



Mercoledì 20 gennaio 2016
ore 9.30-13.30

Sede Carisbo, Sala dei 100
Via Farini 22, Bologna

CONVEGNO
**La prevenzione della
corruzione alla luce
dell'aggiornamento
2015 al Piano nazionale
Anticorruzione (PNA)**

Evento formativo accreditato dal Consiglio dell'Ordine
degli Avvocati di Bologna (n. crediti 4) e dall'Ordine dei Dottori
Commercialisti e degli Esperti Contabili di Bologna (n. crediti 4)



Corruzione e contratti pubblici alla luce dell'aggiornamento del PNA 2015

Relatore: Giuseppe PIPERATA

Professore, Avvocato, Associato presso l'Università IUAV di Venezia e

Docente presso la SP.I.S.A. di Bologna

COMITATO DI PROGETTO E INFORMAZIONI UPI EMILIA-ROMAGNA

via I. Malvasia,6 – 40131 Bologna

Responsabile Formazione: dott.ssa Luana Plessi

luana.plessi@upi.emilia-romagna.it

Segreteria Organizzativa

dott.ssa Federica Serra, Elettra Bergamini

tel.051-6492491 fax 051-6494321

Introduzione

Gli strumenti amministrativi di lotta alla corruzione e il ruolo dell'Anac

Ringraziamenti:

1. La corruzione amministrativa ed il sistema – Italia

- La corruzione amministrativa, al pari di qualsiasi altro fenomeno sociale, appartiene alla storia dell'uomo, e al diritto è sempre spettato il compito di provare a reprimerla e, in seconda battuta, prevenirla.
- Parte dal 3000 a.c. la storia della corruzione scritta da J.T. Noonan Jr., *Ungere le ruote. Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla rivoluzione francese*, Milano, SugarCo, 1984
- In Italia, la corruzione amministrativa è un fenomeno che presenta una certa rilevanza ¹. I luoghi comuni sulla “familiarità” del popolo italiano e delle sue amministrazioni pubbliche con le dinamiche corruttive abbondano, e molte volte sono frutto di esagerate e ingiustificate enfattizzazioni di presunte caratteristiche o abitudini.
- E' opinione molto diffusa quella secondo la quale sarebbero quattro i settori di amministrazione pubblica in cui il rischio di avere eventi corruttivi è particolarmente elevato. Si tratta del sistema sanitario, dell'amministrazione finanziaria, del governo del territorio (urbanistica, edilizia e ambiente) e del settore degli appalti pubblici.
- Non si vuole in questa sede sostenere in maniera assertiva che la pubblica amministrazione in Italia sia stata sempre inefficiente e profondamente corrotta; che esista un “lato oscuro” del settore pubblico che ha sempre contrastato e azzerato gli unici criteri che dovrebbero guidarne l'azione, ossia l'imparzialità ed il buon andamento. Anzi. A ben vedere, non solo non sono mancati nei percorsi evolutivi delle istituzioni momenti in cui gli impiegati pubblici hanno dato prove di alte virtù, ma, come ricordato, tra gli impiegati pubblici «gli onesti sono una larga maggioranza» ².
- La situazione oggi appare più grave per diverse ragioni:
 1. ci dobbiamo confrontare con gli altri: si prenda, ad esempio, il Corruption Perceptions Index per il 2014, pubblicato recentemente ³. Come ogni anno, oramai dal 1995, un'organizzazione non governativa, la Transparency International, registra il livello di corruzione percepita in tutti i paesi del mondo. Rispetto agli anni scorsi, l'Italia non solo è peggiorata, ma presenta un punteggio ben al di sotto della media europea e della sufficienza, collocandosi, infatti, al 69° posto con Senegal, Romania e Bulgaria. Sono dati che, come a tutti noto, hanno un notevole impatto a livello mediatico, sull'opinione pubblica, a proposito della credibilità delle istituzioni e delle economie dei singoli paesi di riferimento.

¹ Cfr. F. MANGANARO, *La corruption en Italie*, in *Ius Publicum* (www.ius-publicum.com), 2014, n. 2, p. 3 ss., e N. FIORINO - E. GALLI, *La corruzione in Italia*, Bologna, 2013.

² Così B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, p. 7.

³ <http://www.transparency.org/>.

Che l'Italia non goda di ottima reputazione sotto il profilo del rispetto dei principi di etica pubblica non è una novità. Certo, non è solo un male italiano;

2. ricadute sulla credibilità delle istituzioni: si deve, però, sottolineare la gravità del fenomeno, dato che alla corruzione in senso "soggettivo" (ossia, legato a comportamenti illeciti individuali) si accompagna una situazione di corruzione "oggettiva" (ossia, legata al disfacimento del quadro ordinamentale e della struttura istituzionale), i cui effetti vanno ben al di là dei comportamenti e delle singole vicende ⁴. Esempio, in una recente Relazione UE sulla lotta alla corruzione si afferma che il 97% degli italiani pensa che tutto il sistema di contrattazione pubblica sia corrotto ⁵;

3. ricadute sull'economia e sulle finanze pubbliche: l'imponente impatto economico del fenomeno, che, secondo alcuni dati, in Italia ammonterebbe a oltre 60 miliardi di euro, pari al 3,8% del PIL, e determinerebbe un aumento del costo delle opere pubbliche del 40% ⁶.

- le cause (alcune)

- mancanza di «noblesse d'Etat», come la chiama Sabino Cassese ⁷
- qualità e sovrabbondanza delle leggi: Dionigi nel libro *La legge sovrana* cita Solone, grande giurista ateniese, che affermava "le leggi sono come ragnatele: i potenti le infrangono, i deboli vi rimangono impigliati"
- tendenza del legislatore di prevedere ipotesi derogatorie rispetto alle discipline ordinarie in materia di contrattazione pubblica
- il quadro particolarmente complesso che spesso caratterizza il sistema, l'organizzazione ed il funzionamento della pubblica amministrazione.

2. La lotta alla corruzione: la funzione di prevenzione

- In Italia il fenomeno corruttivo rappresenta la matrice di comportamenti che possono configurare differenti reati, tutti oggetto di disciplina giuridica da parte del Codice penale (artt. 318 ss.).
- La corruzione, la concussione e altre dinamiche analoghe sono state sempre considerate fattispecie delittuose e, quindi, sempre è stato attribuito al diritto penale il compito di svolgere un ruolo attivo e preponderante nell'attività di contrasto.
- Tuttavia, è convinzione di molti che relazionarsi al fenomeno in termini esclusivamente repressivi implica un approccio insufficiente al problema e, di sicuro, tale approccio non è in grado, da solo, di impedirne il manifestarsi o di risolvere le tante conseguenze negative da

⁴ Cfr. M. D'ALBERTI - R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994.

⁵ Commissione UE, Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, 3 febbraio 2014, (COM) 38.

⁶ Sul "costo" della corruzione per la collettività, in generale, v. L. HINNA - M. MARCANTONI, *Corruzione. La tassa più iniqua*, Roma, 2013.

⁷ S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011, p. 95.

questo prodotte ⁸. Pertanto, da alcuni anni, il legislatore italiano ha potenziato anche i meccanismi di prevenzione, retti dal diritto amministrativo e funzionali ad un'azione idonea a contrastare "a monte" il possibile insorgere di quelle manifestazioni destinate a corrompere l'esercizio della funzione pubblica.

- Riferimenti costituzionali: art. 97

3. Il sistema anticorruzione e i principali strumenti amministrativi di contrasto alla corruzione.

- Il sistema italiano di lotta alla corruzione è stato interessato da processi di radicale trasformazione, i quali hanno riscritto e innovato sul versante penalistico e amministrativistico i tradizionali meccanismi di prevenzione, contrasto e repressione. Tale trasformazione è stata realizzata, in parte, per effetto di riforme di portata generale che hanno affrontato, in termini ampi e generali, il problema dell'illegalità nella pubblica amministrazione, in parte, invece, attraverso misure specifiche introdotte dal legislatore con riferimento al settore dei contratti pubblici.
- Le riforme di portata generale, in questa sede, non possono che essere semplicemente richiamate per cenni. La più importante di queste è rappresentata dalla L. 6 novembre 2012, n. 190, la quale nel dare attuazione ad alcuni impegni assunti dall'Italia in sede internazionale (Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003 e Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999), ha costruito un sistema integrato di politiche anticorruzione, articolato su tre linee di intervento: rafforzamento dell'impianto repressivo, miglioramento delle misure di prevenzione, promozione di una cultura della legalità e dell'etica pubblica nelle amministrazioni centrali e locali ⁹.
- La l. n. 190/2012 costruisce un vero e proprio sistema organizzato con lo scopo di assicurare un'azione coordinata per favorire il controllo, la prevenzione ed il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. A tal fine, la legge configura un'apposita organizzazione, appronta specifici strumenti e regola anche processi e azioni che dovranno essere intrapresi nell'ambito delle differenti strutture in cui si articola il potere pubblico, anche a costo di risultare invadente rispetto agli ambiti di autonomia organizzativa spettanti alle amministrazioni ¹⁰. Alcuni contenuti della l. n. 190/2012 sono di portata innovativa per il nostro ordinamento e le nostre pubbliche amministrazioni, a cominciare proprio dalla definizione dei soggetti chiamati a governare le politiche anticorruzione: a

⁸ Sottolinea tale aspetto F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in *Astrid Rassegna*, 2015, n. 9, p. 4 ss.

⁹ Cfr. quanto affermato in tal senso da R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La L. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in *www.giustizi-amministrativa.org*. Ma sulla l. n. 190/2012 v. anche i commenti contenuti nel numero monografico *La nuova disciplina anticorruzione*, *Ist. fed.*, 2013, n. 2, B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 123 ss., e B.G. Mattarella - M. Pellissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013.

¹⁰ Sottolinea, in particolare, tale aspetto, F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in questa *Rivista*, n. 5 del 2015, spec. P. 9 ss.

livello centrale, la l. n. 190/2012, istituisce l'Autorità nazionale anticorruzione, che – come vedremo – assorbe anche le funzioni della soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, mentre a livello decentrato di singolo ente si immagina l'individuazione obbligatoria di un responsabile della prevenzione della corruzione, al quale spettano importanti compiti di proposta rispetto alle politiche di lotta alla corruzione e di promozione della cultura della legalità nell'ambito dell'amministrazione di appartenenza. La prevenzione come funzione diffusa.

- Altrettanto importanti e innovativi sono gli strumenti e le dinamiche alle quali la riforma affida concretamente l'azione soprattutto preventiva e di lotta alla corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Si tratta, in primo luogo, dell'attività di pianificazione dell'azione di contrasto, realizzata già a livello centrale mediante il Piano nazionale anticorruzione, approvato dall'Autorità, e poi esercitata anche nelle singole amministrazioni attraverso il Piano triennale anticorruzione, al quale spetta, in primo luogo, il compito di individuare i campi di azione dell'ente in cui i rischi di corruzione sono più elevati e, di conseguenza, immaginare un sistema di prevenzione e di intervento diretto a limitare tali rischi.
- La legge del 2012 conteneva anche alcune deleghe al governo per definire per via legislativa o regolamentare il quadro di riferimento per le specifiche politiche di lotta alla corruzione:
 - In particolare, le politiche hanno riguardato, in primo luogo, l'introduzione di numerosi obblighi di pubblicità per le pubbliche amministrazioni e di rimodulazione del principio di trasparenza dell'azione pubblica, declinato, oggi, in termini innovativi (ossia, di trasparenza intesa come obbligo generalizzato di conoscibilità dell'azione dei pubblici poteri, anche in chiave di maggiore controllo da parte dei cittadini sul loro operato) e supportato dal nuovo istituto dell'accesso civico (d.lgs. 8 aprile 2013, n. 33) ¹¹. Il sito l'amministrazione trasparente.
 - In secondo luogo, il legislatore delegato ha anche disciplinato il sistema di incandidabilità e dei divieti a ricoprire cariche pubbliche per effetto di condanne definitive (d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, c.d. legge Severino), e il sistema di inconferibilità e incompatibilità ai fini dell'assunzione di incarichi presso amministrazioni pubbliche o enti da questi controllati (d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39).
 - Infine, è stato anche emanato un codice di comportamento per i pubblici dipendenti, con il quale sono stati fissati i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che questi sono tenuti a rispettare nell'esercizio dei loro compiti (d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62).

¹¹ Cfr. il numero monografico *La nuova declinazione del principio di trasparenza*, *Ist. fed.*, 2013, n. 3/4, il lavoro collettaneo A. NATALINI - G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, e M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 795 ss.

- L'estensione del sistema anticorruzione anche all'amministrazione fuori dell'amministrazione: le linee guida Anac per società, enti privati e enti pubblici economici del 2015.

4. I compiti dell'Anac: in particolare, il potere di ordine e la funzione regolativa.

- La storia dell'Anac: inizialmente all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), l'art. 13, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, riservava compiti diretti a favorire la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pubbliche. Successivamente il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, all'art. 19, ha soppresso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), finora incaricata dello svolgimento delle principali funzioni di regolazione e vigilanza sul settore di riferimento, e ne ha trasferito compiti e funzioni all'Anac.
- Le funzioni svolte e poteri esercitati. In particolare:
 - funzione di garanzia, soprattutto rispetto al settore della contrattazione pubblica. Ora, sappiamo che, con riferimento al settore in questione, l'ordinamento giuridico appronta diversi rimedi soprattutto per far fronte a disfunzioni patologiche, frutto del mancato rispetto del paradigma legislativo ed in grado di generare situazioni di illecito penale, illegittimità amministrative o anche di danno erariale. Sono rimedi che intervengono successivamente al verificarsi del fatto o dell'evento e quasi sempre prevedono un coinvolgimento del potere giudiziario per ripristinare l'ordine violato. Il mercato dei contratti pubblici, tuttavia, è un settore di intervento dei pubblici poteri rispetto al quale la prospettiva di correzione appena richiamata svolge un ruolo importante, ma non esaustivo. Il settore, infatti, è un ambito di intervento particolarmente complesso, con attori pubblici chiamati a operare secondo un quadro giuridico di riferimento stratificato, molto dettagliato e spesso in movimento, che assorbe denaro pubblico in ingenti quantità, che coinvolge anche interessi privati di operatori economici e aspettative dei cittadini, a volte, equiparabili a veri e propri utenti. In altri termini, la fase ex post, repressiva o ripristinatoria appare insufficiente ad assicurare tutte le finalità e gli interessi che si intrecciano nello svolgimento dell'azione contrattuale pubblica. Tale dinamica di azione pubblica ha bisogno anche di momenti preliminari di indirizzo e di controllo o di interventi correttivi da affidare alla stessa amministrazione o, in ogni caso, a soggetti indipendenti, ma diversi dai giudici, cui consegnare la salvaguardia di quei principi e interessi che abbiamo detto essere molto rilevanti in tale settore. Si tratta di momenti che potrebbero essere ricondotti ad una amplissima funzione di garanzia ¹²: garanzia offerta a tutti i soggetti che a diverso titolo compongono il quadro della negoziazione pubblica (le stesse amministrazioni, gli operatori economici, i cittadini e gli utenti), avente ad oggetto la pluralità di beni che nelle dinamiche contrattuali vanno tutelati (il denaro pubblico, la concorrenza, l'imparzialità e la correttezza degli amministratori, ecc.) e realizzabile attraverso altre funzioni e molteplici strumenti (di regolazione, di controllo, di vigilanza, ecc.).

¹² Per un approfondimento del ruolo dell'ANAC e della funzione di garanzia svolta nel settore dei contratti pubblici, sia consentito rinviare a G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2014, p. 33 ss.

- funzione di regolazione: anche se il legislatore non si esprime esplicitamente al riguardo, è opinione condivisa oramai quella secondo la quale sia possibile riconoscere all'Autorità anche un potere di regolazione, da esercitare attraverso atti con i quali l'Autorità affronta questioni di interesse generale o fornisce soluzioni interpretative a questioni di massima¹³. La stessa Autorità, del resto, ha rivendicato la titolarità di un generale potere di regolazione, che ha esercitato per l'adozione di linee guida, ad esempio a proposito della definizione delle condizioni di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower) o per l'applicazione della normativa anticorruzione alle società e agli enti di diritto privato controllati o partecipati dalle amministrazioni pubbliche¹⁴.
- potere d'ordine. E' un potere atipico disciplinato nella Delibera Anac n.146 del 2014 in materia di esercizio del potere di ordine e riconducibile alla funzione di vigilanza dell'Autorità. La legge n. 190 è sul punto chiarissima: essa configura (comma 2, lettera f)) un potere di vigilanza e di controllo "sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni" in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza". E' un potere che non ha contenuto sanzionatorio, ma è volto ad assicurare, in modo tempestivo, il rispetto della legge, con riferimento a particolari atti e comportamenti che la legge ha ritenuto particolarmente significativi ai fini della prevenzione della corruzione e della garanzia del principio di trasparenza.
Si possono distinguere due grandi categorie di provvedimenti con i quali l'ANAC, in quanto titolare del relativo potere, può ordinare all'amministrazione destinataria l'adozione di atti o di specifici comportamenti.
In primo luogo vi sono i casi in cui l'atto e il comportamento ordinato discenda da un obbligo già compiutamente definito dalla legge.
In secondo luogo vi sono i casi in cui la legge predetermina, ma solo parzialmente, atti e comportamenti cui siano tenute le amministrazioni. Casi in cui la legge (ovvero il Piano nazionale anticorruzione, ovvero il PTPC o il Piano della trasparenza della stessa amministrazione) prevede l'adozione di atti, ma non ne predetermina nel dettaglio i contenuti. Ovvero casi in cui la stessa amministrazione, con i propri piani (di prevenzione della corruzione e di trasparenza) abbia previsto l'adozione di misure, che poi non sono state adottate o sono state adottate in modo incompleto o illegittimo.
Nel primo caso è sufficiente che l'Autorità verifichi il mancato rispetto dell'obbligo discendente direttamente dalla legge per adottare il provvedimento di ordine. Nel secondo caso l'accertamento della mancata adozione di atti e comportamenti previsti dalla legge, (ovvero l'accertamento della violazione della legge) non è sufficiente, perché dalla legge non si ricava direttamente l'atto o il comportamento che l'amministrazione è tenuta ad adottare, ma è necessaria una attività di determinazione del contenuto dell'atto che l'amministrazione destinataria dovrà adottare, in tal modo colmando la previsione non puntuale della legge.
La delibera disciplina anche i provvedimenti adottabili, i presupposti e le procedure.

¹³ L'ANAC ha recentemente emanato il regolamento 8 aprile 2015, contenente *Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, www.anticorruzione.it.

¹⁴ Il riferimento è a due recenti determinazioni dell'ANAC, rispettivamente, la n. 6 del 28 aprile 2015, *Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*, in G.U., 14 maggio 2015, n. 110, e la n. 8 del 17 giugno 2015, *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, entrambi in www.anticorruzione.it.