

21 OTTOBRE 2020

Tra misure preventive e strumenti di
contrasto: la via italiana
all'anticorruzione

di Giovanni Gallone

Referendario presso il T.A.R. Lecce

e Angelo Giuseppe Orofino

Professore associato di Diritto amministrativo
Università LUM Jean Monnet

Tra misure preventive e strumenti di contrasto: la via italiana all'anticorruzione*

di Giovanni Gallone

Referendario presso il T.A.R. Lecce

e Angelo Giuseppe Orofino

Professore associato di Diritto amministrativo
Università LUM Jean Monnet

Abstract [It]: Negli ultimi anni, anche in ragione del susseguirsi di inchieste e scandali, è aumentata l'attenzione dedicata al tema della lotta alla corruzione, il cui contrasto non è stato più perseguito solamente mediante l'utilizzo di strumenti penalistici, ma anche attraverso misure amministrative di contrasto del fenomeno.

Abstract [En]: In the last few years, also due to the succession of inquiries and scandals, the attention dedicated to the anti-corruption issue has increased, and the contrast to it has no longer been pursued only through the use of penal instruments, but also through administrative measures to combat the phenomenon.

Sommario: 1. La corruzione in Italia. 2. Una nuova prospettiva: la corruzione come rischio. 3. La trasparenza quale primo presidio anticorruzione. 4. La pianificazione anticorruzione ed il ruolo di Anac. 5. I limiti del sistema e le sue prospettive.

1. La corruzione in Italia

Le classifiche internazionali in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione continuano a collocare l'Italia in una posizione ingenerosa, in compagnia di Paesi dalla tradizione democratica molto più recente e decisamente meno solida¹.

Ancorché gli ultimi anni paiano aver segnato, anche grazie ad alcuni interventi di riforma, un'inversione di tendenza rispetto al passato, la distanza rispetto a tanti Paesi europei continua ad apparire consistente². È difficile dire quali siano le ragioni profonde del problema.

* Articolo sottoposto a referaggio. Benché il presente contributo sia il frutto della riflessione congiunta dei due autori, i paragrafi 1, 2 e 4 sono stati scritti da Giovanni Gallone, laddove i paragrafi 3 e 5 sono stati scritti da Angelo Giuseppe Orofino.

¹ L'indice più accreditato appare, allo stato, quello elaborato annualmente da Transparency International (TI), organizzazione internazionale non governativa impegnata nello studio e nel contrasto a livello globale dei fenomeni corruttivi. L'indice di corruzione – Corruption Perceptions Index (CPI) – si presenta come una graduatoria dei Paesi del mondo ordinata sulla base «dei loro livelli di corruzione percepita, come determinati da valutazioni di esperti e da sondaggi d'opinione». Il Corruption perceptions Index 2019 colloca l'Italia al cinquantunesimo esimo posto su 180 Stati.

² Basti osservare che nove dei primi dieci posti sono occupati da Paesi europei, con al primo posto la Danimarca.

Se certamente la storia della Penisola, tanto lunga quanto travagliata, è in grado di spiegare molte delle storture dell'amministrazione³, non sono mancate ricostruzioni dal sapore più sociologico che muovono dal dato culturale⁴.

Quale che sia la risposta, il fenomeno corruttivo rappresenta un male inveterato, che affligge la macchina amministrativa da sempre. Dagli albori post-unitari, passando per scandali più o meno gravi, fino alla stagione di «Mani Pulite»⁵, la corruzione è una sorta di costante, tanto che probabilmente non è possibile studiare seriamente il diritto amministrativo italiano, specie nel suo inverarsi storico, senza un'adeguata riflessione su di essa⁶.

Ad essere mutata negli anni è, piuttosto, la sua percezione⁷.

Dall'idea che essa si riducesse ad episodi isolati, espressione di scelte e responsabilità individuali e dal rilievo unicamente penale, si è progressivamente passati alla convinzione che si sia dinanzi ad un fenomeno capillare e di impronta sistemica⁸.

L'abbandono di una logica riduzionistica è maturato insieme alla consapevolezza che la corruzione costituisce un pesantissimo fardello per l'economia del Paese⁹.

³ La frammentazione politica delle origini, figlia del particolarismo geografico e culturale (anche nella declinazione individualistica del «particolare» di F. GUICCIARDINI, *Ricordi civili e politici*, Firenze, 1530, opera successivamente ripubblicata da moltissimi editori, tra i quali si segnala l'edizione, attualmente in commercio, edita da Carabba, Lanciano, 2008) ha inciso significativamente sulla nascita del sistema amministrativo italiano: G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996, p. 15.

⁴ Ha ottenuto discreto successo il concetto di *amoral familism* elaborato da E.C. BANFIELD, *The Moral Basis of a Backward Society*, Glencoe, Illinois, 1958, trad. it., *Le basi morali di una società arretrata*, Bologna, 1976. Elaborato sulla scorta di un'indagine condotta nel Meridione, esso esprime la tendenza alla estremizzazione dei rapporti familiari in danno della capacità di associarsi e dell'interesse collettivo. Secondo l'autore il paradigma sarebbe quello di «massimizzare unicamente i vantaggi materiali di breve termine della propria famiglia nucleare, supponendo che tutti gli altri si comportino allo stesso modo» (*ibid.* 83). A sottolineare il parallelismo tra i due fenomeni, il «familismo» è stato messo in correlazione con la nascita delle organizzazioni criminali di stampo mafioso (P. FANTOZZI, *Familismo amorale o regolazione sociale debole*, in *Quaderni di sociologia*, n. 44, 2007, p. 185).

⁵ Per una panoramica storica della corruzione in Italia, G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, cit., p. 511. L'inchiesta giudiziaria condotta a partire dal 1992 dalla Procura della Repubblica di Milano, vicenda su cui si è ancora distanti dall'averne una memoria condivisa, ha rappresentato uno spartiacque nella vita del Paese specie per l'impatto avuto sul piano dell'opinione pubblica e sulla evoluzione delle forme di corruzione nel settore pubblico (sulla quale si veda P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Bari, 2019, protagonista diretto della stagione). Detto impatto si è subitaneamente tramutato in un dibattito sul ruolo della magistratura ed il suo rapporto con l'amministrazione e la politica (E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, 2019, p. 241).

⁶ J.G. LAMBSDORFF, *Causes and consequences of corruption: What do we know from a cross-section of countries?*, in S. ROSE-ACKERMAN (a cura di), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Cheltenham, 2006, 3.

⁷ P. BRODA, *La perception de la corruption : une autre perception*, in *Ethique économique*, vol. 12, n. 1, 2015, p. 7

⁸ M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61.

⁹ Secondo una ricerca condotta da Unimpresa nel 2018 la corruzione ha determinato in Italia, nel decennio 2001-2011 una perdita di 10 miliardi di euro annui in termini di prodotto interno lordo. Per un'analisi economica del fenomeno corruttivo N. FIORINO, E. GALLI, *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013.

Nella sua dimensione microeconomica, infatti, altro non è che un'evenienza che si inserisce nel processo di contrattazione fra operatori del mercato, costituendo una sorta di costo occulto in grado di minare l'efficienza dello scambio¹⁰.

La sua incidenza è da taluni ricostruita attraverso il ricorso la c.d. *agency theory*, che fa leva sulla scissione soggettiva tra «principale» e «agente»¹¹. Essa si sostanzia, secondo tale consolidato schema, in una deviazione intenzionale del comportamento dell'agente dal compito di tutela degli interessi del principale¹². La parte pubblica viene, infatti, a trovarsi in una condizione di asimmetria informativa rispetto alla controparte privata rimanendo esposta a ciò che l'econometria definisce, rispettivamente, a seconda che il comportamento infedele si collochi prima o dopo la negoziazione, in un'*adverse selection* o un *moral hazard*¹³.

Questa situazione di asimmetria si traduce, chiaramente, nell'aumento dei costi della singola transazione, a detrimento, anzitutto, dell'interesse all'efficienza della spesa pubblica. Un tema, questo, particolarmente delicato nella prospettiva italiana¹⁴, sempre più attenta al contenimento del debito¹⁵.

Da un punto di vista macroeconomico, peraltro, la corruzione incide sul funzionamento del mercato, generando distorsioni che penalizzano gli operatori che agiscono nel lecito, favorendo quelli che profitano del mercimonio della funzione pubblica facendone un vero e proprio strumento di competizione imprenditoriale.

Ma, soprattutto, compromette la stessa cura e realizzazione dell'interesse pubblico, riflettendosi in servizi più scarsi, infrastrutture meno efficienti e, quindi, in ulteriori costi indiretti ed effetti negativi per l'amministrazione e per gli stessi operatori economici¹⁶.

¹⁰ L. MUNDULA, *La corruzione: dalle determinanti alle modalità di contrasto*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, p. 872.

¹¹ Per un quadro di insieme di questa costruzione teorica K. M. EISENHARDT, *Agency theory: an assessment and review*, in *The Academy of Management Review*, 1989, p. 57. In esso un soggetto economico (il principale) delega, per ragioni di necessità o opportunità, ad altro (l'agente) l'esercizio di parte del proprio potere contrattuale.

¹² In ciò risiede proprio la sostanza della corruzione secondo M. MONTEDURO, S. BRUNELLI, A. BURATTI, *La corruzione. Definizione, misurazione ed impatti economici*, Roma, 2013, p. 11.

¹³ Con riguardo specifico alla figura del *moral hazard* tra tutti i lavori di B. HOLMSTRÖM, *Moral Hazard and Observability*, in *Bell Journal of Economics*, 1979, p. 10.

¹⁴ M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016.

¹⁵ Secondo l'Istat (Istituto Nazionale di Statistica) il rapporto fra debito pubblico e prodotto interno lordo nel 2019 era pari al 134,8%. Ormai da tempo si evidenzia tra gli economisti lo stretto rapporto esistente tra debito pubblico e corruzione (A. DEL MONTE, E. PAPAGNI, *Public expenditure, corruption and economic growth*, in *European Journal of Political Economy*, 2001, 23, p. 379; P. MAURO, *Corruption and composition of government expenditure*, *Journal of Public Economics*, 1998, 69, p. 263).

¹⁶ La corruzione assume, così, i tratti di un'esternalità negativa, con ciò intendendosi, nel linguaggio economico (K.J. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, New York e Londra, 1951), gli effetti che l'attività di un'unità economica esercita, al di fuori delle transazioni di mercato, sulla produzione o sul benessere di altre unità.

2. Una nuova prospettiva: la corruzione come rischio

Il riconoscimento della profonda incidenza che la corruzione ha sul tessuto economico del paese ha spinto, nel tempo, a mutare l'approccio metodologico nelle strategie di contrasto al fenomeno¹⁷.

Ciò può essere sintetizzato nel passaggio dalla «repressione» alla «prevenzione»: perde di importanza il momento sanzionatorio, ne acquista quello organizzativo.

La ragione è evidente: la repressione, attraverso l'accertamento dei reati e la punizione delle condotte dei responsabili, giunge a fatti già consumati e non consente né di limitare, né tantomeno di rimuovere le conseguenze economiche delle vicende corruttive¹⁸; diversamente la prevenzione, che muove in un'ottica di riduzione *ex ante*, sembra in grado di meglio rispondere all'esigenza di contenimento e di contrasto del fenomeno.

Questo cambio di prospettiva non può che avere riflessi sulla nozione stessa di «corruzione». Abbandonate le corrispondenti categorie penalistiche¹⁹, troppo asfittiche, viene in rilievo una concezione di corruzione in senso lato come *maladministration*, contenitore in cui va a confluire ogni fenomeno di asservimento della funzione amministrativa all'interesse privato.

Da un punto di vista giuridico, ciò equivale a considerare la corruzione come «rischio»²⁰.

Si parla, in proposito, di «rischio-corruzione», a sottolineare le peculiarità rispetto al modello del rischio «da ignoto tecnologico»²¹. Esso si atteggia a fattore di rischio endogeno all'amministrazione, che si alimenta delle incertezze insite nella sua struttura organizzativa e nei suoi processi decisionali²².

In particolare, il rischio-corruzione appare legato allo scollamento che normalmente si registra tra il dato formale organizzativo, e l'assetto concreto dei processi decisionali²³.

Da ciò possono trarsi due considerazioni.

¹⁷ F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010. In argomento v. anche G.M. RACCA, CHRISTOPHER YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, 2014.

¹⁸ Resta difficilmente apprezzabile, su base obiettiva, la capacità della sanzione penale, in un'ottica preventiva, di scoraggiare la futura commissione di fatti corruttivi.

¹⁹ Sono le figure di reato previste dagli art. 318 e ss. del c.p. come da ultimo modificati dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 (recante: «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»), pubblicata in G.U. n. 265 del 13 novembre 2012, nelle diverse forme della corruzione per la funzione, quella propria, quella antecedente, l'indebita promessa o dazione di denaro o altra utilità.

²⁰ Il rischio è ormai categoria ordinante della modernità. Si deve a U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, nella traduzione italiana *La società del rischio. Verso una nuova modernità*, Roma, 2000 una sua prima ed attenta teorizzazione. Ha indagato i suoi riflessi giuridici, specie in campo amministrativo, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

²¹ Sul punto *amplius* G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio-corruzione*, in *Dir. econom.*, 2, 2018, 349 e ss..

²² Osserva N. LUHMANN, *Organisation und Entscheidung*, Wiesbaden, 2000, trad. it., *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, p. 178 che le organizzazioni umane si fondano sulla gestione del rischio in quanto sorgono sulla mancanza di mezzi per assorbire l'incertezza, legittimando con ciò il proprio potere.

²³ Tra *organizzazione in senso formale* ed *organizzazione in senso informale* per utilizzare le categorie impiegate da N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit., p. 14.

Il rischio corruzione discende dall'organizzazione e va, di conseguenza, fronteggiato, in una chiave di prevenzione, sul medesimo piano. La sua prevenzione non può esaurirsi in un controllo di legalità estrinseco sull'operato dei funzionari, ma deve necessariamente guardare al dato di realtà, intervenendo con misure che condizionano il concreto esercizio delle funzioni amministrative.

È questo l'impianto teorico e l'approccio che ha caratterizzato, a partire dalla l. n. 190 del 2012²⁴, salvo qualche recente riflusso in senso opposto²⁵, la via italiana all'anticorruzione.

Il suo sistema ruota attorno a tre cardini fondamentali: la trasparenza amministrativa, una pianificazione anticorruzione ispirata alle tecniche del *risk management*, e l'inedita figura dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (in acronimo Anac).

3. La trasparenza quale primo presidio anticorruzione

La trasparenza rappresenta, nel sistema italiano, un primo ed irrinunciabile presidio anticorruzione.

Non è un caso che la disciplina generale in materia sia stata oggetto di una radicale riscrittura per effetto del d.lgs. n. 33 del 2013²⁶, adottato in attuazione della delega contenuta nella già citata l. n. 190 del 2012²⁷.

Il collegamento tra le due discipline è, del resto, reso esplicito, a livello normativo, dalla previsione di strumenti di raccordo oggettivo (in sede di pianificazione), e soggettivo (attraverso la concentrazione in capo alla medesima persona fisica degli incarichi, prima distinti, di responsabile della prevenzione della corruzione e responsabile della trasparenza).

²⁴ È la c.d. legge «Severino» dal nome del ministro della Giustizia proponente. Essa è stata adottata in recepimento della *United Nations Convention against corruption* approvata con risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Per un commento alla normativa C.E. GALLO, *Legge anticorruzione e funzione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2013; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 213; G. PIPERATA *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *Federalismi*, n. 16, 2015; M. DUGATO, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Mumus*, 2015, 667.

²⁵ Un ritorno verso un approccio solo repressivo al fenomeno si è registrato, da ultimo, con la l. 9 gennaio 2019, n. 3, denominata «Spazzacorrotti», con cui si è stato stabilito un inasprimento del trattamento sanzionatorio per i reati contro la pubblica amministrazione ed un significativo potenziamento degli strumenti di indagine.

²⁶ Il riferimento è al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (recante: «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»), pubblicato in G.U. n. 80 del 5 aprile 2013, come da ultimo modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 (recante: «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche») pubblicato in G.U. n. 132 dell'8 giugno 2016). Su quest'ultimo intervento normativo si rinvia al commento di M. SAVINO, *Il Foia italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 593.

²⁷ Per un inquadramento del principio si rinvia a A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013, p. 9.

Del resto, la conoscibilità dell'agire assume oggi, nella scia di altre esperienze giuridiche²⁸, dopo la rivoluzione operata dal d.lgs. n. 33 del 2013, una dimensione completamente nuova.

È definitivamente tramontata l'idea, emergente in controluce nella sistematica della legge generale sul procedimento n. 241 del 1990, che essa si riduca nella tutela del diritto di accesso al cittadino.

Rovesciando l'ottica tradizionale²⁹, dall'art. 2 del d.lgs. n. 33 del 2013 viene riconosciuta una «libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni», a cui corrisponde in capo all'amministrazione un preciso dovere giuridico che si traduce, a tutti gli effetti, in un «modo di essere» dell'amministrazione e della sua azione³⁰.

Detto dovere si manifesta, anzitutto, nella previsione di una serie di obblighi di pubblicazione preventiva di dati e documenti, dall'altro nell'introduzione, a beneficio del cittadino, del nuovo «accesso civico», strumento più agile ed efficace rispetto all'accesso tradizionale³¹.

Sono chiare le potenzialità del principio sul piano della prevenzione della corruzione³².

La trasparenza illumina, infatti, le zone d'ombra dell'azione amministrativa riducendo i margini di incertezza che agevolano pratiche di *maladministration*.

Si intende, infatti, stimolare un controllo diffuso che serva a disincentivare attività illecite, attraverso la pubblicità di una serie di momenti dell'agire amministrativo³³.

Il cittadino «controllore», facendo valere propri interessi e prerogative, è chiamato ad intervenire sull'amministrazione, affinché essa amministri al meglio le proprie risorse e svolga adeguatamente i propri compiti.

Stessa incombenza è, poi, attribuita sia agli organi di informazione i quali, attingendo direttamente dai portali istituzionali, potrebbero segnalare all'opinione pubblica disfunzioni e patologie della macchina

²⁸ J.M. ACKERMAN, I.E. SANDOVAL-BALLESTEROS, *The Global Explosion of Freedom of Information Laws*, in *Administrative Law Review*, vol. 58, 2006, 85; M. PASQUIER (a cura di), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, Lausanne, 2013; A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *Las leyes de transparencia y la innovación en las administraciones públicas*, in *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n. 5, 2017, 1; H.J. BLANKE, R. PERLINGEIRO (a cura di), *The Right of Access to Public Information. An International Comparative Legal Survey*, Springer-Verlag, Berlin, 2018.

²⁹ Il Consiglio di Stato, nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016, l'ha definita, per la sua importanza, una «rivoluzione copernicana»

³⁰ G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio-corruzione*, cit., p. 354.

³¹ A conferma della sua centralità, la Consulta ha qualificato l'accesso civico come un «diritto fondamentale» (C. cost., 21 febbraio 2019, n. 20).

³² F. MERLONI, B. PONTI, *La trasparenza*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Roma, 2010, p. 403.

³³ A. ETZIONI, *Is Transparency the Best Disinfectant?* in *Journal of Political Philosophy*, vol. 18, 2010, 389; A.S. CORDIS, P.L. WARREN, *Sunshine as Disinfectant: The Effect of State Freedom of Information Act Laws on Public Corruption*, in *Journal of Public Economics*, vol. 115, 2014, 18.

amministrativa, sia a coloro che, dotati di una particolare qualità professionale, siano in condizione di capire, verificare e, quindi, denunciare eventuali situazioni patologiche³⁴.

Al fine di contrastare la corruzione vi sono varie misure di pubblicità³⁵, come quelle finalizzate a chiarire il regime delle competenze all'interno di un ufficio e a garantire la facile «raggiungibilità» dei dipendenti incaricati di svolgere determinate funzioni: si vuole, così, evitare lo stato di smarrimento di cui può essere preda il cittadino inconsapevole di come muoversi all'interno di una struttura pubblica, e, soprattutto, si vuole evitare che eventuali situazioni di incertezza nell'individuazione dei propri interlocutori possano favorire richieste illecite da parte di funzionari pronti a offrire (indebito) ausilio al privato in difficoltà³⁶.

Quanto alle informazioni riferite al conferimento all'esterno di incarichi, esse – nella misura in cui prevedono l'indicazione dei nomi, dei compensi e dei *curricula* dei soggetti beneficiari di tali incarichi – intendono impedire che siano effettuate scelte dettate da ragioni clientelari, magari nei confronti di individui non in possesso di adeguata professionalità.

Discorsi non dissimili possono farsi per altre tipologie di dati da rendere noti, come quelli relativi agli affidamenti di contratti pubblici, alle risorse impiegate in tali affidamenti, ai provvedimenti (soprattutto ampliativi) emessi dall'amministrazione, ecc.

È, purtroppo, risaputo che uno degli strumenti utilizzati per lucrare profitti illeciti consiste nell'affidare appalti che vengono portati a compimento in termini più lunghi di quelli preventivati, ovvero vengono svolti con modalità diverse da quelle previste nei progetti e nei capitolati tecnici, e meno onerose per il privato.

Altro stratagemma è quello di bandire appalti aggiudicati con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importi a base d'asta molto alti, così che remunerino adeguatamente il futuro vincitore, già rassicurato sul fatto che egli – pur presentando un ribasso irrisorio – otterrà l'aggiudicazione della gara per via della eccellente valutazione che sarà riservata al suo progetto tecnico.

³⁴ Si pensi, per esempio, all'imprenditore soccombente in una gara di appalto, che, dopo l'aggiudicazione fatta a favore di un suo concorrente, veda indebitamente modificare l'oggetto del contratto stipulato, con una variazione che ecceda i limiti prefissati *ex lege*: tale imprenditore, onde evitare che il suo avversario riceva un ingiusto vantaggio concorrenziale, avrà tutto l'interesse a monitorare costantemente le modalità di esecuzione dell'appalto e ad indicare alle autorità competenti eventuali anomalie.

³⁵ Cfr. R. FEIK, *Zugang zu EU-Dokumenten. Demokratie durch Transparenz*, Wien-Graz 2002, 13, dove si afferma: «Debatte über Transparenz und open government nicht sehr fokussiert abläuft, sondern aus verschiedenen Spezialdebatten besteht und auf einer Vielzahl von Transparenzkonzepten beruht».

³⁶ Piace sottolineare che la Corte costituzionale (C. cost., 12 marzo 1962, n. 14), ha ricollegato la verificabilità delle sfere di competenza, delle attribuzioni e delle responsabilità proprie dei dipendenti, al principio di buon andamento, perché «il cittadino, nel rivolgersi alla pubblica amministrazione, conosca con esattezza qual è l'ufficio competente per il suo caso, quali ne sono le attribuzioni, quali le responsabilità di colui che vi è preposto e che rappresenta, nei suoi confronti, il pubblico potere».

Ulteriore strumento, ancora, può essere quello di bandire gare dal canone non appetibile perché poco remunerativo, così restringendo la concorrenza e rendere più agevole la vittoria del concorrente «predestinato», con l'intesa che allo stesso saranno richieste varianti in corso d'opera che riequilibreranno il prezzo d'appalto a tutto vantaggio della parte privata³⁷.

Infine, un sotterfugio utile per garantirsi un ritorno indebito anche nella fase di esecuzione del contratto, è quello di fare molte contestazioni (magari anche pretestuose), minacciando sanzioni e finanche la risoluzione, così che l'imprenditore, messo sotto pressione, sia costretto a cercare un «accordo» con la stazione appaltante.

In tutti questi casi, è bene che i cittadini e, soprattutto, gli altri operatori economici concorrenti dell'impresa aggiudicataria³⁸, sappiano quali siano i reali costi dell'appalto, e li confrontino con i costi di altri contratti aventi lo stesso, o simile, oggetto banditi da altre amministrazioni, ed è altresì bene che si sappiano quali sono le modalità esecutive del contratto, così che sia possibile verificare il corretto adempimento degli obblighi sinallagmatici posti a carico dell'appaltatore.

Piace ricordare che anche in passato la pubblicità era prevista come strumento di garanzia del corretto svolgimento delle procedure di gara: si pensi alla pubblicità che deve caratterizzare la fase di apertura delle buste, ovvero la determinazione dei criteri di valutazione delle offerte economiche, ecc.

La sostanziale differenza tra quanto già previsto dalla vecchia normativa e quanto disposto dalle più recenti disposizioni sta nel fatto che i nuovi strumenti conoscitivi sono messi a disposizione delle cittadinanze, non solo dei soggetti direttamente interessati dalla gara (gli operatori economici concorrenti), e riguardano sia la fase di aggiudicazione, sia anche quella di esecuzione del contratto³⁹.

Non paiono, invece, efficaci al fine di contrastare la corruzione le misure «neocentralistiche»⁴⁰, volte a concentrare in capo ad alcuni soggetti il compito di bandire ed aggiudicare appalti in determinati settori⁴¹,

³⁷ Su questi temi v. R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 (spec. § 1), dove viene scritto: «La gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, poiché la ragione dell'aggiudicazione è tradita dall'inesatta o infedele esecuzione contrattuale, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'aggiudicatario e la pubblica amministrazione, oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancora prima per una incoerente ed inadeguata redazione dei capitolati. Al termine dell'esecuzione della prestazione si può di frequente constatare una tolleranza dell'amministrazione pubblica verso inadempimenti parziali oppure si assiste ad un assetto contrattuale mutato in accordo tra le parti, che può pregiudicare l'equilibrio contrattuale definito in sede di aggiudicazione». Sul tema v. anche G. MANFREDI, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb. app.*, 2015, 749; S. TORRICELLI, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla «corruzione»*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 953.

³⁸ G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 127.

³⁹ In argomento v. Cons. St., ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

⁴⁰ Denuncia la tendenza centralistica, che si sta attuando soprattutto muovendo impropriamente le «leve» della finanza pubblica, L. MACCARONE, *Sui costi della politica la Corte costituzionale marca la distinzione tra regioni ordinarie e regioni speciali. Riflessioni a margine di Corte cost. 20 luglio 2012, n. 198*, in *Federalismi*, n. 19 del 2012.

⁴¹ Cfr. Part. 15, comma 13, del d.l. n. 95/2012.

giacché tali misure, finendo per concentrare nelle mani di pochi individui la gestione di grosse vicende contrattuali, rendono più facile l'ipotesi di accordi collusivi, facendoli divenire meno verificabili, in quanto posti in essere da soggetti distanti dai luoghi dove il contratto deve essere eseguito⁴².

Il discorso sin qui condotto con riferimento ai contratti pubblici può essere esteso a tutti i settori dell'amministrazione attiva, soprattutto quando si sia al cospetto di provvedimenti ampliativi e atti che concedano benefici economici.

Anche in questi casi, il controllo capillare e diffuso sull'esercizio dei poteri pubblici, potenziando il circuito delle responsabilità, dà più compiuta attuazione al principio democratico.

La trasparenza diviene, in tal senso, il fondamento di una «nuova» legittimità dell'agire amministrativo⁴³.

Ma, soprattutto, la trasparenza pare in grado *ex se* di influire sul comportamento dei singoli⁴⁴: la consapevolezza che il proprio comportamento sia sotto un cono di luce disincentiva, infatti, secondo gli insegnamenti della psicologia comportamentale, la tenuta di condotte socialmente (e giuridicamente) riprovevoli⁴⁵.

4. La pianificazione anticorruzione ed il ruolo di ANAC

Il sistema italiano anticorruzione presenta, poi, due aspetti che contribuiscono a conferire al modello tratti assolutamente peculiari e che valgono a distinguerlo con forza dalle soluzioni seguite in altri paesi anche culturalmente vicini⁴⁶.

Il primo è rappresentato dall'impiego dello strumento della pianificazione.

La legge n. 190 del 2012 ha disegnato, infatti, una fitta «rete di piani anticorruzione» articolati su un doppio livello, centrale e periferico, dando vita ad un vero e proprio sistema giuridico⁴⁷.

⁴² In argomento cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 90: «Anche se le comunicazioni di massa hanno accorciato la distanza tra l'eligendo e l'eletto e i suoi elettori, la pubblicità del parlamento nazionale è indiretta, effettuandosi soprattutto attraverso la stampa, la pubblicazione degli atti parlamentari, o delle leggi e degli altri provvedimenti nella "Gazzetta ufficiale". La pubblicità del governo di un comune è più diretta, ed è più diretta proprio perché la visibilità degli amministratori e delle loro decisioni è maggiore».

⁴³ A. G. OROFINO, *Profili giuridici*, cit., p. 137.

⁴⁴ Per una lettura critica attenta ai risvolti più delicati in punto di tutela dei diritti e delle libertà civili G. GREENWALD, *No place to hide. Sotto controllo*, Bologna, 2014.

⁴⁵ È l'«effetto Hawthorne» (frutto degli esperimenti condotti da E. MAYO, *Hawthorne and the Western Electric Company. The social problems of an industrial civilization*, Boston, 1945, p. 72, in tema di lavoro umano e produttività) che dimostra come la presenza di osservatori (anche solo potenziali) modifica il comportamento del singolo.

⁴⁶ C. PREBISSY-SCHNALL C., *L'Agence Française Anticorruption (AFA) et la commande publique : vers une nouvelle dynamique d'intégrité*, in *Contrats publics*, n. 187, 2018.

⁴⁷ L'idea della pianificazione e programmazione come «sistema giuridico» è stata acutamente sviluppata da I.M. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione e La programmazione come sistema giuridico*, entrambi oggi in A. BARONE (a cura di), *Scritti giuridici*, Napoli, 2015, p. 681.

A livello centrale è stata prevista l'adozione, da parte di Anac, di un «Piano nazionale anticorruzione» con valenza pluriennale. Esso prevede gli obiettivi, tempi e modalità della politica nazionale anticorruzione, ed assolve ad una funzione di indirizzo.

A livello periferico è, invece, prescritta l'adozione da parte delle singole amministrazioni di «Piani triennali anticorruzione» chiamati a calare nel concreto della realtà operativa della singola istituzione, secondo una logica «a cascata», le indicazioni del piano nazionale⁴⁸. Le misure disegnate dai piani spaziano dalla previsione di specifiche ipotesi di incompatibilità a meccanismi di rotazione del personale, alla tutela del *whistleblower*, alla creazione di meccanismi, anche automatizzati, di verifica delle operazioni.

Dette tipologie di misure appaiono, peraltro, ispirate ad una logica che non è più di semplice contenimento della discrezionalità amministrativa, considerata, nell'ottica tradizionale, brodo di coltura perfetto per il mercimonio della funzione pubblica, ma, più a monte, di eliminazione delle stesse occasioni in cui può maturare il *pactum sceleris*⁴⁹.

È, poi, prescritta l'istituzione in ciascuna amministrazione di una figura, il *Responsabile per la prevenzione della corruzione*, organo dotato di un particolare statuto di indipendenza chiamato a predisporre il singolo piano e a vigilare sulla sua concreta attuazione ed osservanza.

La pianificazione anticorruzione, sia centrale che periferica, fa applicazione, nell'ottica della corruzione come rischio, alla metodologia del *risk management*⁵⁰.

Essa vede più fasi distinte che vanno dall'analisi del contesto (esterno e interno) in cui l'organizzazione opera per giungere all'individuazione e programmazione delle specifiche misure amministrative di prevenzione. Ad una fase ricostruttiva, di studio dell'esistente, segue, così, quella precettiva, modellata sulla precedente, in cui sono operate le scelte.

I protagonisti della pianificazione anticorruzione sono, dunque, benché con prerogative differenti, tanto Anac, ultimo cardine del sistema, quanto le singole amministrazioni.

Ma è il ruolo della prima a caratterizzare in maniera del tutto peculiare la via italiana all'anticorruzione.

Non è chiara, anzitutto, la natura giuridica e la sua annoverabilità nella categoria, di per sé variegata, delle autorità indipendenti⁵¹.

⁴⁸ Sulla natura ed il rapporto tra i piani G. GALLONE, *La prevenzione amministrativa del rischio-corruzione*, cit., p. 363.

⁴⁹ Alla sfiducia nei confronti dei moduli discrezionali si contrappone, nella dottrina più recente, V. BRIGANTE, *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *Dir. econom.*, 2018, 955 l'idea di una discrezionalità responsabile che si fonda sull'istituzionalizzazione dell'etica amministrativa.

⁵⁰ Condensata nelle norme tecniche UNI ISO 31000:2010 in tema di «Gestione del rischio. Principi e linee guida» adottate nel 2010, impiegate proprio da Anac per la redazione dei piani nazionali anticorruzione.

⁵¹ Sul tema G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Dir. amm.*, II-III, 2015, 345 e ss. e, in una prospettiva internazionale N. PARISI, *An International Perspective on the Main Functions of the Italian National Anti-Corruption Authority in the Prevention of Corruption in Public Procurement*, in *Dir. comm. int.*, 2015, p. 1053.

Anac svolge, del resto, funzioni composite sicché, oltre a partecipare direttamente a quella di pianificazione, assolve a compiti definiti da parte della dottrina quasi giusdicenti ed opera come raccordo con l'Autorità giudiziaria ordinaria. Ma è anche titolare di potestà regolatorie e di indirizzo attraverso il discusso strumento delle linee guida. Queste ultime, originariamente concepite come *soft law*, sono divenute talvolta, anche per espressa volontà del legislatore, vere e proprie fonti normative di rango secondario così elevando il dato, già allarmante, di complessità dell'ordinamento amministrativo⁵².

La parabola istituzionale dell'Anac, dopo l'entusiasmo iniziale in cui la stessa sembrava investita di una funzione quasi messianica, ha vissuto più di recente una fase discendente legata, con tutta probabilità, alla difficoltà di dare vita, anche in termini di risorse umane ed economiche, ad un apparato amministrativo che riesca a svolgere in maniera efficiente funzioni così variegata ed impegnative.

Ciò ha spinto, complice il mutato quadro politico, ad aprire un dibattito sul mantenimento stesso dell'Autorità. Un dibattito per adesso sfociato nella significativa riduzione delle sue prerogative regolatorie attraverso il parziale superamento dello strumento delle linee guida⁵³.

5. I limiti del sistema e le sue prospettive

Il bilancio che, a quasi dieci anni dall'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012, non è totalmente positivo. Benché essa abbia segnato in Italia un radicale cambio di prospettiva sul fenomeno corruzione, la sua resa applicativa non è stata sempre all'altezza delle aspettative.

Soprattutto nella fase iniziale le amministrazioni hanno assunto un atteggiamento refrattario ed un approccio formalistico, vivendo la pianificazione anticorruzione come un adempimento burocratico.

Questa novella «burocrazia dell'anticorruzione»⁵⁴ non si è tradotta, spesso, nell'auspicata riduzione dei margini di incertezza dell'azione amministrativa ma, al contrario, in un inedito fattore di irrigidimento ed aggravamento.

⁵² Sul problema della loro natura giuridica F, CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 381.

⁵³ D.L. 32 del 18 aprile 2019, c.d. «sblocca cantieri» ha abrogato tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) che prevedevano il rinvio a linee guida adottate da Anac, segnando il ritorno all'adozione di un regolamento unico ministeriale di attuazione.

⁵⁴ È solo una delle manifestazioni della «burocratizzazione universale» espressione del potere legale e razionale, teorizzata da M. WEBER, *Economia e società*, Roma, 2012, p. 217. Come ogni forma di burocrazia reca il rischio di un'obbedienza rigida ed impersonale al precetto che si traduce in una legalità solo formale.

Non immune ad un rischio di «burocratizzazione» è anche il campo della trasparenza. Va letto, in tal senso, il monito lanciato, da ultimo dal Cons. St., ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, cit., in merito ad un «eccesso di accesso». Rammenta il Supremo consesso nel condannare la prassi distorta di richieste massive, che «il diritto di accesso generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica» sicché non può finire con l'intralcio del buon funzionamento dell'amministrazione.

In questo senso appaiono fallimentari quelle esperienze applicative caratterizzate da una spiccata standardizzazione dei modelli organizzativi, spesso mutuati da altre strutture senza alcun accorgimento che li moduli su dimensioni ed esigenze dello specifico ente.

Va, quindi, contrastata la tendenza a praticare, attraverso gli strumenti di pianificazione, la diffusione e conseguente volatilizzazione delle responsabilità⁵⁵ anche attraverso la creazione di figure che non hanno alcun peso specifico da un punto di vista operativo⁵⁶.

Si rende, per converso, necessario un effettivo cambio di mentalità da parte, anzitutto, dei funzionari.

La chiave appare quella di un loro coinvolgimento diretto nel procedimento attraverso logiche di tipo *bottom-up* che partano proprio dagli attori dell'azione amministrativa.

Questi ultimi, avendo accesso e conoscenza di quella che abbiamo definito l'organizzazione *in senso informale*, del concreto assetto dei processi decisionali, da meri destinatari passivi delle misure organizzative di prevenzione devono sempre più divenire fonte informativa privilegiata per la costruzione di modelli efficaci. Fondamentale in questa ottica è, peraltro, un più deciso abbandono, anche per ciò che riguarda i riflessi in punto di responsabilità disciplinare, della logica repressiva attraverso il ricorso a tecniche di incentivazione⁵⁷.

Un decisivo contributo potrebbe, infine, venire dalla digitalizzazione della macchina amministrativa ed il ricorso a strumenti informatici, come i registri distribuiti *blockchain* e gli *smart contracts*, in grado di contenere il rischio- corruzione⁵⁸.

La via italiana all'anticorruzione si presenta ancora lunga e tutta in salita.

⁵⁵ La diffusione di responsabilità è un fenomeno sociopsicologico che si verifica nelle strutture complesse in cui è più puntuale riparto di incombenze tra i partecipanti. La consapevolezza di operare in gruppo si traduce in una volatilizzazione delle responsabilità e in un più marcato disimpegno morale da parte di ciascun componente, preoccupato più di assolvere al proprio limitato compito che a curare la realizzazione dell'obiettivo comune (in letteratura (M. R. LEARY, D. R. FORSYTH, *Attributions of responsibility for collective endeavors*, in *Review of Personality and Social Psychology*, 1987, 8, p. 167).

⁵⁶ È il caso del responsabile della prevenzione della corruzione spesso destinato a svolgere il ruolo di «capro espiatorio» per professione, come il monsieur Malussène di Daniel Pennac.

⁵⁷ Come la tecnica del «nudging» prodotto del paternalismo libertario di H. THALER, C.E. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and happiness*, trad. it. *Nudge: la spinta gentile*, Milano, 2009

⁵⁸ Si vedano le considerazioni svolte in G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, in *Dir. econom.*, 3, 2019.