni corruttivi e devianti.¹⁵ In questa prospettiva, come in altri campi (finanziario, sanitario, ambientale), il modello organizzativo svolge quindi una funzione di mitigazione e prevenzione del rischio, da valutarsi secondo un più generale approccio costi-benefici.

È interessante notare come nel corso del tempo si sia evoluto l'ambito dei reati considerati dal decreto. Mentre, infatti, inizialmente il focus è stato posto quasi esclusivamente sui reati commessi contro la pubblica amministrazione e nei rapporti con la stessa (concussione, corruzione, malversazione, indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello stato, ecc.), le successive estensioni sono andate a riguardare una serie molto più ampia di fattispecie: reati societari, reati ambientali, reati contro la personalità individuale,

¹⁵ In particolare, ciò avviene se: – l'Organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; – il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; – le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione; – non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di supervisione.

reati di contraffazione, reati in tema di salute e sicurezza sul lavoro, ecc. Di fatto, si tratta di un approccio che tende a generalizzare il rapporto tra modello organizzativo e rischi gestionali, includendo, in maniera estensiva, le diverse situazioni in cui la focalizzazione sulla profittabilità aziendale possa portare a ledere più ampi e generali interessi collettivi.

Tutti gli enti pubblici, come si è visto numerosi, che nel frattempo hanno scelto moduli organizzativi di diritto privato per lo svolgimento di funzioni a loro demandate o per la fornitura di servizi strumentali sono stati, in maniera più o meno estensiva e tempestiva, coinvolti da tale previsione normativa, essendo perciò spinti ad analizzare e mappare i propri processi aziendali al fine di verificare l'esposizione ai rischi corruttivi stabiliti dal decreto legislativo n. 231 e di adottare le relative contromisure. Una impostazione in sostanza coerente con l'interpretazione al tempo prevalente, che li ha visti assimilati ad agenti di mercato, operanti secondo una logica commerciale e secondo modelli gestionali (contabili, di reclutamento del personale, di acquisizione di beni e servizi, ecc.) tipici del settore privato. Una impostazione che ha comunque colpevolmente trascurato il fatto che, in molti casi, tali entità hanno continuato a operare in un contesto poco (o per nulla) competitivo, svolgendo funzioni amministrative o servizi di interesse generale ed essendo più di frequente oggetto passivo e non soggetto attivo nelle pratiche corruttive e di *maladministration*. È stato quindi inevitabile che, una volta introdotta la legge n. 190 del 2012, specificamente indirizzata a prevenire un uso distorto e a fini privati delle prerogative assegnate alle pubbliche amministrazioni, l'ANAC abbia successivamente previsto e disciplinato, attraverso la Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015, l'estensione delle misure di prevenzione della corruzione e di applicazione della trasparenza ivi introdotte agli enti di diritto privato partecipati e controllati dalle pubbliche amministrazioni.¹⁶ Una previsione tanto più vincolante e circostanziata quanto maggiore è il grado di controllo esercitato dagli enti pubblici, essendo massima nel caso delle società *in house* che, nelle parole dell'ANAC stessa, costituiscono 'parti integranti' delle amministrazioni controllanti, rientrando 'a maggior ragione' nell'ambito degli enti a cui si applicano le norme di prevenzione della corruzione ai sensi della legge n. 190.

Va osservato che le misure introdotte dalla legge n. 190 del 2012 si applicano alle società controllate anche qualora queste ultime abbiano già adottato il modello di organizzazione e gestione previsto dal decreto legislativo n. 231 del 2001. Infatti, come già fatto notare, l'ambito di applicazione dei due testi normativi non è coincidente e, nonostante le indubbie analogie di fondo, essendo entrambi finalizzati a prevenire la commissione di reati, nonché a esonerare da responsabilità gli organi preposti qualora le misure adottate si rivelino adeguate, sussistono differenze non trascurabili tra i due impianti di legge. In particolare, il decreto legislativo n. 231 del 2001 riguarda, come si è detto, reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società o che comunque siano stati commessi anche e nell'interesse di questa, mentre la legge n. 190 è volta a prevenire anche, se non soprattutto, reati commessi in danno della società e, in ultima istanza, dell'interesse pubblico che

¹⁶ Per un approfondimento sull'applicazione della legge n. 190/2012 alle società partecipate e sulle modalità di integrazione con i contenuti del decreto legislativo n. 231/2001 sia consentito il rimando a Previtali (2016).

la società stessa è chiamata a perseguire. Essa quindi, proprio per l'ambito soggettivo di applicazione, amplia il concetto di corruzione, ricomprendendo non solo l'intera gamma dei reati contro la pubblica amministrazione, ma anche le situazioni di malfunzionamento delle amministrazioni, nelle quali vanno compresi tutti i casi di deviazione significativa, dei comportamenti e delle decisioni, dalla cura imparziale dell'interesse pubblico, cioè le situazioni nelle quali interessi privati condizionino o alterino impropriamente l'azione delle amministrazioni o degli enti, sia che tale condizionamento vada a buon (si fa per dire) fine, sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo.

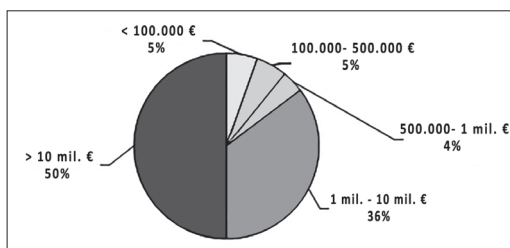
Nel complesso, per quanto l'evoluzione normativa e dei requisiti di *compliance* non abbia fatto altro che adeguarsi a una più realistica lettura del ruolo degli enti controllati, non possono essere sottaciuti i rischi di ridondanza e moltiplicazione degli adempimenti ad essa associati. Il modello organizzativo e il relativo Organismo di vigilanza (Odv) devono infatti trovare un, non immediato, punto di sintesi e raccordo con l'adozione del Piano di prevenzione della corruzione e l'individuazione del responsabile (RPCT)¹⁷ degli adempimenti *ex lege* n. 190, in assenza dei quali i rischi di *over-compliance* diventano più che reali. Si tratta, in altri termini, di riuscire a mettere in campo modalità applicative che prevengano la cosiddetta *conformity trap*: ovvero una applicazione passiva e apparentemente rassicurante di attività e requisiti formali, con l'effetto placebo e illusorio che ciò rischia di portare con sé. È da questa difficile transizione che deriva il nostro interesse di ricerca nell'andare ad analizzare lo stato di applicazione di questa complessa normativa che di fatto conferma la natura ibrida delle società controllate, generando un potenziale antagonismo tra un processo di *corporatization* ancora imperfetto e la necessità da parte del socio pubblico di esercitare, in una logica di sistema, un maggior ed effettivo controllo.

6. Alcune evidenze empiriche

Al fine di verificare lo stato dell'arte della *compliance* organizzativa *ex decreto* legislativo n. 231/2001 e legge n. 190/2012 nelle società partecipate, abbiamo sviluppato una *survey* su di un campione di 106 aziende partecipate (Figura 1), di cui 82 completamente in controllo pubblico, 18 partecipate dalla pubblica amministrazione con una percentuale compresa tra il 50% e il 90% del capitale, e infine 6 aziende dove il controllo della pubblica amministrazione è al di sotto del 50% del capitale. Un terzo del campione ha un socio unico.

La raccolta dei dati è stata effettuata tramite l'invio di un questionario online al *compliance officer* / RPCT dell'azienda, in alcuni casi perfezionato anche tramite un'intervista telefonica.

¹⁷ Il decreto legislativo n. 97 del 25 maggio 2016, che ha apportato revisioni e semplificazioni alle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, con aggiornamenti sia alla legge n. 190/2012, sia al decreto legislativo n. 33/2013, ha previsto l'unificazione in capo a un solo soggetto dell'incarico di responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT).

Figura 1. Composizione del campione per fatturato annuo (in euro)

Il questionario è composto da 3 parti: i dati aziendali, la valutazione della *compliance* ex decreto legislativo n. 231/2001, la valutazione della *compliance* ex legge n. 190/2012. La prima variabile a essere analizzata è stata la composizione dell'Organismo di vigilanza (Odv) tramite l'analisi della provenienza dei suoi componenti (se interna o esterna all'azienda). In particolare, la giurisprudenza e la prassi nazionale e internazionale univocamente identificano la composizione esterna come quella in grado di garantire la maggiore autonomia, indipendenza e terzietà di giudizio all'Odv. In letteratura, la teoria dell'agenzia suggerisce che un'elevata presenza di membri esterni nei *board* è direttamente associata con un miglioramento delle *performance* (Stiles, Taylor 2001). Secondo Brick e Chidambaran (2010) l'indipendenza del *board* migliora il valore dell'azienda, soprattutto se esso ha un compito di supervisione e vigilanza, così come d'altra parte ha l'Odv.

Per quanto concerne la *performance*, si sono utilizzate misure qualitative tese a valutare l'efficacia della *compliance*, in particolare tramite le seguenti domande:

- La *compliance* aiuta a migliorare e a definire in modo più puntuale il controllo manageriale in azienda?
- La *compliance* aiuta a definire in modo più puntuale i ruoli e le responsabilità nei processi decisionali?
- La *compliance* porta a un impatto positivo sul modello organizzativo e a una migliore formalizzazione delle procedure e dei protocolli aziendali?

Infine, come indicatore di *performance* operativa si è considerata la frequenza con cui l'Odv si riunisce in un arco temporale annuo. Vafeas (1999) ha esaminato il numero di riunioni del *board* di un campione composto da 307 aziende dal 1990 al 1994, scoprendo che la frequenza delle riunioni è associata positivamente alla *performance* operativa. Allo stesso risultato sono giunti Adams (2005), con un'analisi sui *board* di 352 aziende, e Brick e Chidambaran (2010).

Venendo ora ai risultati della nostra indagine, per quanto concerne la composizione dell'Odv solo 9 aziende utilizzano un Odv composto esclusivamente da membri interni, 40 aziende prediligono una composizione mista interna/esterna, mentre 57 aziende adottano un Odv integralmente composto da membri esterni (Tabella 2).

Tabella 2. Composizione dell'Odv
in base alla provenienza interna/esterna dei componenti

Provenienza dei componenti	Numero di aziende
Tutti membri interni	9
Prevalenza di membri interni	4
Composizione paritetica	5
Prevalenza di membri esterni	31
Tutti membri esterni	57
<i>Totale</i>	<i>106</i>

Come detto sopra, un'altra caratteristica fondamentale per la *compliance* è la continuità d'operato, misurata dal numero di riunioni svolte durante l'anno. In Tabella 3 si riporta come solo 25 aziende si riuniscono almeno 9 volte l'anno, 33 aziende svolgono tra le 5 e le 8 riunioni l'anno, mentre ben 48 aziende hanno Odv che si riuniscono non oltre le 4 volte l'anno.

La nostra valutazione, dunque, positiva se si considera la composizione dell'Odv in base alla provenienza dei membri, in buona parte a composizione mista o integralmente esterna, diventa viceversa decisamente critica se si considera la continuità dell'operato dell'Odv, ove vi è una netta prevalenza di riunioni molto sporadiche e discontinue durante l'anno.

Tabella 3. Numero di verbali annui
dell'Organismo di vigilanza

Numero di riunioni	Numero di aziende
<4	48
Da 5 a 8	33
Da 9 a12	21
>12	4
Totale	106

Questa controversa situazione è confermata dall'analisi della *performance*, considerata come percezione del valore della *compliance*. Qui, metà del campione osservato dichiara che la *compliance* porta fattivi benefici al sistema di controllo manageriale, alla definizione di ruoli e responsabilità e a una migliore formalizzazione delle procedure. La restante metà del campione, di fatto, dichiara l'inutilità dei nuovi adempimenti (Tabella 4).

Questa situazione è abbastanza stupefacente, se si considera che il decreto in questione è entrato in vigore ben 16 anni fa, e che per questa tipologia di aziende la sua applicazione, oltre a costituire una rilevante condizione esimente per la responsabilità amministrativa, è di fatto obbligatoria.

Tabella 4. Il valore della *compliance* ex decreto legislativo n. 231/2001

	Totalmente in disaccordo	Disaccordo	D'accordo	Totalmente d'accordo	Totale
La <i>compliance</i> comporta una miglior definizione di ruoli e responsabilità	8	32	54	12	106
La <i>compliance</i> 231 è utile per la definizione di nuove procedure	10	32	53	11	106
La <i>compliance</i> 231 è utile per il perfezionamento delle procedure esistenti	10	27	50	19	106

Venendo ora all'analisi della *compliance* ex legge n. 190/2012 riscontriamo due importanti evidenze. Per quanto concerne la continuità, abbiamo analizzato quanti report scritti il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) ha formalizzato durante l'anno. In Tabella 5 sono riportati i risultati: solo 4 aziende hanno un numero di report compreso tra 9 e 12, 12 aziende tra 5 e 8, mentre la stragrande maggioranza degli RPCT analizzati di fatto formalizza raramente i propri lavori, con 52 aziende che hanno meno di 4 report l'anno e ben 38 con un solo report annuo.

Tabella 5. Numero annuo di verbali/reports del RPCT

Numero di verbali/reports	Numero di aziende
1	38
2 to 4	52
5 to 8	12
9 to 12	4
Totale	106

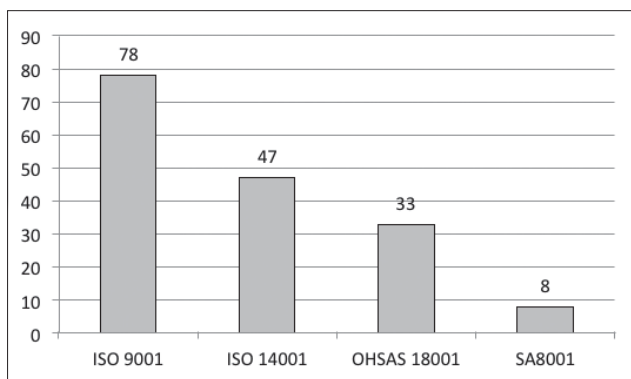
Anche l'analisi degli effetti della *compliance* evidenzia una situazione di criticità, con metà del campione che di fatto dichiara un limitato valore aggiunto ottenuto con l'applicazione della legge n. 190 (Tabella 6).

Un altro rilevante risultato riguarda i livelli di integrazione esistenti tra i due regimi. Infatti, se consideriamo che le stesse linee guida ANAC n. 8/2015 auspicano che, affinché ci sia integrazione, l'RPCT dovrebbe partecipare all'Odv, solo in 23 aziende analizzate si riscontra questo tipo di soluzione. Vi è dunque un segnale di *over-compliance*, ove le prassi operative non rispondono al fine di definire un modello integrato di prevenzione e gestione del rischio, ma piuttosto al fine tipico delle burocrazie weberiane, con la trasposizione dei fini con i mezzi, dunque di una forma tesa a legittimare se stessa, molto distante dalla sostanza del controllo organizzativo.

Tabella 6. Valore della *compliance* alla legge n. 190/2012

	Totalmente in disaccordo	Disaccordo	D'accordo	Totalmente d'accordo	Totale
La <i>compliance</i> con la legge n. 190/2012 porta a un miglioramento dei meccanismi operativi per la prevenzione e il controllo del rischio.	12	38	42	14	106

Infine, possiamo evidenziare come le aziende analizzate nella ricerca siano già dotate di ulteriori standard di processo e gestione. Nel nostro campione 78 aziende hanno la certificazione di qualità ISO 9001, 47 la ISO 14001 come standard per la gestione ambientale, 33 aziende la certificazione OHSAS 18001 per la salute e sicurezza sul posto di lavoro e 8 aziende il sistema di gestione per la responsabilità sociale SA 8001 (Figura 2).

Figura 2. Le certificazioni possedute dalle aziende analizzate

7. Conclusioni

I risultati dell'indagine condotta in questo contributo hanno mostrato lo stato ancora insoddisfacente e parziale di applicazione nelle società partecipate dagli enti pubblici dei contenuti del decreto legislativo n. 231/2001 e della più recente legge n. 190/2012. Insieme a un gruppo di enti che hanno raggiunto buoni standard di *compliance*, vi sono infatti numerosi casi di applicazione prevalentemente retorica e precettistica, con effetti incerti sul reale miglioramento dell'efficacia organizzativa e funzionale. Ciò pare essere sostanziato dalla limitata continuità d'azione degli organi di controllo e/o del

responsabile del piano anticorruzione, nonché dagli effetti controversi e poco incisivi che si sono avuti sulle procedure interne. È in questo senso che pare trovare riscontro esemplificativo l'approccio teorico del neoistituzionalismo: le società partecipate si limitano, in diversi casi, a incorporare le norme, in questo caso attraverso la formalizzazione del modello organizzativo 231, l'istituzione di un organo di vigilanza o la nomina dell'RPCT, in modo da acquisire legittimazione e stabilità, cercando nel contempo di minimizzare gli effetti di reale cambiamento sul loro funzionamento e organizzazione. Una forma di inerzia istituzionale che rischia di depotenziare lo sforzo fatto dal legislatore nel produrre un cambiamento reale su un modello operativo che negli ultimi tre decenni ha assunto, non senza criticità, un ruolo centrale nelle modalità di conduzione dell'intervento pubblico.

Alla luce di tali considerazioni critiche, nel futuro un maggiore sforzo va a nostro avviso indirizzato a meglio calare i modelli gestionali all'interno delle realtà coinvolte, partendo da quella che è la loro missione e collocazione funzionale. Qualora, infatti, le società partecipate operino in un ambiente essenzialmente protetto, rimanendo strettamente legate al territorio e alle amministrazioni pubbliche da cui promanano, appare fuorviante fare riferimento a strumenti e logiche applicabili usualmente a operatori di matrice privatistica e *market oriented*. Ciò vale anche per i diversi strumenti anticorruzione introdotti nel tempo, per cui pare opportuno prevalga una logica di sistema, ove le unità operative rientrino in un disegno unitario di prevenzione e controllo, che necessariamente deve far capo all'amministrazione pubblica di riferimento. In questa prospettiva, le società controllate dovrebbero essere soggette a uno scrutinio particolarmente pervasivo, proprio alla luce della necessità di mediare (se non subordinare) gli obiettivi di redditività con quelli di natura sociale e politica a cui sono, in definitiva, riconducibili. Diversamente, nei casi in cui la società partecipate (o anche controllate) abbiano evoluto verso un ambiente competitivo e di pieno confronto con gli altri operatori (pubblici e privati), l'approccio e lo strumentario di matrice privatistica dovrebbero prevalere, contribuendo anche ad affermare un *level playing field* con gli altri soggetti coinvolti.

Il permanere di logiche e declinazioni operative multiple, e per molti versi ambigue, ha sinora portato, almeno nell'esperienza italiana, a un inadeguato esercizio da parte delle amministrazioni pubbliche del ruolo di proprietari, a più riprese stigmatizzato dalla Corte dei Conti. Ciò, tra le altre cose, ha generato diverse forme di devianza e *maladministration*, in molti casi derivanti proprio dalla natura ibrida delle entità coinvolte. Il campo applicativo delle politiche anticorruzione sembra confermare questa ipotesi, spingendo verso una migliore e più esplicita configurazione delle società controllate.

Bibliografia

- Alexius S., J.C. Cisneros Ornberg (2015), *Mission(s) impossible? Configuring values in the governance of state-owned enterprises*, «Journal of Public Sector Management», 28/4-5, pp. 286-306.
- ANAC (2015), *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, Determinazione n. 12, Roma.
- Bishop W. (1990), *A Theory of Administrative Law*, «Journal of Legal Studies», 19, pp. 489-528.

- Bray D., C. Mulley (2013), *Designing contracts/concessions: what has worked and what has not and why?*, «Research in Transportation Economics», 39, pp. 226-231.
- Brick I.E., N.K. Chidambaran (2010), *Board meetings, committee structure, and firm value*, «Journal of Corporate Finance», 16/4, pp. 533-553.
- Bruton G.D., M.W. Peng, D. Ahlstrom, C. Stan, K. Xu (2015), *State-owned enterprises around the world as hybrid organizations*, «The Academy of Management Perspectives», 29/1, pp. 92-114.
- Cambridge Econometrics (2013), *Mapping evolutions in Public Services in Europe: towards increased knowledge of industrial relations*, Cambridge, Study commissioned by CEEP.
- Corte dei Conti (2016), *Gli organismi partecipati dagli Enti locali. Relazione 2016*, deliberazione n. 27/SEZAUT/2016/FRG, Roma.
- European Commission (2010), *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*, SEC(2010)1545final.
- European Commission (2001), *Services of General Interest in Europe*, 2001/C 17/2004.
- Florio M. (2014a), *The return of public enterprise*, «Working Paper», 1, Milan, Centre for Industrial Studies.
- Florio M. (2014b), *Contemporary public enterprises: innovation, accountability, governance*, «Journal of Economic Policy Reform», 3, pp. 201-208.
- Florio M., F. Fecher (2011), *The future of public enterprises: contributions to a new discourse*, «Annals of Public and Cooperative Economics», 82/4, pp. 361-373.
- Gavana G., F. Osculati, A. Zatti (2007), *Il capitalismo municipale e le externalizzazioni fredde. Qualche rimedio*, in Marrelli M., F. Padovano, I. Rizzo, (a cura di), *Servizi pubblici*, Milano, Franco Angeli, pp. 355-396.
- Grossi G., C. Reichard (2008), *Municipal Corporatization in Germany and Italy*, «Public Management Review», 10/5, pp. 597-617.
- Grossi G., U. Papenfuß, M.-S. Tremblay (2015), *Corporate governance and accountability of state-owned enterprises. Relevance for science and society and interdisciplinary research perspectives*, «International Journal of Public Sector Management», 28/4-5, pp. 274-285.
- ISTAT (2016), *Le partecipate pubbliche in Italia. Anno 2014*, Statistiche report, Roma.
- Klien M. (2012), *Corporatization and the behavior of public firms: how shifting control rights affects political interference*, *Economie des Partenariats Public-Privé (EPPP) DP n. 3*, Paris, Chaire EPPP, IAE Pantheon-Sorbonne.
- LGA - Local Government Association of South Australia (2013), *The ICAC Act 2012. Key issues for local government*, «Information Paper», 11, Understanding Maladministration.
- McDonald D.A. (2016), *To corporatize or not corporatize (and if so, how)*, «Utility Policy», 40, pp. 107-114.
- McDonald D.A. (2014), *Rethinking Corporatization and Public services in the Global South*, London, Zed books.
- Nico M. (2017), *L'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Consulta n. 251/2016: che fare?*, Reggio Calabria, Quaderni di COIM IDEA.
- OECD (2015), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises. 2015 Edition*. Paris.
- Osculati F., A. Zatti (2005), *The services of General Economic Interest. The Case of Local Public Transport in Italy*, «Il Politico», 3, pp. 411-447.
- Politt C. (ed.) (2007), *New Public Management in Europe*, Basingstoke, Palgrave MacMillan.

- Previtali P. (2016), *Decreto legislativo 231/2001 e legge 190/2012 nelle (ex) municipalizzate: criticità e opportunità di sviluppo manageriale*, in Previtali P., R. Procaccini, A. Zatti (a cura di), *Trasparenza e anticorruzione: la nuova frontiera del manager pubblico*, Pavia, Pavia University Press, pp. 43-60.
- Saussier S., M. Klien (2014), *Local Public Enterprises: A Taxonomy*, Economie des Partenariats Public-Privé (EPPP) DP n. 12, Paris, Chaire EPPP, IAE Pantheon-Sorbonne.
- Srinivasan S. (2015), *Anticorruption Compliance Mechanisms for State Owned Enterprises*, Transparency International, Anticorruption Helpdesk.
- Stiles P., B. Taylor (2001), *Boards at Work – How Directors View Their Roles and Responsibilities*, Oxford, Oxford University Press.
- Tonurist P., E. Karo (2016), *State owned enterprises as instruments of innovation policy*, «Annals of Public and Cooperative Economics», 87/4, pp. 623-648.
- Vafeas N. (1999), *Board meeting frequency and firm performance*, «Journal of Financial Economics», 53/1, pp. 113-142.
- Van De Velde D.M. (1999), *Organisational Forms and Entrepreneurship in Public Transport. Part I: Classifying Organisational Forms*, «Transport Policy», 6, pp. 147-157.
- World Bank (2014), *Corporate Governance of State Owned Enterprises. A Toolkit*, Washington World Bank Group.
- Zatti A. (2016), *Un quadro in tumultuoso divenire*, in Previtali P., R. Procaccini, A. Zatti (a cura di), *Trasparenza e anticorruzione: la nuova frontiera del manager pubblico*, Pavia, Pavia University Press, pp. 5-26.
- Zatti A. (2013), *European Local Public Transport between Convergence and Diversity*, in Paramithiotti G. (a cura di), *Servizi pubblici e imprese pubbliche in Europa tra convergenza e sussidiarietà*, «Quaderni della Rivista “Il Politico”», 60, pp. 123-158.
- Zatti A. (2012), *New Organisational Models in European Local Public Transport: from Myth to Reality*, «Annals of Public and Cooperative Economics», 83/4, pp. 533-559.

Le attività di controllo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e la collaborazione con la Guardia di Finanza

Cesare Maragoni*

SOMMARIO: 1. Il contesto normativo. – 2. Le Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni. – 3. La cooperazione tra Guardia di Finanza e Autorità Nazionale Anticorruzione. – 4. I poteri e le facoltà della Guardia di Finanza.

1. Il contesto normativo

Le aree di peculiare interesse dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sono quella della contrattualistica pubblica (*in primis* la corretta applicazione delle disposizioni contenute nel nuovo Codice degli Appalti) e quella dell'anticorruzione, trasparenza e pubblicità degli atti. Le norme che prevedono un esplicito intervento di vigilanza dell'Autorità sono:

- Art. 6, comma 9, lettere a) e b), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che prevede il potere dell'Autorità di: «a) richiedere alle stazioni appaltanti, agli operatori economici esecutori dei contratti, alle SOA, nonché ad ogni altra pubblica amministrazione e ad ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti; b) disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi anche della collaborazione di altri organi dello Stato».
- Art. 71, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, che, nell'esercizio di vigilanza sul sistema di qualificazione, prevede che: «L'Autorità, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera m), del codice, vigila sul sistema di qualificazione, e a tale fine, anche effettuando ispezioni, anche senza preavviso».
- Art. 1, comma 3, della legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 45, comma 1, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e art. 34 *bis*, comma 2, decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge con modificazione dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, che in materia di vigilanza anticorruzione prevedono, rispettivamente, che: «Per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 2, lettera f), la Commissione esercita poteri ispettivi me-

* Comandante Provinciale della Guardia di Finanza di Pavia. Sintesi dell'intervento tenuto il 16 novembre 2016 nell'ambito del corso "Anticorruzione e valutazione del rischio nelle amministrazioni locali e territoriali".

dante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni. La CIVIT, anche in qualità di Autorità Nazionale Anticorruzione, controlla l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, esercitando poteri ispettivi mediante 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. La Commissione di cui al comma 1 si avvale, sulla base di intese con il Ministro dell'economia e delle finanze, della Guardia di Finanza, che agisce con i poteri di indagine ad essa attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e all'imposta sui redditi. La Commissione, agli stessi fini, può richiedere indagini, accertamenti e relazioni all'Ispettorato per la Funzione Pubblica».

- Regolamento del 7 ottobre 2014, concernente il *Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione per l'omessa adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione, dei Programmi triennali di trasparenza, dei Codici di comportamento*.
- Regolamento del 9 dicembre 2014, concernente il *Regolamento in materia di attività di vigilanza e di accertamenti ispettivi*.
- Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 concernente il *Codice dei Contratti pubblici*.

In tale contesto si inseriscono i provvedimenti legislativi che esplicitamente prevedono l'impiego e la cooperazione con la Guardia di Finanza. Già nel decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012, concernente le «ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese» fu introdotto, in fase di conversione, l'art. 34 *bis* nel quale furono compendiate i poteri dell'allora CIVIT - Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche che assumeva il ruolo di Autorità Nazionale Anticorruzione.¹ La norma prevede che l'«[Autorità Nazionale Anticorruzione] si avvale, sulla base di in-

¹ Art. 34 *bis* Autorità Nazionale Anticorruzione. 1. Allo scopo di rafforzare la trasparenza e la correttezza del complessivo sistema di rapporti tra cittadini, mondo delle imprese, anche innovative, e pubblica amministrazione, alla Commissione di cui all'art. 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, che opera come Autorità Nazionale Anticorruzione, è preposto un presidente nominato con le forme e le modalità di cui al medesimo art. 13, comma 3, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, del Ministro della giustizia e del Ministro dell'interno, tra persone di notoria indipendenza che hanno avuto esperienza in materia di contrasto alla corruzione e persecuzione degli illeciti nella pubblica amministrazione. I compensi del presidente e dei componenti della Commissione sono ridefiniti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, nel rispetto dell'art. 23 *ter* del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, in modo da garantire l'invarianza complessiva della spesa. 2. La Commissione di cui al comma 1 si avvale, sulla base di intese con il Ministro dell'economia e delle finanze, della Guardia di Finanza, che agisce con i poteri di indagine a essa attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e all'imposta sui redditi. La Commissione, agli stessi fini, può richiedere indagini, accertamenti e relazioni all'Ispettorato per la Funzione Pubblica. 3. Dall'attuazione dei commi 1 e 2 non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. 4. Conseguentemente, in sede di prima applicazione, il termine di cui all'art. 1, comma 8, della legge 6 novembre 2012, n. 190, è differito al 31 marzo 2013.

tese con il Ministro dell'economia e delle finanze, della Guardia di Finanza, che agisce con i poteri di indagine ad essa attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e all'imposta sui redditi. La Commissione, agli stessi fini, può richiedere indagini, accertamenti e relazioni all'Ispettorato per la Funzione Pubblica».

Il principio dell'impiego, nell'attività di vigilanza, della Guardia di Finanza è stato poi ripreso nel nuovo codice degli appalti, ove, nell'art. 213, comma 5 è previsto che «Nell'ambito dello svolgimento della propria attività, l'Autorità può disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi eventualmente della collaborazione di altri organi dello Stato nonché dell'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi».²

2. Le Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni

Alla luce del rinnovato quadro legislativo sono state emanate le *Linee guida per lo svolgimento delle ispezioni*. Esse costituiscono un vero e proprio 'manuale dell'ispettore', nel quale sono stati esplicitati i principi e il *modus operandi* da adottare. Il quadro è infine completato da accordi e protocolli di intesa stipulati con la Guardia di Finanza e la Ragioneria Generale dello Stato. L'emanazione di tale manuale è una diretta conseguenza del nuovo modello organizzativo che ha comportato anche la modifica dei più importanti processi che hanno reso l'operato dell'Autorità più elastico, penetrante e maggiormente incisivo. In tal modo vengono omogeneizzate e coordinate le attività ispettive, con particolare riguardo ai diritti del soggetto ispezionato.

Il manuale si articola in tre aree concernenti: la funzione ispettiva dell'*Authority*, le fase preliminari dell'ispezione e l'accertamento ispettivo vero e proprio.

2.1. L'ispezione

L'ispezione è quella particolare attività istruttoria relativa al più vasto procedimento principale, del quale costituisce sub-procedimento.³ Essa è condotta da funzionari che rivesto-

² Per la specificità dei poteri si rimanda allo specifico paragrafo.

³ Tale affermazione non è di secondaria importanza atteso che l'esito dell'ispezione può essere autonomamente impugnato. In tal senso Tar Lazio Sentenza 27 novembre 2014, n. 11887, secondo la quale «il ricorso deve ritenersi ammissibile laddove gli atti impugnati evidenzino una valenza ex se lesiva dell'interesse legittimo dedotto in giudizio, nel senso che il loro eventuale annullamento potrebbe produrre un'utilità che non sarebbe più conseguibile attraverso l'annullamento del provvedimento conclusivo del procedimento. Nel caso di specie, tale valenza immediatamente ed autonomamente lesiva può riconnettersi sia al momento in cui l'Autorità ha ritenuto sussistere la propria competenza per l'esercizio del potere, obbligando in tal modo i destinatari dell'azione all'assolvimento degli oneri di cui all'art. 14, comma 5, legge 287/1990, sia al momento in cui l'Autorità ha deciso di autorizzare l'ispezione».

no la qualifica di pubblico ufficiale⁴ che come tali hanno l'obbligo di improntare la loro azione ai principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza. Essi devono agire in maniera indipendente e imparziale, astenendosi in caso di conflitto di interessi.⁵ I funzionari non possono utilizzare a fini privati le informazioni di cui dispongono per ragioni di ufficio né tantomeno possono tenere comportamenti che ostacolino il corretto adempimento dei propri compiti o in qualche maniera nuocere agli interessi o all'immagine della pubblica amministrazione.

2.2. La fase preliminare

Le attività ispettive vengono svolte in attuazione dei piani di vigilanza approvati dal Consiglio dell'Autorità. Prima dell'avvio dell'ispezione deve essere condotta un'attività di approfondimento concernente:

- la normativa nell'ambito della quale opera il soggetto da controllare;
- la natura del soggetto ispezionato;
- le sue finalità istituzionali;
- le modalità attraverso le quali vengono perseguite le finalità istituzionali e le eventuali interazioni con altri soggetti;⁶
- le caratteristiche del procedimento da esaminare;
- l'esito di eventuali precedenti ispezioni.

Per la selezione del soggetto da ispezionare il dirigente preposto individua l'ordine di priorità secondo criteri di logica e coerenza con le direttive che tengano conto della complessità dell'accertamento e delle finalità dell'ispezione. Egli informa il presidente per la predisposizione dei mandati ispettivi, proponendo i nominativi degli ispettori. A sua volta il presidente emette il provvedimento ispettivo specificando:

- la composizione del team ispettivo;
- la necessità di attivare (non attivare) la collaborazione con la Guardia di Finanza o con la Ragioneria Generale dello Stato;

⁴ Il pubblico ufficiale è colui che esercita una funzione pubblica legislativa, giudiziaria o amministrativa, ovvero colui che – indipendentemente dal proprio ruolo di dipendente pubblico o di privato cittadino – esercita una funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione italiana.

⁵ In linea generale sussiste il conflitto di interessi allorché si verificano situazioni nelle quali il dipendente pubblico è portatore di interessi della sua sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'adempimento dei doveri istituzionali; si tratta, dunque, di situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta al dipendente pubblico nell'esercizio delle sue funzioni.

⁶ A titolo esemplificativo andranno acquisite le informazioni sull'organigramma dirigenziale, sull'organizzazione aziendale, l'esatta denominazione, l'ubicazione della sede principale e di altre ulteriori sedi secondarie o unità operative e quant'altro possa servire a delineare con sufficiente certezza il contesto operativo.

- l'ambito soggettivo;
- l'oggetto dell'accertamento;
- le sanzioni in cui incorrono i soggetti vigilati in caso di rifiuto, ritardo od omissione nel fornire dati, notizie e informazioni o in caso che questi ultimi siano forniti in maniera falsa o fraudolenta.

Sulla base del provvedimento presidenziale viene redatta una lettera di incarico per ogni singolo funzionario nella quale viene richiamato il provvedimento presidenziale e vengono indicati i tempi di conclusione delle attività ispettive.

Una volta ricevuto l'incarico gli ispettori devono predisporre un piano di lavoro, all'interno del quale prevedere:

- l'analisi della fattispecie in relazione alla quale è stato disposto l'accertamento ispettivo o delle specifiche esigenze che hanno determinato l'apertura di un'indagine ispettiva;
- l'oggetto dell'attività ispettiva e l'analisi dell'attività e della normativa dell'ente soggetto a ispezione e individuazione del rappresentante legale e degli altri soggetti che ricoprono incarichi significativi in tale struttura;
- le indicazioni sulla tipologia dei documenti e dei dati da ricercare e acquisire;
- l'eventuale individuazione dei criteri di estrazione del 'campione' afferente alle fattispecie oggetto d'indagine;
- l'acquisizione di informazioni integrative presso la sede dell'Autorità a mezzo di specifiche audizioni;
- l'ipotesi operativa per lo svolgimento dell'ispezione, con indicazione delle fasi in cui si articolerà l'attività ispettiva, dal momento dell'accesso presso il soggetto vigilato sino all'elaborazione delle risultanze dell'attività ispettiva condotta.

Esaurita la fase preliminare si passa all'esecuzione dell'accertamento ispettivo vero e proprio che, a sua volta, si articola in due diversi momenti che si succedono senza soluzione di continuità, ovvero l'accesso e l'ispezione che terminerà con la redazione del processo verbale.

2.3. L'accesso

L'accesso è forse la fase più delicata nel corso della quale vengono svolte le attività di ricerca e acquisizione dei documenti che saranno oggetto della successiva analisi. L'accesso consiste nel potere di entrare in un luogo e nel soffermarvisi, anche senza o contro il consenso di chi ne ha la disponibilità, al fine di eseguirvi le operazioni richieste dal mandato. Il potere d'ispezione e di accesso è finalizzato esclusivamente all'accertamento di quanto previsto nel provvedimento di autorizzazione all'ispezione dell'Autorità. La prima operazione da eseguire in fase di accesso è la notifica del mandato ispettivo e della lettera di incarico. La notifica deve essere eseguita nei confronti del rappresentante legale o degli organi di vertice del soggetto ispezionato, del soggetto delegato a ricevere la notifica o di

qualunque altra persona che si qualifichi come appartenente al soggetto ispezionato. Qualora nessuno accetti la notifica dell'atto, se ne darà atto a verbale specificandone i motivi.⁷ Il soggetto ispezionato ha l'obbligo di garantire l'accesso ai funzionari dell'Autorità e di mettere a loro disposizione la documentazione richiesta, oltre ad agevolarli nella ricerca dell'ulteriore materiale il cui esame si renda necessario. L'apertura di armadi, cassetti, borse di lavoro e computer deve avvenire a opera del rappresentante legale, della persona dallo stesso incaricato o, comunque, a opera del dipendente che è tenuto alla custodia o al maneggio di tali beni. L'ispettore indica a tale persona i fascicoli e i documenti da ispezionare e se li fa dare in consegna. In alternativa, è possibile chiedere l'autorizzazione per poter procedere autonomamente. In questa fase i funzionari godono di alcune facoltà:

- l'osservazione dei luoghi, delle procedure e delle attività in essere al momento dell'accesso;
- la possibilità di ricercare notizie e prove;
- la possibilità di richiedere chiarimenti in relazione alla documentazione reperita;
- la possibilità di ascoltare le persone in grado di fornire dati ed elementi utili ai fini dell'indagine, per verificare il regolare svolgimento del procedimento amministrativo e la corretta esecuzione degli adempimenti previsti.

Proprio perché caratterizzata dalla possibilità di utilizzare poteri che restringono e limitano alcune libertà individuali, i poteri ispettivi possono essere esercitati solo dai funzionari esplicitamente designati e per gli scopi e obiettivi per i quali tali poteri sono conferiti. Le operazioni di accesso e ispezione devono essere condotte con modalità tali da recare la minore turbativa possibile all'ordinario svolgersi delle attività del soggetto ispezionato, alle sue relazioni personali, commerciali o professionali. Nell'esercizio di tali poteri gli ispettori possono accedere ai locali dei soggetti ispezionati, ai cantieri, agli uffici e a qualsiasi altro luogo nel quale viene svolta un'attività lavorativa assoggettabile a verifica ispettiva ai sensi delle norme che regolano l'esercizio dei poteri di vigilanza dell'Autorità. È comunque esclusa dal potere di accesso la dimora privata, salvo che l'interessato non presti per iscritto il proprio consenso. In assenza di tale autorizzazione i funzionari saranno comunque autorizzati a raccogliere dati, notizie e informazioni in qualunque altro modo e da qualunque altra fonte che non leda i diritti e le libertà individuali della controparte.

Nel corso dell'ispezione è possibile acquisire ogni documento necessario agli approfondimenti ispettivi. Per documento si intende ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni

⁷ Qualora all'accesso partecipino anche i militari della Guardia di Finanza, i funzionari dell'Autorità chiederanno loro di proseguire nel controllo esercitando i relativi poteri. Nel caso in cui vengano attivati i poteri della Guardia di Finanza, l'ispezione viene condotta e svolta interamente dalla Guardia di Finanza e il ruolo dei funzionari dell'Autorità è solo di assistere alle operazioni. La Guardia di Finanza, al termine delle operazioni, consegna ai funzionari dell'Autorità i documenti acquisiti nel corso dell'ispezione. In tal caso, nel verbale ispettivo redatto dai funzionari dell'Autorità si deve dare conto di tale attivazione, nonché, infine, della presa in consegna della documentazione.

e informali, formati e utilizzati ai fini dell'attività del soggetto ispezionato, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell'autore del documento, nonché ogni documento prodotto o contenuto su supporto informatico. I funzionari possono prendere solo la copia dei documenti. È di conseguenza vietato acquisire documenti originali, anche con l'assenso della parte.⁸ Qualora venga opposta resistenza alla consegna dei documenti o in caso di mancata esibizione dei documenti richiesti dovrà esserne fatta menzione nel processo verbale ispettivo, illustrandone i relativi motivi.⁹

2.4. La verbalizzazione delle operazioni

Al termine dell'ispezione viene redatto un processo verbale nel quale sono riportate tutte le attività svolte. Copia dell'atto deve essere consegnata alla Parte. Nel processo verbale devono essere riportate:

- le generalità degli ispettori con gli estremi delle lettere di incarico e dell'eventuale assistenza del personale della Guardia di Finanza;
- l'identificazione del soggetto ispezionato e della sede presso cui è stata svolta l'ispezione;
- le generalità e funzioni del soggetto che ha ricevuto la notifica del provvedimento;
- data e ora dell'inizio e della chiusura delle operazioni;
- l'oggetto dell'ispezione;
- le persone che hanno assistito alle operazioni;
- le eventuali obiezioni e contestazioni;
- le richieste di informazioni e di chiarimenti, nonché le risposte fornite o l'eventuale termine concesso, ovvero il rifiuto di rispondere alle richieste, specificando le eventuali motivazioni addotte;
- l'elenco dei documenti di cui si acquisisce copia e le eventuali contestazioni in ordine all'acquisizione, specificando i motivi adottati dalla parte.

⁸ Un'attenzione particolare deve essere prestata nel caso in cui nel corso dell'ispezione ci si imbatte in dati personali, e in particolare in quelli che attengono alla sfera più intima del singolo, definiti dal decreto legislativo n. 196/2003 come dati sensibili; in particolare l'art. 4 del citato decreto definisce alla lettera d) i «dati personali» come quelli «idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale». Questi documenti di norma non devono essere acquisiti.

⁹ Il rifiuto, il ritardo o l'omissione senza giustificato motivo di fornire informazioni o esibire i documenti può comportare l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie di cui all'art. 6, comma 11, del decreto legislativo n. 163/2006. In ogni caso non costituisce giustificato motivo di rifiuto o di omissione, l'opposizione: a) di vincoli di riservatezza previsti da atti regolamentari, circolari o disposizioni di servizio interni della stazione appaltante; b) di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o prescrizioni interne, anche orali; c) di esigenze di autotutela relative al rischio di sanzioni fiscali o amministrative; d) di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvo i casi in cui l'Autorità riconosca particolari esigenze segnalate al riguardo.

Qualora l'accertamento ispettivo non si concluda nell'arco di una giornata, il processo verbale del primo giorno viene redatto dando conto delle operazioni effettuate sino a quel momento e dell'eventuale apposizione di sigilli da parte della Guardia di Finanza. Il giorno seguente sarà redatto un nuovo verbale nel quale si darà conto dell'avvenuta interruzione delle procedure di accertamento e del proseguimento delle stesse. Appare appena il caso di rammentare che tale atto è assistito da particolare valore probatorio: esso, infatti, fa prova fino a querela di falso delle operazioni compiute, degli accertamenti svolti e delle dichiarazioni raccolte, mentre fa fede, fino a prova contraria, del contenuto dei documenti o delle dichiarazioni raccolte.

2.5. La relazione ispettiva

Al termine della verifica e degli accertamenti disposti, da condurre entro i termini assegnati nella lettera di incarico, gli ispettori redigono la relazione e la trasmettono debitamente sottoscritta al Dirigente dell'Ufficio ispettivo. La relazione, di norma, è il documento finale dell'attività ispettiva e deve essere consegnata entro 30 giorni dalla conclusione dell'ispezione (o dal ricevimento della documentazione integrativa richiesta entro la predetta scadenza temporale).

3. La cooperazione tra Guardia di Finanza e Autorità Nazionale Anticorruzione

Il contrasto alle truffe e agli illeciti in materia di spesa pubblica (nazionale e comunitaria) e alla corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione e nel settore degli appalti pubblici rientra tra gli obiettivi di prioritaria importanza della Guardia di Finanza.¹⁰ Per rendere più organica e coordinata la cooperazione, l'Autorità Nazionale Anticorruzione e la Guardia di Finanza hanno stipulato un protocollo di intesa con il quale si è inteso regolamentare:

- i criteri generali della collaborazione e dei meccanismi di coordinamento interistituzionale;
- il perimetro di intervento;
- le procedure e gli aspetti organizzativi per lo sviluppo della cooperazione.

Il livello di coordinamento è duplice:

- al Presidente dell'Autorità e al Comandante delle Unità Speciali della Guardia di Finanza per la definizione degli aspetti programmatici di sviluppo della collaborazione;
- al Segretario Generale dell'Autorità e al Comandante del Nucleo Speciale Anticorruzione per la fissazione delle linee di intervento operativo.

¹⁰ Nell'ambito dei piani operativi che danno concreta attuazione agli indirizzi di politica economica, finanziaria e fiscale contenuti nel Documento annuale di Programmazione di Economia e Finanza.

L'Autorità ha la possibilità di ricorrere al supporto della Guardia di Finanza per l'esercizio delle funzioni tanto nell'area della contrattualistica pubblica quanto nell'ampio comparto dei presidi di prevenzione della corruzione. Il Corpo può utilizzare a questi fini i poteri attribuiti per indagini e accertamenti di natura fiscale, aspetto quest'ultimo che conferisce alle sinergie un'indubbia incisività.¹¹

Nel settore della contrattualistica pubblica l'azione di cooperazione della Guardia di Finanza si sviluppa attraverso:

- ispezioni nei confronti delle stazioni appaltanti, degli operatori economici, nonché di ogni pubblica amministrazione e società a partecipazione pubblica, relativamente all'affidamento e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture e al conferimento di incarichi di progettazione;
- controlli sul sistema di qualificazione attuato dalle S.O.A., con particolare riguardo all'assetto societario, patrimoniale, organizzativo e di *governance*, al riscontro dei requisiti generali e di indipendenza, al rispetto delle procedure per il rilascio delle attestazioni, anche con riferimento alle società aventi sede legale all'estero;
- riscontri mirati per la verifica dei presupposti per l'applicazione delle misure in materia di temporanea e straordinaria gestione delle imprese *ex art. 32* del decreto legge n. 90/2014;
- analisi a supporto delle istruttorie relative alle procedure di rilascio del *rating* di legalità alle imprese.

Nell'ambito della normativa anticorruzione l'azione della Guardia di Finanza prevede:

- l'effettuazione di controlli relativi all'ottemperanza delle decisioni dell'Autorità e della vigilanza sull'applicazione della normativa di prevenzione della corruzione;
- l'effettuazione di controlli sul rispetto del Piano Nazionale e dei Piani triennali di Prevenzione della Corruzione;
- l'effettuazione di verifiche sull'osservanza degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni;
- l'effettuazione di accertamenti in materia di conflitti di interesse, inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico;
- l'effettuazione di controlli relativi all'ottemperanza delle decisioni dell'Autorità.

¹¹ A tal proposito il Corpo della Guardia di Finanza ha rivisitato la propria struttura organizzativa istituendo il Nucleo Speciale Anticorruzione (quale referente unico dell'ANAC) e, nell'ambito dei Nuclei di polizia tributaria dei capoluoghi di regione, le Sezioni Anticorruzione (punti di contatto privilegiati sul territorio per il soddisfacimento delle esigenze ispettive dell'ANAC e per lo sviluppo delle indagini nel comparto dei reati contro la pubblica amministrazione). Va peraltro osservato che la prevenzione e il contrasto delle diverse forme d'illegalità che ostacolano il regolare e legale esercizio delle funzioni pubbliche, nelle diverse manifestazioni, coinvolgono tutte le Unità operative della Guardia di Finanza, cui spetta il compito di assicurare in ogni circostanza, un tempestivo e professionale supporto alla magistratura ordinaria e contabile nelle indagini di competenza, nonché all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Sul punto, va precisato che le casistiche individuate dall'accordo non sono da ritenersi esaustive degli ambiti di possibile sinergia, nel senso che l'ampio spettro delle competenze istituzionali dell'Autorità e la generale funzione di supporto attribuita alla Guardia di Finanza rendono ipotizzabile l'estensione del raggio della collaborazione rispetto a ogni area d'intervento rientrante nelle funzioni dell'Autorità, ivi comprese quelle che potranno eventualmente derivare dai processi di riforma in atto nei settori della contrattualistica pubblica e della pubblica amministrazione nel suo complesso.

La collaborazione tra ANAC e Guardia di Finanza è attivata mediante richiesta di intervento al Nucleo Speciale Anticorruzione nella quale sono individuati:

- l'ambito e lo scopo della collaborazione;
- i fatti e le circostanze in ordine ai quali è necessario acquisire dati e informazioni;
- la tipologia degli accertamenti da sviluppare.

Qualora il controllo venga svolto in maniera congiunta, il coinvolgimento dei militari della Guardia di Finanza è, in linea generale, a supporto dei funzionari dell'Autorità, cui compete pertanto la direzione delle attività. La suddivisione dei compiti e delle azioni da svolgere dovrà essere oggetto di preventivo raccordo tra i referenti dell'ANAC e i militari designati, nella prospettiva di orientare l'impegno di questi ultimi verso l'approfondimento di aspetti documentali e contabili per i quali le competenze di polizia economico-finanziaria rappresentano un concreto valore aggiunto ai fini della ricostruzione dei fatti oggetto di analisi. Sarà parimenti oggetto di raccordo lo sviluppo delle incombenze connesse alla rilevazione di fattispecie di reato e/o violazioni di carattere amministrativo durante gli interventi, alla luce delle prerogative riconosciute agli Ispettori dell'ANAC¹² e alle funzioni di polizia giudiziaria proprie delle Fiamme Gialle.¹³ Qualora, al contrario, le attività siano interamente rimesse all'azione della Guardia di Finanza, il Nucleo Speciale Anticorruzione, tenendo anche conto delle eventuali indicazioni riportate nelle richieste di collaborazione provenienti dall'Autorità, potrà procedere direttamente e con proprio personale all'esecuzione degli accertamenti, ovvero avvalersi del supporto della componente territoriale.

¹² Gli ispettori dell'ANAC rivestono nell'esercizio delle funzioni la qualifica di pubblici ufficiali e, per questo, ai sensi dell'art. 331 del codice di procedura penale, qualora nel corso delle attività ispettive vengano a conoscenza di fatti configurabili quali ipotesi di reato hanno obbligo di denunciarli all'autorità giudiziaria competente (cfr. al riguardo, Paragrafo 3.3. delle *Linee Guida*). Per quanto riguarda la contestazione di illeciti di carattere amministrativo, si rende applicabile l'art. 13, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, in virtù del quale tale incombenza è tra l'altro demandata agli «organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro», fra cui deve annoverarsi naturalmente anche il personale ispettivo dell'Autorità.

¹³ Da cui scaturisce l'obbligo di comunicazione delle notizie di reato all'autorità giudiziaria nonché le competenze in materia di contestazione delle violazioni di carattere amministrativo ai sensi dell'art. 13, comma 4, della citata legge del 1981, n. 689.

4. I poteri e le facoltà della Guardia di Finanza

La norma che prevede, tra le altre, anche la competenza della Guardia di Finanza in ordine alla vigilanza sulla spesa pubblica è l'art. 2 del decreto legislativo 19 marzo 2001, n. 68, concernente l'*Adeguamento dei compiti del Corpo della Guardia di Finanza, a norma dell'art. 4 della legge 31 marzo 2000, n. 78*. Secondo tale disposizione sono affidati al Corpo «la tutela del bilancio pubblico delle regioni, degli enti locali e dell'Unione europea» nonché «specifici compiti di prevenzione, ricerca e repressione delle violazioni».¹⁴

In ossequio alla disposizione, la Guardia di Finanza, quale organo di polizia economico-finanziaria, pone in essere tutte le iniziative tese a contrastare ogni forma di frode nella gestione, erogazione, percezione e impiego di risorse pubbliche, avvalendosi – tra le altre – anche delle facoltà e dei poteri previsti dagli artt. 32 e 33 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, e 51 e 52 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni. Tali poteri e facoltà si identificano nella possibilità di:

- effettuare accessi, ispezioni e verifiche;
- invitare i soggetti sottoposti a controllo a comparire per esibire documenti e scritture, fornire dati, notizie e chiarimenti, anche con riguardo ai rapporti finanziari intrattenuti con gli intermediari;
- inviare questionari con richieste di dati e notizie rilevanti ai fini delle attività ispettive in corso;¹⁵
- richiedere copia dei conti intrattenuti con le banche, l'Amministrazione postale e gli altri intermediari finanziari, nonché accedere presso i medesimi enti al fine di rilevare direttamente i dati e le notizie oggetto di richiesta che non siano stati trasmessi;¹⁶

¹⁴ In realtà una competenza sul controllo – anche – della spesa pubblica la si può rinvenire, seppur in maniera ancora embrionale, già nella legge del 23 aprile 1959, n. 189, concernente l'ordinamento del Corpo della Guardia di Finanza, laddove si prevede che la Guardia di Finanza – parte integrante delle Forze armate dello Stato e della forza pubblica dipendente direttamente e a tutti gli effetti dal Ministro per le finanze – «ha il compito di vigilare, nei limiti stabiliti dalle singole leggi, sull'osservanza delle disposizioni di interesse politico-economico».

¹⁵ La cui mancata adesione è sanzionata non dalla normativa fiscale, ma dall'art. 37 del decreto legge n. 223/2006 che prevede la pena pecuniaria da 258 a 2065 euro irrogata secondo la procedura disposta dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 concernente le sanzioni amministrative.

¹⁶ Oltre a tale disposizione si evidenzia che con l'art. 25 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in legge 7 agosto 2012, n. 134, il Legislatore ha esteso al Nucleo Speciale Spesa Pubblica e Repressione Frodi Comunitarie della Guardia di Finanza la possibilità di avvalersi anche dei poteri e delle facoltà previste nel D.P.R. 31 marzo 1988, n. 148, Testo Unico delle norme in materia valutaria e dei poteri e facoltà già previsti per il contrasto al riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, di cui all'art. 8, quarto comma, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231. In sintesi tali poteri prevedono la possibilità di: a) accedere ai dati contenuti nell'*Archivio dei rapporti finanziari* di cui all'art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 605, nel quale sono contenute le informazioni relative ai rapporti intrattenuti e alle operazioni eseguite dai contribuenti con gli intermediari bancari e finanziari; b) interpellare gli intermediari bancari e finanziari per l'acquisizione della documentazione in loro possesso sul conto dei soggetti interessati; c) richiedere

- richiedere agli Organi e alle Amministrazioni dello Stato la comunicazione di dati e notizie relativi a soggetti indicati singolarmente o per categorie, con facoltà di accesso presso i medesimi soggetti per rilevare direttamente tali elementi;
- richiedere a notai, procuratori del registro, conservatori dei registri immobiliari e altri pubblici ufficiali copie di atti e documenti depositati presso di loro;
- utilizzare e trasmettere, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, agli organi competenti per i procedimenti sanzionatori amministrativi e di recupero delle risorse indebitamente percepite, dati e notizie acquisiti direttamente o riferiti e ottenuti dalle altre Forze di Polizia nell'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria;
- rivolgere inviti a esibire o trasmettere, anche in copia, atti e documenti rilevanti ai fini degli accertamenti in corso.

Per l'utilizzo di tali poteri e facoltà nello specifico settore del contrasto alle frodi nella spesa pubblica, salvo che non sia diversamente previsto, si osservano le disposizioni normative e regolamentari già stabilite per l'ordinario utilizzo in ambito fiscale.¹⁷ Pertanto, prescindendo dalla natura del supporto fornito all'Autorità, i militari della Guardia di Finanza dovranno essere sempre in possesso di apposito foglio di servizio recante:

- l'esplicito richiamo al provvedimento ispettivo emesso dall'Autorità;
- i riferimenti normativi che prevedono la facoltà per l'ANAC di avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza e i poteri che legittimano l'intervento.

Copia di tale provvedimento, nel caso d'intervento svolto in autonomia da Unità operative del Corpo, sarà notificato alla controparte interessata.

4.1. Rapporto tra indagine penale e attività a richiesta dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Nello svolgimento delle attività demandate dall'ANAC, qualora emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova sono compiuti in base a quanto previsto dall'art. 220 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale.¹⁸

l'esibizione di documentazione contabile e di altra natura con possibilità di estrarne copia; d) assumere dichiarazioni dalle persone sottoposte a controllo; e) accedere presso esercizi pubblici e locali aziendali o commerciali per eseguirvi ispezioni, verifiche e ricerche nonché ricorrere alle altre potestà attribuite al personale del Corpo dalle norme tributarie.

¹⁷ A titolo esemplificativo gli accessi presso i soggetti da sottoporre a controllo dovranno essere autorizzati con specifico foglio di servizio dal comandante del reparto; gli accessi in luoghi diversi dall'esercizio delle attività o in locali adibiti anche ad abitazione dovranno essere autorizzati dall'autorità giudiziaria, o, ancora, le indagini finanziarie potranno essere esperite previa autorizzazione del comandante regionale.

¹⁸ Art. 220, disposizioni di attuazione del Codice di procedura penale (Attività ispettive e di vigilanza) 1. Quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice.

Nella sostanza, i militari della Guardia di Finanza devono dare corso, nell'immediato, agli adempimenti previsti dal codice di procedura penale, senza obbligo di comunicazione delle relative risultanze all'ANAC. Quest'ultima, tuttavia, previo raccordo con la magistratura procedente, potrà essere informata delle sopravvenute esigenze di natura penale, tenuto conto che, in virtù di quanto previsto dall'art. 129, comma 3, delle norme di attuazione del codice di procedura penale,¹⁹ sussiste un obbligo di raccordo diretto tra la magistratura procedente e l'ANAC.

¹⁹ Articolo così modificato dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, che ha imposto l'obbligo in capo al Pubblico Ministero di informare il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione dando notizia dell'esercizio dell'azione penale per i delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322, 322 *bis*, 346 *bis*, 353 e 353 *bis* del codice penale.

“Transparency and anti-corruption between enforcement and risk management”

Abstract in English

The book stems from a training activity for public managers held in the Collegio “Fratelli Cairoli” of Pavia and organized by the Department of Political and Social Science and the “Giandomenico Romagnosi” Foundation. Essays are focused, adopting a multidisciplinary approach, on anti-corruption and transparency items, giving an original contribution to the ongoing debate on these issues.

Pietro Previtali, is an Associate Professor of Business Organization at University of Pavia. He got his PhD in Management and Business Administration at Bocconi University. He is Rector’s Delegate for Human Resources management and member of the Anticorruption Committee of the University of Pavia.

Since 1998 he has been teaching and conducting research on the managerial issues surrounding the introduction of information technologies in public agencies, health care organizations and private companies. At present, he is conducting research on compliance and business ethics, especially with reference to accreditation systems.

Raffaella Procaccini is PhD of Commercial Criminal Law in Bocconi University. She is member of the “Giandomenico Romagnosi” Foundation- Local Government School. She is a lawyer in Pavia and in Milan.

Andrea Zatti is Researcher of European Public Finance and Local Public Finance in the University of Pavia.

He is President of the “Giandomenico Romagnosi” Foundation- Local Government School and Rector of the “Fratelli Cairoli” College.

He has worked in the research area with APAT (Italian National Environmental Agency), CIRIEC (Centre Interdisciplinaire de Recherches et d’Information sur le Entreprises Collectives) and OCSE on environmental and territorial issues.

